

PLEA BARGAINING E DELAÇÃO PREMIADA: ALGUMAS PERPLEXIDADES

Flavio Antônio da Cruz

Doutor em Direito do Estado UFPR.
Professor da Unicuritiba. Bacharelado
em matemática. Juiz Federal

Resumo: Promove-se uma breve análise sobre o *plea bargaining* e sua tradução para diferentes ordenamentos jurídicos. Ao mesmo tempo, promove-se uma avaliação crítica da lei n. 12850, de 02 de agosto de 2013, quanto a alguns detalhes dos acordos de delação premiada em solo nacional.

Sumário: I. Introdução. II. Delação premiada e algumas perspectivas. III. Breves considerações sobre o *plea bargaining*. IV. Alguns precedentes interessantes (EUA). V. Outros tópicos de Direito comparado. VI. Breves considerações sobre a delação premiada no Brasil. VII. Conclusões. VIII. Bibliografia.

1. Introdução:

Busca-se suscitar, nesse texto, algumas reflexões sobre a delação premiada, tomando como pano de fundo uma concepção emancipatória de processo penal, compreendido como mecanismo de tutela das liberdades públicas.

Com efeito, o processo criminal deve ser concebido e empregado como um instrumento de contenção do poder punitivo.⁵⁷ Convém enfatizar: a arguição penal não se destina primordialmente a assegurar a punição de quem tenha praticado delitos. Ao contrário, ela tem por escopo impedir que a liberdade de inocentes seja ceifada pela ambição inquisitorial subjacente ao exercício do poder; para aplicar penas, bastariam carrascos; para proteger os inocentes, há necessidade de juízes.

Tanto por isso, qualquer concepção pragmática do processo que desconsidere esse vetor fundamental deve ser examinada com redobradas reservas, porquanto acaba por minar os fundamentos éticos que devem orientar a atividade

57 LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-38. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 147-176. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 61-67. MAIER, Julio B. **Antología: el proceso penal contemporáneo**. Lima: Instituto de Ciencias Penales, 2008, p. 901-909. ROBERTS, Paulo. Groundwork for a jurisprudence of criminal procedure *in* DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. **Philosophical foundations of Criminal Law**. Oxford: Oxford Press, 2013, p. 379-407. CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 26-34.

de dos servidores do povo, nesse âmbito.⁵⁸

Daí a relevância, ainda hoje, da lição de J. Wolter, citada por Manuel da Costa Andrade: *“Em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana, nem um processo penal vocacionado para a proteção de direitos fundamentais.”*⁵⁹

Diante de suspeitas ou acusações graves, uma tal ponderação de interesses implicaria a frustração dos direitos fundamentais. Não se pode aceitar a lógica inquisitorial de Benedict Carpzov, para quem *“in atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi,”* como se - diante de suspeitas graves - fosse lícito ao juiz descumprir a lei e condenar com base em meras conjecturas.

58 No que toca ao pragmatismo, enquanto teoria ética, leia-se sobretudo BELLO, Gabriel. O pragmatismo americano *in* CAMPS, Victoria (org.). **História de la ética**. 3. La ética contemporánea. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2008, p. 39-86; RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982, p. 50 e ss.

59 WOLTER, Jürgen *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 38. A respeito da teoria da proporcionalidade, leia-se sobretudo as obras ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador**. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Advoga-se aqui, portanto, que uma concepção pragmática do processo - ainda que não deva ser satanizada – há de ser examinada sempre com redobrados cuidados, a fim de que não se justifique o meio a partir de pretensos fins expiatórios, atribuídos ao aparato de repressão penal. Em um Estado Constitucional,⁶⁰ meios e fins devem ser igualmente legítimos, como é sabido e nunca é demais repetir.

Essa é a premissa que anima o presente artigo.

Ademais, é importante ter em conta que a apuração e a arguição penal podem ser confrontadas com distintos imaginários sociais e teóricos – i.e., distintos discursos – a respeito da concepção de verdade que o anima, a respeito do papel de acusadores e julgadores e limites daí decorrentes.

Por um lado, há uma concepção do processo como inquisitio, trabalhada por Michel Foucault na obra *Verdade e formas jurídicas*, um conjunto de palestras ministradas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.⁶¹ Segundo esse ideário, o processo seria uma máquina histórica,

60 Sobre o conceito de Estado Constitucional, leia-se HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007. HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

61 FOUCAULT, Michel. **Verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 86 e ss. Ainda sobre a obra de Foucault, vale a pena ler DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Pedro Éloi Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005. FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

orientada à reconstrução efetiva do passado e à descoberta da verdade, imaginada como *adequatio intellectus ad rem*.

Para um ideário do processo penal como *inquisitio*, quem acusa seria uma espécie de juiz - o juiz do piso (Parquet) -, como se fosse possível uma parte imparcial, tema de severa crítica de Francesco Carnellutti,⁶² que dizia cuidar-se de uma espécie de quadratura do círculo. Ainda segundo esse imaginário, a finalidade primordial do processo seria a condenação dos culpados. Os juízes seriam convocados pela culpa, sentindo a população - já advertiam os guardas para K., ao começo da obra fundamental de Kafka.⁶³

Qual o risco dessa concepção? O perigo é a enorme probabilidade de erro judiciário, dado que - tanto quanto todas as demais pessoas - juízes podem se tornar reféns das primeiras impressões, reféns dos próprios preconceitos e das suspeitas que lançam contra investigados e arquivados. Quem tem juiz como acusador precisará de Deus como defensor! Aliás, dado que muitos inquisidores falam em nome de divindades e verdades metafísicas, não parece haver escapatória!

62 CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico miniserio al suo posto in Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1953. Volume VIII, parte I, p. 257 e ss.

63 KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Sobre esse tema, leia-se também DERRIDA, Jacques. **Acts of literature**. Nova Iorque: Routledge Press, 1992, p. 181 e ss.

O Juiz que procura verdades não raro já se convenceu da sua própria pretensa verdade e pode imolar o acusado no altar das suas próprias convicções. É o que ainda hoje ocorre, infelizmente.

Nessa toada, a inquisição parece aspirar juízes no estilo Hercule Poirot, da obra de Ágata Christie, inspetor Javert, de Victor Hugo ou Sherlock Holmes, de Arthur Conan Doyle. O bom juiz seria aquele que desconfia de tudo e todos, descobrindo a verdade, mesmo que ao custo de artimanhas e engodos.

Um imaginário distinto é encontrado na imagem do processo como duelo, como disputa ou como jogo. Nesse âmago, a arguição penal não é suposta como uma espécie de máquina do tempo, como um mecanismo de reconstrução do passado ou como aparato de investigação histórica. Bem ao contrário, o processo passa a ser concebido como um instrumento de solução de conflitos sociais, como um instrumento de pacificação e construção de consensos possíveis.

Diante dessa estrutura de processo como jogo, quem julga se aproxima da figura de um árbitro de uma partida de xadrez. Ele seleciona as peças que ingressarão na disputa, ele assegura o fair play, mas não joga a partida, não busca provas, não lança suspeitas e não ambiciona a reconstrução de um imaginado passado, tal qual ocorrido, em sua integralidade.

Para essa concepção, a verdade é imaginada muito mais como consenso - uma concepção construtivista de verdade, bem se percebe.⁶⁴ Quem acusa é imaginado como uma espécie de advogado, também interessado no processo e sem contar a seu favor nenhuma presunção de atuar como custos legis. Quem acusa não começa o jogo com vantagens, dado que a paridade de armas é alçada à condição de princípio fundante.⁶⁵

Qual o risco de uma concepção de processo como jogo? O problema é que, na prática, nem sempre essa paridade de armas é assegurada; o acusado pode se encontrar

64 Sobre o construtivismo epistemológico, leia-se BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**: a luta pelo realismo. Tradução do inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 106 e ss. BLOOR, David. **Conhecimento e imaginário social**. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 64 e ss. NORRIS, Christofer. **Epistemologia**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 50 e ss. CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 51-52. FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora da Unesp, 2007, p. 31-32. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001, p. 30 e ss. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 55 e ss. BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010, p. 24-25. NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 109-149. SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Episteme y derecho**: una exploración jurídico-penal. Granada: Comares, 2004, p. 7-22.

65 Sobre a paridade de armas, leia-se VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

mal defendido, e o juiz - imaginado como árbitro - não poderá determinar a realização de diligências não requeridas, o que pode acabar ensejando a condenação de inocentes.

Sabe-se que essas concepções são tipos idealizados. Na prática, prevalecem realidades mistas, com uma avaliação de grau: um processo tendencialmente inquisitivo ou predominantemente acusatório.

Ao que releva aqui, o importante é destacar que, de certa forma, a delação premiada está impregnada de um caráter ambíguo. Ela retrata, em boa medida, uma concepção inquisitorial de processo, dado que - no seu nascedouro - a delação encontra íntimo liame com a busca da confissão, imaginada como a rainha das provas - *confessio est regina probationum* -,⁶⁶ como se fosse um meio de acesso à psique do suspeito/acusado, uma espécie de ponte para a indevassável esfera do segredo, daquilo que apenas o agente poderia revelar: sua efetiva intenção, seus desejos, suas pulsões.⁶⁷

66 Sobre a confissão, leia-se PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência**: inquisidores, confessores, missionários. Tradução de Homero Freitas de Andrade. São Paulo: Edusp, 2013, p. 281-299 e 473-481.

67 A questão do acesso privilegiado ao conteúdo da mente é alvo de conhecidas polêmicas filosóficas, a exemplo das críticas lançadas por Wittgenstein na obra *Investigações Filosóficas*, para quem seria inconcebível a ideia de uma linguagem privada. A respeito do tema, vale a pena consultar WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 97-98. SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia**: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. Tradução de Constância Maria Egreja Morel. São Paulo: Editora Unesp,

A delação também é fruto, porém, de uma concepção de processo como jogo, pois está fundada na barganha e no acordo, próprios a sistemas que admitem a condenação de acusados com lastro apenas no reconhecimento pessoal da sua alegada responsabilidade criminal.

2. Delação premiada e algumas perspectivas:

Edmund Husserl trabalhou, em vários textos, o problema da adumbração.⁶⁸ Todo conhecimento humano depende de paralaxe, depende da tomada de posição diante do mundo.

Não há como alguém representar na mente, ao mesmo tempo, todos lados de um cubo, em uma visão tridimensional. Ele tomará em conta determinado viés, determinado aspecto do objeto; jamais a sua totalidade.

2007, p. 27. BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo**: comportamento, cultura e evolução. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 126-129. RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009. FOSTER, John. **The immaterial self**: a defence of the cartesian dualist conception of the mind. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

68 CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 49-50. SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 25-29; GILES, Thomas Giles. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EPU, 1989, p. 58-69; STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 67-72; HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. 3. ed. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, p. 100-110.

O fato é que, no que toca à delação premiada, problemas semelhantes surgem, dado que o tema pode ser apreendido sob distintos ângulos de visada. Por um lado, o tema suscita problemas quanto à validade da celebração de acordos no âmbito do processo penal, no que toca ao próprio suspeito ou acusado. Como regra, essa é a perspectiva com que a questão tem sido examinada no âmbito da *Common Law*, como se indicará adiante.

Discute-se qual a validade, então, de uma justiça penal negociada, quais as vantagens e desvantagens daí decorrentes, quando se toma o sistema em conta.⁶⁹

Também há algumas perplexidades, de outro tanto, quanto à validade da redução da pena no que toca ao acusado delator. Cuida-se de um assunto de extremo relevo para a Dogmática Penal, colocando em causa a categoria da punibilidade e problemas quanto à isonomia.

Quanto a esse segundo aspecto, a questão está em se aferir a razão pela qual a conduta adotada pelo suspeito ou arguido, no curso de um inquérito ou processo criminal, poderia influenciar no cálculo da pena que lhe será aplicável.⁷⁰

69 De certo modo, essa pretensão de se resolver o processo mediante acordo entre acusador e acusado encontra-se na base de alguns institutos penais, a exemplo da transação prevista no art. 76 da lei n. 9.099/1995, suspensão condicional do processo (art. 89 da mesma lei) e também se encontra presente no projeto de novo CPP, art. 283 (procedimento sumário, PL 8045/2010, Câmara dos Deputados).

70 Sobre a punidade, confira-se CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: RT, 2008, p. 331 e ss.

Nesse âmbito, destarte, poder-se-ia avançar para uma comparação com outros institutos penais de redução ou exoneração da pena, à semelhança dos casos de escusas absolutórias, arrependimento posterior, desistência eficaz, pagamento tardio de tributos, perdão judicial etc.

Pode surgir a pergunta a respeito de quem pode celebrar acordo. Quem chega primeiro? Quem tem mais informação a negociar? Não raro, quem conseguirá celebrar acordo é justamente quem sabe mais detalhes sobre os fatos havidos e, portanto, alguém que se situa no alto escalão de uma eventual agremiação delitativa. Dificilmente será o ‘mula’ do tráfico ou o *office-boy* do cartel criminoso.

Quanto a esse segundo aspecto - i.e., a questão da punibilidade e isonomia -, certamente é útil o emprego da teoria dos jogos, desenvolvida por John von Neumann, Oskar Morgenstern, John Forbes Nash e tantos outros. Em solo brasileiro, é o que tem empreendido Alexandre Morais da Rosa, como cediço.⁷¹

71 Por sinal, Alexandre Morais da Rosa promove uma interessante análise da delação premiada a partir da perspectiva da teoria dos jogos. A respeito, leia-se ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 281-300. A respeito dos fundamentos matemáticos da teoria dos jogos, leia-se VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior* in **The review of economic statistics**. 39, 1947, p. 47-52. LUCE, R. Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions**: introduction and critical survey. Nova Iorque: Dover Publications, 1985. FERNANDEZ, Luis; BIERMAN, H. Scot. **Teoria dos jogos**. 2. Ed. Tradução de Arlete S. Marques. São Paulo: Pearson, 2011.

Por fim, quanto ao terceiro prisma, surge o problema quanto à eficácia probatória e legitimidade de tais acordos, no que toca a terceiros. Ou seja, a pergunta passa a ser: em que medida a acusação poderia celebrar acordos com suspeitos ou acusados, com o fim de se obter provas em desfavor de terceiros?

Esse terceiro viés é importantíssimo, na exata medida em que, quanto a muitas suspeitas, os delatores podem ser imaginados como uma espécie de *ultima ratio probandi*, uma espécie de quinta coluna destinada a viabilizar a apuração de desconfianças graves, quanto a conjeturados crimes que não deixam testemunhas e documentos, crimes cometidos às ocultas, apenas sob os olhares de cúmplices.

É provável, tanto por isso, que essa questão probatória seja a que mais provoca angústias e desafios, no que toca à realidade brasileira.

Ora, Geraldo Prado tem sustentado que a delação premiada destinar-se-ia a substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta contra suspeitos e acusados, visando torná-los colaboradores e, pois, uma fonte de prova.⁷²

Vê-se, pois, que o mencionado instituto processual ainda está impregnado dos pressupostos das chamadas relações especiais de sujeição, considerando o suspeito/acusado muito mais como um instrumento, uma coisa – *reus, rei* – do que realmente como efetivo titular de direi-

72 PRADO, Geraldo *apud* CARVALHO, Nátlia Oliveira de. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98.

tos. Cuida-se de um imaginário autoritário, como facilmente se percebe.

A autora Hedieh Nasheri define o *plea bargaining* nos Estados Unidos e Canadá, como “o processo pelo qual o acusado ou suspeito em um caso criminal renuncia ao seu direito ao julgamento em troca de uma redução da acusação ou da sentença. É uma barganha consistindo da troca de uma concessão oficial para o acusado ou autocondenação.”⁷³

O fato é que essa ideia de acordo não chega a se confundir com uma verdadeira justiça restaurativa, em que quem se diz vitimado se encontra com quem é acusado, em audiências de recomposição e reconstrução de laços sociais esgarçados.⁷⁴

Bem ao contrário, a delação tende à instrumentalização de suspeitos e, tanto por isso, ao latente emprego de medidas de coação como mecanismos de obtenção de confissões e também incriminações alheias.

3. Breve considerações sobre o *plea bargaining*:

Dados os limites do presente texto, não há como se

73 NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process**: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada. Lanham: University Press of America, 1998, p. 8, em nota de rodapé. Tradução livre.

74 Sobre o conceito de justiça restaurativa, confira-se GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**. A censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

promover aqui um detalhamento denso da realidade da delação premiada em outros ordenamentos jurídicos. Busca-se, pois, apenas mencionar algumas experiências interessantes, bem relatadas em outras de Hedieh Nasheri, Mike McConville/Chester L. Mirsky,⁷⁵ George Fisher, Lawrence Friedmann, John Langbein⁷⁶ e Mary Vogel.⁷⁷

Para tanto, convém fazer apenas mencionar alguns institutos, assemelhados à delação premiada, mas que com ela não se confundem. Nos sistemas de *Common Law*⁷⁸, há o *plea of non contendere*. Nesse caso, o acusado sustenta, perante a Corte, que não irá confessar e tampouco irá refutar a acusação. Ou seja, ele faz uso do direito ao silêncio – *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se detegere*.⁷⁹

75 MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury trials and plea bargaining: a true history**. Oregon: Hart Publishing, 2005.

76 LANGBEIN, John. Understanding the short history of plea bargaining in **Law and Society Review** n. 13. 1979, p. 261-271. LANGBEIN, John. Plea bargaining as torture in **University of Chicago Law Review**. Vol. 46, 1978, p. 3-22.

77 VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**. Plea bargaining, the courts and the making of political authority. Nova Iorque: Oxford Press of New York, 2007.

78 Sobre o histórico da *Common Law* e institutos do processo penal, atente-se para a obra RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norteamericano**. São Paulo: RT, 2006.

79 Sobre o tema, leia-se COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p. 30-98. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação: nemo tenetur se ipsum accuare no proces-**

Ao que releva, há o *plea of guilty*, mediante o qual o acusado reconhece como correta a imputação, diz que os fatos realmente ocorreram e que ele é o responsável criminal. Note-se que a 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos preconiza o direito ao julgamento. Os Tribunais norteamericanos entendem, contudo, que, como regra – apresentado um *plea of guilty* – o processo torna-se desnecessário, dado que se cuidaria de um direito disponível.⁸⁰

Salvo se houver motivos para se duvidar da validade da confissão, p.ex., por força de sinais da incapacidade mental do acusado, indícios de que o acusado tenha sido levado a erro, indícios de que o arguido tenha sido coagido, os juízes simplesmente encerram o processo e marcam data para a prolação da sentença condenatória (i.e., cálculo da pena respectiva).

Nos Estados Unidos da América, também há o *plea of agreement*. Nesse caso, a acusação e a defesa chegam a um acordo e o informam ao Poder Judiciário, versando sobre concessões recíprocas. Como regra, os juízes aceitam os acordos e prolatam sentenças atentando para as cláusulas pactuadas, por mais que não estejam totalmente vinculados pelos seus termos.

Atente-se ainda para o *Alford plea*, também chamado de *Kennedy plea* em alguns Estados norteamericanos, o que significa, em síntese, que o acusado fez acordo com a

so penal e contraordenacional português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

80 RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. cit.*, p. 143 e ss.

acusação, aceitando ser submetido a uma pena, ao mesmo tempo, porém, em que manteve a declaração de inocência (*plea of not guilty*).

Também há o chamado *ad hoc plea bargaining*. Nesse caso, o acusado obriga-se a realizar algo que não está previsto em lei e que não poderia ser imposto pelo Poder Judiciário, p.ex., renunciar à guarda de filhos, doar certa quantia para uma instituição de caridade etc. Mesmo quando ausente efetivo pacto entre acusado e acusação, os juízes podem reconhecer, em favor do arguido, os mesmos efeitos de um cogitado acordo de colaboração.

Vê-se que tais institutos apenas se aproximam da ideia de delação premiada, dado que tratam mais da confissão por parte do suspeito/acusado, sem efetiva necessidade de que haja entrega de provas contra terceiros.⁸¹

Algo mais compatível com a nossa delação premiada está previsto no âmbito federal dos EUA, em que a realização de acordos depende da efetiva cooperação do acusado para a identificação de outros suspeitos, fornecimento de provas etc.⁸² Ao final, o acusador deve apresentar um re-

81 Uma interessante análise de tais institutos pode ser conferida na obra TURNER, Jenia J. **Plea bargaining across borders**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2009, p. 13-72; HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981, p. 57 e ss.; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

82 TURNER, Jenia J. *Op. cit.*, p. 31.

latório detalhando a contribuição do delator, para que haja eventual redução de pena.

Ora, a maioria dos estudiosos tem sustentado que, há muito, mais de 80% dos casos criminais dos Estados Unidos têm sido resolvidos com o emprego do *plea bargaining*. Trata-se, sem dúvida alguma, de um dos mais importantes institutos da cultura processual estadunidense.⁸³

Quanto à sua origem, há basicamente duas grandes correntes, como bem equacionam Mirsky e McConville.⁸⁴ Eles enfatizam que o *plea bargaining* teria surgido ao longo do século XIX nos Estados Unidos da América, sobretudo nas cidades de Nova Iorque, Boston, Cleveland, Chicago, Dallas, Filadélfia.

Mirsky e McConville dizem haver duas grandes correntes sobre o tema:

(a) A tese da profissionalização dos atores processuais, defendida por Lawrence Friedman e por Malcom Feeley. Friedman argumenta, por exemplo, que, antes do século XIX, os júris teriam sido promovidos de modo amador, sem maiores garantias e complexidades. Duravam poucos minutos; razão pela qual havia pressão de números de processos.

83 Sobre o tema, leia-se MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Op. cit.*, p. 10-13. TURNER, Jenia I. *Op. cit.*, p. 1. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in* THAMAN, Stephen C. (org.). **World plea bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 03-80.

84 MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Op. cit.*, p. 16-43.

Entre 1820 e 1860, contudo, teria havido maior profissionalização dos juizes e advogados, ensejando incremento na complexidade dos casos, fazendo com que os júris demorassem muito mais. Por conta disso, teria surgido o *plea bargaining* como forma de reduzir a pressão dos números (*overload cases*).⁸⁵

(b) As teses sociológicas reputam que o instituto teria surgido por conta de modificações econômicas havidas em Boston, Chicago e Nova Iorque a partir de 1830. No mais das vezes, toma-se como base o estudo de Douglas Hay⁸⁶, versando sobre a crueldade e também sobre a eventual leniência, em certos casos, do sistema de justiça inglês.

Quem advoga essa premissa compara também com a modificação estrutural no sistema americano, com a sua célere industrialização e movimento de ocupação urbana. Essa é a análise promovida por Theodore Ferdinand,⁸⁷ Allen Steinberg e Mary Vogel,⁸⁸ para ficar apenas em alguns nomes. Em alguma medida, também é a tese de Mike McConville e Chester Mirsky.

85 Idem, p. 7.

86 HAY, Douglas et al. **Albion's Fatal Tree: crime and society in eighteenth-century England**. 2. ed. rev. ampl. New York: Verso, 2011. A publicação original, com autoria apenas de Douglas Hay, é de 1975, pela Pantheon Books.

87 FERDINAND, Theodor. **Boston's lower criminal courts 1814-1850**. Newark: University of Delaware Press, 1992.

88 VOGEL, Mary. **Op. cit.**, p. 56 e ss.

A canadense Hedieh Nasheri alega que o *plea bargaining* teria tido origem em uma alegada cultura de comiseração, em solo inglês, constatada desde os idos de 1700.⁸⁹ Já o autor John Langbein chega a mencionar um estatuto inglês de 1485, autorizando a condenação sumária do acusado que confessasse o crime e possibilitando que, em determinados casos, os juízes reduzissem as penas cabíveis.⁹⁰

No caso *Commonwealth v. Battis*, de 1804, os americanos reconheceram a importância do direito ao júri, previsto na 6ª Emenda. Esse caso, primeiro precedente americano sobre o *guilty plea* – segundo Hedieh⁹¹ – tratou de um arguido negro, de 20 anos, acusado de estuprar e matar uma jovem branca de 13 anos, o que denota eventual confito étnico.

O acusado teria confessado o crime; a Corte comunicou-lhe não haver nenhuma obrigação moral ou jurídica de apresentar um *guilty plea*. Apesar da advertência, ele teria insistido, então, no reconhecimento do delito. A Corte o mandou novamente para a prisão para que pensasse a respeito; no dia subsequente, por ter mantido a confissão, o acusado restou condenado à morte, depois de a Corte ter perquirido se teria havido alguma coação.

O detalhe estaria no fato de alguém ter sido condenado à força sem que testemunhas fossem inquiridas, sem que o acusado fosse submetido a efetivo julgamento.

89 NASHERI, Hedieh. *Op. cit.*, p. 21, 35-37.

90 LANGBEIN, John *apud* VOGEL, Mary. *Op. cit.*, p. 93-94.

91 NASHERI, Hedieh. *Op. cit.*, p. 83.

Mary Vogel promove um estudo denso, tomando como pano de fundo os arquivos da cidade de Boston, quanto ao período compreendido entre 1820 e 1860. Segundo ela, haveria algum paradoxo no âmbito do *plea bargaining*, dado que haveria certa leniência justamente com o acusado confesso, o que não seria compreendido por muitas pessoas.

Em certa medida, as críticas ao instituto gravitariam em torno justamente da incompreensão quanto à redução da pena. Diante de uma concepção retributivista do sistema penal, ainda muito em voga nos Estados Unidos⁹², a redução da pena deveria retratar uma redução efetiva na culpabilidade, com demonstração de contrição, arrependimento e condutas pós-delitivas realmente ensejadoras de recuperação de danos.

Mary Vogel explora bastante os trabalhos de Albert Alschuler (1968), John Langbein (1978), Albert Reiss (1975), Lawrence Friedman (1973), Milton Heumann (1975) e Malcon Feeley (1973), para mencionar apenas os mais relevantes.

92 A respeito de uma defesa do retributivismo, leia-se a interessante obra MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010, p. 153-188. Ainda sobre uma concepção retributivista, amparando-se no idealismo alemão, leia-se STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008 (quem discorre sobre liberdade e verdade, a partir de holofotes hegelianos) e PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y Derecho penal**. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010.

Sem dúvida alguma que, ainda hoje, as principais críticas desse instituto, em solo norteamericano, têm sido veiculadas nos textos de Albert Alschuler⁹³ e Stephen Schulhofer. E o são, em boa medida, por discordarem da redução de pena ofertada a acusados confessos ou delatores.

Ademais, algumas teorias fundadas na *law and economics* supõem que o *plea bargaining* seria uma derivação natural das coisas, uma evolução decorrente da própria racionalidade do sistema de justiça criminal. Mas isso não explicaria – diz Mary Vogel⁹⁴ – a razão pela qual o instituto não teria surgido e se consolidado na Inglaterra antes do que nos Estados Unidos.

Para George Fisher⁹⁵, por seu turno, esse instituto teria surgido em Boston por conta de casos envolvendo consumo de álcool. Mas ele não chega a atribuir o devido peso às alterações econômico-sociais havidas, segundo a crítica de M. Vogel, quem busca ofertar respostas sociológicas, tomando por base as obras de Karl Marx, Max Weber, Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

Convém mencionar também a obra de John Langbein, quem sustenta, de sua parte, que a origem do *plea*

93 ALSCHULER, Albert. *Plea bargaining and its history in Law and society review* n. 13, 1979, p. 211 e ss. SCHULHOFER, Stephe. *Is plea bargaining inevitable? in Harvard law review* vol. 97, n. 5. Março de 1984, p. 1037-1107.

94 VOGEL, Mary. *Op. cit.*, p. 131 e ss.

95 FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America**. Palo Alto: Stanford University Press, 2003, p. 43 e ss.

bargaining nos EUA estaria associada à grande pressão dos números. Muitos julgamentos para pouco tempo; dada também a complexidade do júri americano, exigindo um grande e um pequeno júri, com a compreensível burocracia que isso suscita. Aliás, ele elaborou um interessante estudo contrapondo o *plea bargaining* à tortura: *plea bargaining as torture*.⁹⁶

Segundo Hedieh Nasheri, o *plea bargaining* estaria mais próximo do modelo de controle do crime – categoria do Herbert Packer⁹⁷ – dado que estaria fundado em uma noção de eficiência do sistema de justiça criminal, compreendido como punição do maior número possível de autores de delitos. O outro modelo (concepção *due process of law*) seria mais adequado à ideia de julgamento pleno, com regras de exclusão probatórias e garantias contra o abuso de poder.

Já o autor Yale Kamisar toma por base os *gatehouses*⁹⁸ da Justiça Criminal – i.e., os procedimentos informais anteriores a um julgamento, aduzindo que, não raro, um caso é decidido sem a efetiva conferência das garantias legais, sendo considerável o risco de que acordos de colaboração convalidem práticas ilícitas de obtenção de provas, por exemplo.

96 PACKER, Hebert. **The limits of criminal sanction**. California: Stanford Press, 1968.

97 LANGBEIN, John. *Plea bargaining as torture*, cit., p. 3-22.

98 A respeito das *gatehouses*, leia-se NASHERI, Hedieh. **Op. cit.**, p. 14. KAMISAR, Yale et al. **Modern criminal procedure**. St. Paul: West Publishing company, 1995.

Ora, como é notório, a jurisprudência dos EUA tem fundamento nas seguintes fontes: a Constituição, as leis e a *Federal Rules of Criminal Procedure* de 1969, regras que têm a forma de lei, conquanto sejam projetadas por comitês de juízes e promulgadas pela Suprema Corte dos EUA. As regras tratam do *plea bargaining* e do *plea of non contendere*, conforme rule 11.

É fato que as cortes judiciais podem rejeitar eventual acordo entre as partes (Seção 2 da Regra 11 – Federal Rules, de 1969). Antes da aprovação da Regra 11, a *American Bar Association* havia recomendado um padrão relativo aos *guilty pleas*, cuidando de detalhes sobre como o acusado deveria se relacionar com o advogado de defesa, recomendando a não participação dos juízes, a necessidade de que o acordo fosse comunicado às cortes, dentre outros temas.

Deve-se ter em conta, aliás, a reforma sobre a lei de sentenças – *Sentencing Reform Act* de 1984 – pelo Congresso dos EUA. A partir de então, houve imposição do regime de *mandatory minimum*, o que transferiu poder dos juízes e jurados para os promotores. Os acusadores passaram a gozar de uma ampla liberdade para negociar um acordo; mas, se o pacto não for celebrado, os juízes não possuem grande liberdade para dosar a pena, aquém de um mínimo bastante significativo. Ou seja, há penas muito elevadas, o que estimula que muitos inocentes aceitem acordos desvantajosos, com o fim de fugir do risco de uma condenação muito gravosa.

Ora, ao julgar o caso *USA versus Booker*, em 2005, a Suprema Corte norteamericana sustentou que os mencionados *mandatory guidelines* seriam inconstitucionais, devendo ser tomados como meras recomendações aos julgadores. Apesar disso, no cotidiano, os juízes costumam respeitar o limite mínimo de pena, à semelhança dos conhecidos problemas suscitados pela súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Tanto por isso, têm surgido associações contra o referido *mandatorium minimum*, sobretudo por força de alguma disparidade de penas cominadas para crimes de igual gravidade (tráfico de crack, droga consumida por pessoas pobres, pode ter pena muito superior ao tráfico de cocaína, p.ex.). Basta uma breve consulta à internet para se constatar a atividade intensa de tais agremiações.⁹⁹

Note-se, por exemplo, que, na opinião de Jeffrey Standen¹⁰⁰, professor de Kentucky, essa reforma do *guidelines* é que estaria estimulando a celebração de acordos, em solo estadunidense. No caso brasileiro, de certo modo, a solução do caso 470 (mensalão) estaria cumprindo função semelhante, estimulando a celebração de acordos no âmbito da Lava-jato.

Também há críticas contra esse instituto, a exemplo daquelas que foram formuladas, lá atrás, pelo *National*

99 A título de exemplo, consulte-se o site da *FAMM – families against mandatorium minimum* < <http://famm.org> > Acesso em 07.12.2016.

100 STANDEN, J. *apud* NASHERI, Hedieh. **Op. cit.**, p. 18 e 40.

Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals recomendou, em 1978, advogando até mesmo a extinção dessa medida.

Também há Estados norteamericanos que limitam os casos em que tais acordos seriam cabíveis - a exemplo, da Califórnia e Mississippi –, não os admitindo em processos criminais versando sobre aventados crimes sexuais, por exemplo.

4. Alguns precedentes interessantes - EUA:

Convém mencionar brevemente, aqui, alguns julgados dos Estados Unidos, versando sobre o tema do *plea bargaining*, a fim de permitir algum confronto com a realidade brasileira.

Ao julgar o caso *Marchibroda versus USA*, em 1962, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou, então, que o *plea of guilty* não poderia ser aceito, caso demonstrado que o acusado teria sido induzido por promessas ou ameaças, privando-o da sua voluntariedade. No mencionado precedente, os *justices* expressaram muitas reservas ao instituto, ao afirmar que a colaboração do suspeito não poderia ser obtida mediante promessas de vantagens ou com comprometimento da cláusula do *due process of law*.

Já com o caso *Garrity versus New Jersey*, em 1967, a Suprema Corte sustentou que, dado que *plea bargaining* poderia ser utilizado, indevidamente, para pressionar o acusado para que não vá a julgamento, ele seria destrutivo

dos valores do devido processo, assegurados pela Constituição. Crítica semelhante foi lançada nas entrelinhas do precedente *Spevak v. Klein*, também de 1967.

Nesse mencionado precedente *Garrity*, houve reconhecimento da aplicação da regra *Miranda* – i.e, *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *privilege against self incrimination* – também quando em causa suspeitas contra servidores públicos. Sustentou-se, nesses casos, que o governo não poderia condicionar um benefício a obrigar que o acusado fornecesse provas contra si.

Em 1969, ao julgar o caso *Boykin v. Alabama*, a Suprema Corte sustentou que a celebração do acordo dependeria da demonstração de que o acusado teria plena capacidade mental, com efetiva compreensão das imputações ou suspeitas contra si lançadas. Ademais, a Corte Judicial deve examinar a base de fatos, dado que a renúncia à 6ª emenda não poderia decorrer do mero silêncio do acusado ou de algum comportamento processual implícito. Ou seja, ele deveria ser inquirido expressamente a respeito do seu interesse em ser submetido ao processo.

Já com o caso *North Carolina v. Alford*, de 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou ser cabível a celebração de acordo entre acusação e defesa, mesmo quando o acusado mantenha a afirmação de ser inocente, desde que haja alguma evidência da sua culpa e, desde que não haja indícios de que ele teria sido coagido ou celebrado acordo para favorecer terceiros. Nesse caso *Alford*, o suspeito

chegou a celebrar acordo com a acusação, enfatizando que apenas o fazia por medo da cominação da pena de morte.

Cuida-se de uma situação estranha: o acusado afirma sua inocência e, apesar disso, confessa um crime que alega não ter cometido, apenas por conta do receio de uma eventual condenação. É como se dissesse “sou inocente. Mas, como não confio que o sistema reconhecerá isso, confesso um crime que não cometi e celebro acordo!”¹⁰¹

No ano seguinte, caso *Santobello v. New York*, a Suprema Corte dos EUA manteve a prática do *plea bargaining*, sustentando que “*If every criminal charge were subjected to full scale trial, states and the Federal government would never need to multiply by many times the number of judges and court facilities.*”

Santobello teria sido indiciado pelo crime de promoção de jogo ilegal e por possuir material de jogos de azar. Depois de negociar com acusação, teria ficado acertado que ele confessaria a prática de um crime menos grave - a posse de jogos de azar em segundo grau -, submetido, quando muito, a 01 ano de pena. Antes da sentença, ele teria substituído o advogado por outro, retratando-se do *plea*

101 Luigi Ferrajoli sustenta, por seu turno, que “*Toda vez que um imputado inocente tem razão para temer um juiz, isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo, e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente, assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.*” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. São Paulo: RT, 2002, p. 441.

of guilty, alegando que ele não sabia, ao tempo do acordo, que as evidências teriam sido obtidas de modo viciado.

A Corte recusou o pedido e o condenou.

O novo acusador então fez recomendação de mínimo da sanção, acatado pelo juiz, conquanto o acordo houvesse previsto que isso não seria feito. Ele foi condenado à pena máxima do delito e recorreu à Suprema Corte, alegando que o pacto teria sido descumprido, o que ensejou interessante precedente sobre o respeito à boa-fé e ao *pacta sunt servanda*, no âmbito de tais pactos de colaboração processual.

Nesse âmbito, houve importante debate, pois, perante a Suprema Corte dos EUA, sobre a solução a ser dispensada em caso de descumprimento do acordo por parte do Estado. O *Justice* Douglas questionou se seria caso de simples modificação daquele acordo, ou se seria o caso de submeter o acusado a novo julgamento, algo que deveria ser alvo de questionamento junto ao próprio arguido.

Também é interessante atentar para o caso *Brady versus USA* – 397, US 742 - de 1970. Em 1959, Robert Brady foi acusado de sequestro, crime que então estava submetido à pena de morte. Representado pelo seu advogado, ele celebrou um acordo com a acusação, ao saber que o coacusado teria celebrado um pacto (uma amostra do dilema do prisioneiro, tratado pela teoria dos jogos). O denunciado restou condenado, então, a 50 anos de reclusão, posteriormente reduzida para 30 anos de encarceramento.

Em 1967, Brady recorreu, sustentando que o acordo não teria sido voluntário, já que ele apenas teria acordado com medo da pena de morte. Mas a Suprema Corte teria reconhecido a inconstitucionalidade da pena de morte para o crime de sequestro ao julgar o caso *United States v. Jackson*, 1968.

Aquele Tribunal argumentou, todavia, que o *plea of guilty* seria um ato solene e grave que apenas poderia ser aceito se o acusado houvesse tomado conhecimento pleno das acusações, encontrando-se no gozo das faculdades mentais, sem haver sinais de coação ou constrangimento.

A despeito disso, e do reconhecimento da inconstitucionalidade da sanção temida inicialmente por Brady (i.e., pena de morte), a Suprema Corte manteve o acordo celebrado com a acusação, ao argumento de que a voluntariedade do *plea of guilty* poderia ser determinada apenas pela consideração do seu contexto. No final das contas, ninguém o teria obrigado a aceitar um mal negócio. Mesmo que se supusesse que Brady apenas teria confessado com medo da pena de morte, isso não invalidaria a confissão.

Em todos esses casos, em maior ou menor medida, aquela Suprema Corte estadunidense reputou que a Constituição daquele país permitiria a celebração de tais acordos; ao mesmo tempo em que a confissão (*guilty plea*) importaria renúncia ao julgamento, considerado um direito disponível.¹⁰²

102 Entre nós, ao contrário, vigora uma concepção de que o devido pro-

O sistema asseguraria vantagens para todos, segundo um viés pragmático. Para o acusado, a vantagem seria impedir a imposição da pena máxima prevista na lei; para o Estado, a vantagem seria a imposição mais célebre da punição, depois de uma admissão de culpa, evitando que recursos escassos fossem dispendidos, segundo o voto do *justice White*.

Segundo essa concepção, um acusado não poderia postular a revogação do acordo por ter concluído, depois de algum tempo, um pacto desvantajoso ou não tão vantajoso quanto gostaria, ou por não ter apreciado corretamente as chances do Estado e a qualidade das provas envolvidas.

Enfim, ao julgar muitos desses casos, a Suprema Corte atribuiu peso para o *pacta sunt servanda*, instituto fundamental do Direito dos Contratos, mas sem importar mecanismos conexos, como a teoria da lesão (art. 157, Código Civil), a teoria da imprevisibilidade, a vedação de

cesso é inabdicável, dado que não se trata de defender as garantias apenas desse ou daquele acusado, mas de todos os potenciais suspeitos e acusados. Importa dizer: ninguém pode cumprir pena com lastro apenas e tão somente na sua confissão ou aquiescência. Daí o relevo de se examinar com cautelas o art. 283 do projeto de novo CPP, ao instituir o rito sumário, ao preconizar uma espécie de acordo entre acusação e defesa, ensejando uma efetiva aplicação de sanção sem processo. A respeito de direitos indisponíveis, convém ter em conta também certas garantias trabalhistas ou direitos de personalidade, a exemplo da conhecida discussão sobre o lançamento de anões, em bares franceses. Caso julgado pelo Conselho de Estado Francês, em outubro de 1995 (*Conseil d'État statuant au contentieux*, nº136727).

onerosidade excessiva (arts. 478-480, Código Civil), dentre outros. Aplicar-se-ia apenas a regra de que os pactos deveriam ser cumpridos, sem atentar para as condições em que a vontade teria sido manifestada. Algo um tanto injusto, bem se percebe.

Vale a pena atentar também para o precedente *Giglio versus USA*, em que a Suprema Corte enfatizou que a existência do acordo de delação deveria ser informada aos suspeitos e acusados atingidos reflexamente pela medida, diante da obrigação de *disclosure* probatória, inerente ao devido processo penal, dado o conhecido direito ao confronto - *Pointer versus Texas*, 1970; *Brady Material - Brady versus Mariland*, 1963.

Convém mencionar ainda o precedente *Rickttts versus Adamson*, 1987. Adamson foi acusado de homicídio qualificado - *murder in first degree*, comprometendo-se a testemunhar contra os demais acusados. Ele prestou declarações e os demais arguidos foram condenados. Todavia, a condenação dos demais restou anulada e ele foi convocado, então, para novo testemunho (condição em que acusados são ouvidos em alguns Estados dos EUA). Seu advogado escreveu, então, para a acusação, dizendo que – segundo a sua interpretação do pacto – ele já o teria cumprido.

A acusação então processou Adamson por quebra do acordo, e obteve sua condenação à pena de morte. Ele recorreu à Suprema Corte, sustentando ter havido violação à cláusula do *ne bis in idem*, *double jeopardy*, 5. e 14. emen-

das à Constituição do EUA, aplicáveis aos Estados membros a partir de 1969 (*Benton versus Maryland*).

Por maioria de votos, a Suprema corte manteve a condenação de Adamson à pena de morte. Os votos dissidentes foram proferidos pelos *justices* Brennan, Marshal, Blackmun e Stevens, sustentando que a sua recusa teria sido razoável; que não se poderia atribuir à acusação o poder de impor uma única interpretação do acordo. Segundo tais votos, diante do dissenso, antes de continuar no seu processo, a acusação deveria ter submetido a questão novamente ao Judiciário, a fim de que fosse aferido se, de fato, Adamson teria violentado o acordo.

Nesse rasto, registre-se ainda o caso *Bordenkircher versus Hayes*, 434, US 357, 1978. A Suprema Corte manteve a prisão perpétua cominada a Hayes pelo fato de ter passado um cheque sem fundos no valor de \$88,30! Paul Lewis Hayes já havia sido condenado antes, duas vezes, por emitir cheques sem fundos.

Nesse terceiro caso, o acusador lhe propôs um acordo de cumprimento da pena de 05 anos de reclusão, com a eventual recomendação de *probation* em 03 anos. Hayes rejeitou a oferta, sendo então acusado de violação à lei *three strikes and you're out!*¹⁰³, e condenado ao cumprimento da pena de reclusão perpétua, mantida pela Suprema Corte.

103 Sobre essa lei do *three strikes and you're out*, leia-se WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Repita-se: prisão perpétua pela emissão de um cheque sem fundos de US\$ 88,30!, mantida pela Suprema Corte.

Isso é o suficiente para se evidenciar que essa lógica pragmática deve ser apreciada com redobradas cautelas, dado o risco de deitar por terra garantias fundamentais dos sujeitos quando confrontados com o Estado. Como fundamento dos votos, proferidos no caso Hayes, resta implícito o argumento de que o arguido poderia ter aceitado o acordo, assumindo o risco do processamento.

O fato é que Hayes restou condenado à prisão perpétua pelo simples fato de ter exercido o direito ao julgamento. Isso implicaria uma espécie de sanção processual - i.e., *trial penalty* -, ao invés de simples renúncia a vantagens (*waiver reward*), alvo da profunda crítica de Richard Lippke,¹⁰⁴ em sua obra sobre a ética da barganha processual.

Vê-se que muitos julgados enfatizam que o Poder Judiciário deve conferir a base fática do acordo. Todavia, a grande pergunta é como isso será feito, dado que os magistrados acabam tendo pouco contado com os detalhes do acordo no âmbito da *Common Law*, em situações tais.

As partes possuem pouco estímulo para informar adequadamente o Poder Judiciário os detalhes do acordo, dados os interesses próprios negociados, evitando que o julgador interfira no *plea of agreement*, o que pode ensejar o risco de convalidação de provas ilícitas.

104 LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford Press, 2011, p. 10-37.

Note-se, todavia, que, confrontando-se com o pequeno risco de condenação a uma pena muito elevada, um acusado inocente talvez seja tentado a aceitar um acordo indevido. A posição do advogado, estimulando-o a celebrar um *plea of agreement*, pode ser reputada racional sob esse ponto de vista (pouca probabilidade de um dano muito elevado). Mas, isso pode comprometer fundamentos deontológicos do devido processo: a tutela da liberdade de todo e qualquer inocente, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado, como já referido acima.¹⁰⁵

Essa crítica foi lançada, de modo contundente, por Stephen Schulhofer, no texto *plea bargaining as a disaster*.¹⁰⁶ Isso significa que a preferência que um acusado inocente pode ter pelo *plea bargaining* – ou mesmo um culpado – não pode ser decisiva para a validação do instituto, já que coloca em causa a cláusula do devido processo legal, a ser assegurada a todas as pessoas.

105 Esse *trade-off* da advocacia criminal é bem retratado ao início da obra TURNER, Jenia I. *Op. cit.*, p. 16. Sabendo que o cliente é inocente, mas – ao mesmo tempo –, não podendo descartar o risco de uma eventual condenação a uma pena muito elevada, o advogado criminal deveria estimulá-lo a aceitar um acordo com a acusação, implicando significativa redução de uma pena injusta? Ou deveria, ao contrário, insistir no enfrentamento das imputações penais, com o risco de que o acusado reste condenado indevidamente? Como equacionar adequadamente tais dilemas, sobretudo diante da premissa de que a advocacia é indispensável para a tutela das liberdades públicas, de modo que a liberdade de todas as pessoas que se vejam diante do poder punitivo deve ser alvo de diligente atuação da defesa?

106 SCHULHOFER, Stephen. *Plea bargaining as a disaster in Yale law journal n. 1979*. 1992.

Já os autores Robert Scott e William Stuntz sustentam que o problema estaria em saber se o *plea bargaining* seria menos eficiente que o julgamento para separar o culpado do inocente.¹⁰⁷

Mas é evidente que o julgamento tende a ser garantista de um acordo qualquer. Há regras de exclusão, confronto de testemunhas, revisão, recursos, exigência de decisão fundamentada. O *plea of agreement* está baseado, não raro, em ameaças contra quem está sob suspeição, e – temeroso do seu destino – acaba aceitando um acordo.

Estes são apenas alguns precedentes interessantes, no âmbito da *Common Law*, a respeito desse instigante tema.

5. Outros tópicos de Direito comparado:

Hedie Nasheri, já mencionada acima, promove um interessante estudo do emprego do *plea bargaining* no âmbito do Direito canadense. Para tanto, ela menciona a Carta de direitos e liberdades, Canadá, de 1982, sendo conveniente notar que a Constituição canadense data de 1867.

O *plea bargaining* no Canadá tem sido tratado pelo Código Criminal – seção 606(4) -, havendo memorando subscrito pelo Procurador Geral Dalton Bales, datado de 1972, veiculando recomendações sobre o procedimento a ser empregado nesse âmbito.

107 STUNTZ *apud* TURNER, Jenia. *Op. cit.*, p. 58.

Em 1976, a *Canadian Criminology and Corrections Association* subscreveu uma recomendação para a abolição do *plea bargaining* naquele país. Contudo, a despeito disso, a prática continuou a ser empregada, ainda que de modo errático. A associação dos advogados do Canadá apoiou, todavia, a regulamentação do instituto, desde que estabelecidas regras clara para seu emprego.

No caso Askov (*R v Askov*, 1990), a Suprema Corte do Canadá sustentou que o acusado deveria ser liberto, dada a demora de 08 meses para que o processo fosse decidido. Ele havia esperado 34 meses preso. Por força disso, aplicando-se o mesmo precedente, cerca de 50.000 acusações foram retiradas, por demora superior a 08 meses na espera do julgamento.

Cuida-se, pois, de um precedente importante para a definição do direito ao julgamento em um prazo razoável (*right to be tried within a reasonable time*), tratado – no solo brasileiro – pelo art. 5, LXXVIII, Constituição Republicana. Por outro lado, ele bem retrata uma diferença entre a existência de leis e a efetiva existência de cultura de legalidade. Quando há cultura de legalidade, a lei que se aplica a Chico também se aplica a Francisco, e as regras são respeitadas de modo homogêneo, em prol da isonomia.

De todo modo, ao que releva aqui, o fato é que - por força desse precedente Askov – houve maior estímulo para o resgate do *plea bargaining*, como meca-

nismo de aceleração dos processos. Também aqui, um problema de *overload cases*.

Convém mencionar, ademais, o processo em que o inglês Frank Richard Turner foi julgado, em 1970, cuidando-se de precedente paradigmático. Em 26 de janeiro de 1970, o sr. Turner teria expressado um *plea of not guilty* da acusação de ter praticado um furto. Em 27 de janeiro de 1970, ele confessou a prática do delito, tendo sido condenado, então, ao pagamento de 75 libras de custo e cumprimento de 04 meses de prisão. Logo depois do julgamento, ele foi aconselhado pelo seu novo advogado a reconsiderar sua confissão, o que restou acolhido pela Corte superior.

No Canadá, o instituto sofre algumas críticas semelhantes àquelas lançadas no EUA. Alguns teóricos mencionam a elevada influência da jurisprudência norte americana sobre o país vizinho. Outros enfatizam que a condenação de alguém não deveria depender de negociações e barganhas, mas apenas da qualidade das evidências obtidas pelo acusador, com observância ao devido processo (projeto de reforma da lei de Ontário – 1973).

Na Alemanha, por seu turno, o *plea of agreement* (i.e., o *Absprachen*) foi empregado antes mesmo da sua efetiva regulamentação legal, por força de práticas informais nos tribunais, em que pese a grande crítica da doutrina especializada. Trata-se de um típico caso de tradução - muito mais do que de transplante - de um instituto jurídico de

um sistema para outro, com os correspondentes riscos de equívocos e deturpações.¹⁰⁸

Por sinal, Maximo Langer tem denominado o *plea bargaining* de Cavalo de Troia da *common law* para os sistemas da *civil law*.¹⁰⁹ Note-se também que as Cortes alemãs não chegaram a mencionar expressamente a influência da jurisprudência dos EUA para a solução dos casos, conquanto seja evidente a inspiração.

Mencione-se ainda o famoso texto de John Langbein, de 1979 – *land without plea bargaining* - em que se dizia que a Alemanha seria um resquício de terra sem acordo de colaboração processual. Isso restou superado, como facilmente se percebe da realidade atual do processo germânico.

Em 1986 foi realizado estudo tratando do emprego do *plea bargaining* alemão para a solução de casos envolvendo suspeitas da prática de crimes de colarinho branco. Posteriormente, o *Absprachen* foi ampliado, de modo a abranger outros delitos, sobretudo no âmbito da acusação da prática de estupros e outros delitos sexuais.

O detalhe está no fato de que, no âmbito da Alemanha, vigora um princípio inquisitório - i.e., *Amtsermittlungsgrundsatz* -, antagônico com o postulado dispositivo ine-

108 Sobre o tema, leia-se TURNER, Jenia L. *Op. cit.*, p. 73-100; LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in Harvard International Law Journal*, vol. 45, p. 43 e ss.

109 LANGER, Maximo. *Op. cit.*, p. 35 (*Plea bargaining as a trojan horse of the adversarial system*).

rente ao *plea of agreement*. Tanto por isso, mesmo quando há acordo, o juiz alemão se vê obrigado a conferir o lastro probatório sobre o qual eventual acusação deve se assentar. O tema é versado no *Strafprozessordnung* - §§255 e ss., merecendo destaque o art. 170, StfPO, em que há previsão do princípio da obrigatoriedade da persecução penal, preenchidos os seus requisitos legais.

A partir de 1970, o legislador alemão promoveu determinadas alterações no Código de Processo Penal, em prol de alguma espécie de solução consensual, dando causa a um importante debate entre Thomas Weigend - criticando a medida -, de um lado, e Karl Lüderseen - a defendendo -, de outro.

O fato é que, até maio de 2009, não havia efetiva previsão legislativa de *plea bargaining* em solo alemão. Apenas a partir de então é que a lei foi alterada de modo a prever efetivamente o instituto, suscitando questionamentos junto aos tribunais.

A primeira decisão do BVG – *Bundesverfassungsgericht* -, de 1987, reputou válido o instituto, informalmente aplicado até então em solo tedesco. (*Kammerbeschluß*, 27 de janeiro de 1987, NJW 1987). A Corte enfatizou que não se poderia negociar sobre fatos, i.e., acordo sobre quais os fatos que teriam ocorrido. Também merece destaque a decisão do *Bundesgerichtshof* - BGH, em 1997. BGHSt – 43, 195.

Aquele Tribunal alemão enfatizou que os acordos deveriam ser examinados caso a caso, com base nos princí-

pios do devido processo legal. Ademais, a base fática deveria ser conferida rigorosamente pelos juizes, de modo que o Judiciário deveria examinar se a confissão do acusado corresponderia à verdade dos fatos e, quando necessário, promover diligências a fim de aferir isso (postulado inquisitorial). O acusado não pode ser pressionado a confessar mediante ameaças de aumento de pena ou por meio de promessas de benefícios não previstos na legislação.

Caso esses postulados sejam efetivamente seguidos, as Cortes alemãs estariam vinculadas ao acordo, não podendo desconsiderá-lo, salvo se graves novas circunstâncias posteriores ao acordo, anteriormente desconhecidas pela corte, possam influenciar o julgamento.

Outra grande decisão do STJ alemão (BGH) foi proferida em 03 de março de 2005 (BGH GSSt 1/04), com conteúdo semelhante. Aquela Corte Superior - equivalente ao STJ brasileiro - tem confirmado a validade do *Absprachen*, ao mesmo tempo em que enfatizou que o juiz não pode se envolver no julgamento; e que a Corte deve avisar o acusado de que ele possui o irrenunciável direito de, querendo, recorrer da decisão proferida pelo Judiciário.

Cuidou-se de uma unificação de jurisprudência do BGH a respeito (casos provenientes da 3ª Câmara), envolvendo acordos em que – como parte da barganha -, o acusado da prática de tráfico de drogas teria renunciado ao direito de recorrer, o que não tem sido aceito pelos tribunais

alemães¹¹⁰, ao mesmo tempo que os tribunais têm exigido uma avaliação da proporcionalidade da medida, com confronto entre gravidade das suspeitas/imputações e alcance dos benefícios negociados.

O detalhe está na constatação de que, na Alemanha, a Corte Superior enfatizou que a ocorrência dos fatos não poderia ser aferida pela simples existência de acordo. Ou seja, a barganha não poderia impedir o exame judicial da qualidade e legalidade das provas colhidas.

Ademais, a diferença de pena não pode ser tão expressiva (*sentence gap*) que não possa ser entendida como uma redução razoável da pena, diante da culpabilidade.

Naquela ocasião - i.e, em março de 2005 – o BGH disse ter conhecimento das críticas que foram lançadas sobre a decisão de 1997 (i.e., acórdão n. 43/195). Contudo, por mais que a lei ainda não houvesse previsto expressamente o *plea bargaining*, ele não seria inválido, desde que respeitados aqueles cuidados fixados pela Corte Superior.

Ela enfatizou também a necessidade de cuidado com o comportamento contraditório da parte (*non venire contra factum proprium*). Esses são alguns contornos da deliberação do BGH, sobre esse tema, sendo importante ressal-

110 O STF também reputou inválida cláusula semelhante, ao deliberar sobre a homologação do acordo de delação premiada de Alberto Youssef. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF. Petição 5244. Rel. Min. Teori Zavascki. Data de 19.12.2014. Disponível na internet: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-alberto-youssef.pdf> > Acesso em 07.12.2016.

tar que se trata de um viés mais relacionado ao alcance do acordo quanto ao próprio delator, e não tanto quanto a eventuais delatados.

Mediante projeto encaminhado pelo Ministro da Justiça (projeto de 2006), a legislação alemã foi alterada em 2007, de modo a prever expressamente o *plea bargaining* (arts. 257 e ss., StfPO).

Repita-se, ademais, que, no âmbito acadêmico, a medida foi criticada pelo Thomas Weigend¹¹¹ em publicação de 2008. Klaus Lüderseen¹¹² e Markus Dirk Dubber a defenderam, por seu turno, sustentando que o acordo seria um meio racional de se solucionar o conflito e obter a justiça.

Weigend alegou cuidar-se de verdadeiro cheque em branco em favor das cortes, no que tocaria ao *Absprachen*. Ele enfatizou que, ainda que se imagine que o acusado poderia se retratar de uma confissão feita, isso dificilmente afastaria todos os efeitos dela decorrentes, dada a convicção judicial até então firmada com base nela.

Na Alemanha, ao contrário dos EUA e Canadá, em regra o acordo envolve também a Corte judicial. Ainda que - em boa parte dos casos -, o arguido possa negociar apenas com o acusador sobre o conteúdo das acusações, e então

111 WEIGEND, Thomas. The decay of the inquisitorial ideal. Plea bargaining invades German criminal procedure *in* JACKSON, John et al. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 44 e ss.

112 LÜDERSEEN, Karl. Abschaffen des Strafens? citado por TURNER, Jena. **Op. cit.**, p. 121-122.

apenas esperar aprovação do Judiciário, quando em causa imputações mais gravosas, o acordo envolveria o Judiciário, exigindo-se alguma espécie de indicação da aceitação e alcance de eventual pena a ser cominada.

Por outro lado, não há uma lista de crimes em que o acordo seja cabível. Contudo, existe certa relutância em aderir a acordos quanto a crimes graves/violentos, conquanto ele seja bastante empregado no âmbito de crimes sexuais, de modo a tentar evitar que a vítima testemunhe em juízo.

A discricionariedade dos acusadores alemães é muito inferior àquela reconhecida aos acusadores norteamericanos. Conquanto o *ad hoc plea bargaining* não seja formalmente aprovado na Alemanha, ele seria reconhecido na prática, situações em que os acusados aceitam, como parte do acordo, punições que não poderiam ser aplicadas no processo criminal, por ausência de previsão legal: pagar taxas, pagar valores a instituições de caridade etc. O BGH se recusa a mantê-las, quando a tanto convocado (BGH, decisão de 19 de fevereiro de 2004 – 4 StR 371/03 – BGHSt 49, 84).

Também há o acordo de cooperação – algo próximo à delação premiada brasileira -, as chamadas *Kronzeugen* (testemunhas da Coroa), versando sobre lavagem de dinheiro, tráfico e crimes de terrorismo. Em tais casos, o suspeito ou acusado pode ajudar a impedir um crime ou ajudar a investigar a suspeita da sua ocorrência – inclusive o crime cometido pelo próprio delator -, podendo receber significativa redução de pena.

Nesse âmbito, o jurista Alessandro Baratta dizia que “*la impunidad o las disminuciones punitivas previstas para el testigo de la corona (Kronzeuge) parecen hechas a la medida para los super-arrepentidos, es decir, para aquellos que tuvieron un rol de primer orden en las organizaciones terroristas, pero son prácticamente inaplicables a quienes (la mayoría) cuya posición en la estructura de esas organizaciones sólo les permite revelar sus propios delitos.*”

Registre-se, ademais, que o instituto também tem sido aplicado na Itália (*patteggiamento*), diante de reformas havidas no âmbito da legislação processual pertinente. Conquanto o tema renda reflexões mais densas que as aqui ensaiadas, convém apenas mencionar que, naquele país, há previsão de *reformatio pro societate*,¹¹³ com desconsideração da coisa julgada em prejuízo da liberdade, sempre que demonstrado que, tendo obtido vantagens processuais, reconhecidas em sentença transitado em julgado, um delator teria mentido.

Enfim, na Itália, pode-se desconsiderar a coisa julgada, se demonstrado que o acusado atuou com mendacidade no âmbito de um acordo de delação. Note-se que isso deve ser compreendido também quando se toma em conta o conhecido caso *Tortora*.

O *patteggiamento* prevê acordo sobre o conteúdo da sentença, sobre o tempo de reclusão e também modo de

113 Código de processo penal italiano, arts. 629 e ss.

cumprimento da sanção. A sentença pode ser reduzida até 1/3, observados alguns requisitos. Na Itália, não há necessidade de confissão para que o acordo seja homologado, segundo enfatiza Maximo Langer.¹¹⁴

Caso o acusador não aceite o pacto, o juiz pode aplicar os mesmos efeitos na sentença, caso reconheça base para tanto. O Judiciário deve examinar as razões da acusação para se recusar a celebrar acordo com o acusado.

Ao que releva, menciona-se também que esse instituto tem sido aplicado em países do Leste Europeu, com destaque para a Rússia, diante da modificação legislativa a partir de 1993, com consolidação em 1997. A medida teria sido adotada por pressão dos Estados Unidos, a partir de reforma da Constituição Russa (1993), tentando preconizar algumas garantias processuais (art. 123, Constituição da Rússia). A partir de 2001, algumas medidas de *plea bargaining* foram previstas nos arts. 314 a 317 do Código processual russo, como revela Ian Turner.¹¹⁵

O sistema russo se aproxima mais do *patteggiamento* italiano. Há previsão de que, havendo acordo, a pena não pode superar 2/3 da pena máxima que seria cabível em um processo. Já na Bulgária, o acordo em matéria penal foi previsto em 2000, com posterior consolidação com a reforma havida em outubro de 2005.

114 LANGER, Maximo. *Op. cit.*, p. 51 e ss.

115 TURNER, Jenia L. *Op. cit.*, p. 141-143.

A Argentina também preconizou mecanismos de *plea bargaining*, com a reforma de junho de 1997 (procedimento abreviado); a França adotou medidas de *plea bargaining* a partir de junho de 1999, com sua previsão nos arts. 41-2 e 41-3 do Código de Processo Penal francês.

Cortes Internacionais têm adotado esses mecanismos de barganha, o que pode ser ilustrado com o caso *Prosecutor v. Erdemovic*, em cujo âmbito o acordo de colaboração processual restou homologado.

6. Breves considerações sobre a delação premiada no Brasil:

É fato que os institutos da barganha e da delação têm um histórico bastante antigo, em solo brasileiro. De certo modo, ela se encontra presente no julgamento de Tiradentes, fundada em derramas periódicas;¹¹⁶ ela também está presente em inúmeros processos deflagrados no período da ditadura, como bem revela a obra *Brasil nunca mais*, coordenada pelo Cardeal Arns.¹¹⁷

Um histórico interessante sobre a confissão e a delação pode ser lido na obra *Tribunais da Consciência*, de Adriano Prospero,¹¹⁸ quem promove um interessante estudo

116 TOSTO, Ricardo Tosto et al. **O processo de Tiradentes**. São Paulo: Conjur, 2013.

117 ARNS, Paulo Evaristo (org.). **Brasil nunca mais**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 20 e ss.

118 PROSPERI, Adriano. **Op. cit.**, p. 463 e ss.

sobre os processos inquisitoriais.

Ao que releva, é fato que a delação e colaboração processual encontraram previsão normativa, no Brasil, na lei n. 8072/1990 (art. 8º, parágrafo único), lei n. 9.034/1995 (art. 6º), lei 9080/1995 (arts. 1º e 2º), lei n. 9.269/1996 (art. 1º), lei n. 9.613/1993 (art. 1º, §5º), lei n. 9.807/1999 (arts. 13-15), lei n. 10.149/2002 (art. 2º - acordo de leniência), lei n. 11.343/2006 (art. 41), lei n. 12.850/2013 (arts. 4º e ss.), apenas para mencionar alguns diplomas normativos.

Dados os limites desse texto, interessa ter em conta, no momento, tão somente a lei n. 12.850/2013, responsável por conferir maior detalhamento - ainda que insuficiente - para esse instituto.

A mencionada lei preconiza, no seu art. 4º, que o juiz poderá - a requerimento das partes - conceder perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituí-la por restritiva de direitos, quanto ao suspeito/acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a apuração e processo criminal, desde que isso implique alguns resultados: (a) a identificação criminal dos demais coautores e partícipes de organização criminosa; (b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização delitiva; (c) prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa; (d) recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime; (e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Não há necessidade de que todos esses resultados sejam obtidos simultaneamente, para que o acordo de delação seja celebrado. Do contrário, a sua aplicação seria realmente verdadeira singularidade, por conta da alta improbabilidade de algo semelhante acontecer. Ademais, deve-se atribuir peso para a colaboração efetiva do suspeito/arguido, sobretudo naqueles casos em que tais escopos não tenham sido atingidos apenas por imperícia estatal.

Note-se, todavia, que a legislação não chega a excluir a elevada margem de arbítrio, por parte do Ministério Público, quanto à identificação de eventuais beneficiários de acordos de colaboração. A quem a acusação poderá propor acordo? A lei não chega a fornecer roteiros mais explícitos, de modo que o tema fica submetido ao crivo dos representantes da acusação, o que pode comprometer o Estado de Direito, compreendido como *“a government of laws, not of men.”*

Por outro lado, a lei dispõe que delegados de polícia poderia ofertar acordos de delação (art. 4º, §§2º e 6º, art. 6º, II e IV), o que foi impugnado pela Procuradoria da República, perante o STF, mediante a ADI 5508/DF, distribuída ao insigne Min. Marco Aurélio. A AGU apresentou parecer, sustentando que a norma questionada seria válida; a causa pende de deliberação por parte da Suprema Corte.

Em princípio, a Procuradoria da República tem razão nos argumentos. Conquanto não se desconsidere o relevo da importante atividade dos Delegados de polícia, sobre-

modo no âmbito da apuração de crimes praticados por organização criminosa, o fato é que o Ministério Público – o *dominus litis* (art. 129, I, CF) - não fica vinculado às representações e deliberações das autoridades policiais. Daí que eventuais tratativas de acordo, porventura entabuladas entre delegados, suspeitos e seus advogados, não terão o condão de atingir a atuação do Ministério Público, caso o órgão discorde do que foi avençado.

Note-se também que, de certa forma, a lei 12.850 acaba por excepcionar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, previsto nos arts. 42 e 572, CPP, dado que ela permite - em certos casos - que o promotor de Justiça e procurador da República deixem de ofertar denúncia, desde que o delator não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração processual.

Com isso, vê-se que a invocação ainda corriqueira do tal princípio da obrigatoriedade - não raro, um subterfúgio para se processar pessoas vulneráveis, acusadas de crimes bagatelares, como o furto de barras de chocolates - deve ser alvo de profunda reflexão no âmbito acadêmico e forense.

A lei viabiliza até mesmo a celebração de acordos de colaboração no momento subsequente à prolação da sentença, ainda que reduzindo o alcance dos benefícios (art. 4º, §5º, lei n. 12.850). Também há certa margem decisória para que o juízo modifique regimes de execução de pena, estipulando verdadeira progressão *per saltum* (art. 4º, §5º), o que pode ensejar perplexidades quanto à forma de acompanha-

mento e controle por parte do Juízo de execução, depois do trânsito em julgado, sobretudo quando se fizer necessária eventual regressão de regime, ditada pelo art. 118, LEP.

De outro tanto, a lei veicula uma latente contradição, na medida em que ela preconiza que o juízo não pode se envolver na celebração do acordo. Todavia, ao mesmo tempo, ela enfatiza que - a despeito disso -, o magistrado pode modificar as cláusulas negociadas ou se recusar a homologá-las, conforme se infere do seu art. 4º, §§6º e 7º.

Sem dúvida que, nesse âmbito, a instituição de um efetivo juízo de garantias, previsto no projeto de novo CPP, significaria um avanço, de modo a assegurar maior isenção de quem está encarregado de julgar o caso. Enquanto isso não ocorre, o fato é que essa interferência do Juízo nos termos pactuados pode comprometer a sua imparcialidade, tendendo para uma concepção inquisitorial do processo penal e riscos daí derivados, como já assinalado acima.

Outro tópico diz respeito ao sigilo conferido a tais pactos.

Nesse âmbito, convém mencionar o precedente da Suprema Corte, RHC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24 de abril de 2008, em que aquele venerando Tribunal reputou que os suspeitos e acusados não poderiam ter acesso a termos de acordo, mesmo quando figurem como delatados. Apenas poderiam ter conhecimento da existência do pacto e dos responsáveis pela sua celebração, como bem indica a ementa abaixo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.¹¹⁹

Com essa deliberação, a Suprema Corte acabou por referendar a deliberação do STJ, ao apreciar o HC 59.115/PR, relatado pelo Min. Gilson Dipp, também negando acesso, ao delatado, ao conteúdo do acordo.

Percebe-se, pois, que, quanto ao tópico, a publicação da lei n. 12.850 representou um importante avanço, dado que ela assegurou que suspeitos e acusados - i.e., delatados - tenham acesso ao conteúdo do acordo, tão logo recebida a denúncia (art. 7º, §3º). Remanesce problemática, todavia, a questão da confidencialidade do acordo na fase de inquê-

119 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF, HC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12.02.2008, Dje-074, divulgado em 24.04.2008, publicado 25.04.2008.

rito policial, o que parece comprometer a garantia do pleno acesso às fontes de prova (súmula vinculante 14, STF), o direito ao confronto (*Pointer versus Texas*, USA, 1970 e art. 5º, LIV e LV, CF/1988) etc.

Ademais, também remanesce problemática a questão do sigilo, dado que comumente os aludidos acordos de colaboração processual podem envolver inúmeros delatados, com fornecimento de provas e dados quanto a suspeitos distintos, gerando inúmeros inquéritos na sequência. Isso acaba ensejando alguma dificuldade para que um determinado acusado tenha acesso pleno à totalidade das informações prestadas pelo delator, dado que isso pode comprometer a efetividade de diligências em curso, quanto a outros suspeitos.

Daí que, nesse âmbito, não raro, é o juiz da causa quem acaba selecionando e decidindo sobre que provas são relevantes e pertinentes à defesa desse ou daquele acusado. Cuida-se de tema melindroso, dado que, em princípio, essa é uma tarefa da própria defesa, diante do conhecimento da totalidade das provas colhidas. E esse conhecimento é inviabilizado em muitos desses casos.

Note-se, ademais, que o acordo cria a figura do delator nômade. Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá ser ouvido, na presença do advogado da sua confiança, pelo Ministério Público ou pelo Delegado, sempre que isso se fizer necessário para a elucidação de suspeitas ou imputações (art. 4º, §9º).

Nessa condição, ele deve renunciar ao direito de permanecer em silêncio - *privilege against self incrimination*, art. 5º, LXIII, CF -, segundo dispõe o art. 4º, §14, lei n. 12.850. Note-se, todavia, que a consequência disso não é a conversão do acusado em testemunha - o que ele não é, nem pode ser -, mas apenas reafirmar o compromisso, entabulado no acordo, de relatar a verdade sobre todas as questões relevantes para o caso.

Se o delator se recusar a promover declarações, advertido disso, a conduta não caracterizará perjúrio, na modalidade de ‘calar a verdade’ (art. 342, CP), dado que ele é suspeito/acusado, e não efetiva testemunha. A consequência será o eventual descumprimento do pacto, com a aplicação das cláusulas penais nele eventualmente previstas, com a retomada de eventual arguição penal, por exemplo.

Outro tópico importante diz respeito à suspensão do cômputo do prazo prescricional, prevista no art. 4º, §3º, lei 12.850. Cuidou-se de um avanço, dado que, antes, não havia lastro para algo semelhante, sendo que nem mesmo o art. 116, Código Penal permitia essa estagnação da contagem da prescrição. O problema está em se estipular um prazo limite/máximo, dado que a lei impõe uma suspensão por 06 meses, prorrogáveis, por igual período, o que parece indicar um prazo máximo de 01 ano.

O problema é que, como sabido, no Brasil, há uma tendência de que essa expressão ‘prorrogável por igual período’ acabe ensejando prorrogações duradouras, a exem-

plo do que tem ocorrido com a interceptação telefônica, a despeito do art. 5º da lei n. 9296/1996 ou com a reclusão de alguém em presídios federais, em situação em tudo semelhante ao RDD, a despeito dos limites temporais previstos no art. 10, §1º da lei n. 11.671/2008.

Note-se que, diante do postulado *odiosa sunt restringenda*, o ideal seria a imposição de um prazo máximo para a suspensão do cômputo da prescrição, impedindo-se a renovação de tais lapsos de estagnação. Todavia, ao mesmo tempo, impõe-se reconhecer que, em vários casos, diante da complexidade do processo, o período de 12 meses pode se revelar insuficiente.

Por outro lado, a lei deixa manifesto que nenhuma condenação pode estar calcada apenas na palavra de delatores (art. 4º, §16). Por sinal, quando muito, suas declarações se caracterizam como chamada de corrêu, o que há muito a Suprema Corte tem reconhecido como insuficiente para amparar eventual sentença condenatória.

Afinal de contas, “*o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corrêu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corrêu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999.*”¹²⁰

O problema talvez esteja no fato de que, não raro, o colaborador processual acaba muito mais por auxiliar a de-

120 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF. RHC 116.108. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão de 01.10.2013.

codificação de provas já amealhadas pelo Ministério Público (p.ex., extratos bancários, interceptações telefônicas) do que, propriamente, para a apresentação de documentos novos. De toda sorte, mesmo nesse âmbito, a palavra do delator não pode ser convertida em testemunho, dado o seu manifesto interesse na solução do processo criminal, por conta das suspeitas que pendem contra si e das benesses que lhe foram prometidas.

Outro tema relevante diz respeito ao fato de que a lei 12850 preconizou que, caso o acordo não seja homologado, as provas porventura apresentadas pelo interessado não poderiam ser empregadas no prejuízo da sua defesa (art. 4º, §10). Algo semelhante vinha previsto no art. 35-B, §10 da lei n. 8.884/1994, com a redação veiculada pela lei n. 10.149/2000, versando sobre o acordo de leniência: *“Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.”*

Todavia, vê-se que a lei 12.850 acaba possibilitando, *a contrario sensu*, o emprego de tais provas em prejuízo da defesa dos demais suspeitos ou arguidos, potenciais delatados, o que pode gerar alguma perplexidade, à semelhança daquelas situações em que uma prova ilícita pode ser utilizada em favor de um dos acusados – cuja inocência ela demonstra -, mas não quanto aos demais, cuja culpa ela atestaria, não fosse o vício de origem, dando ensejo a con-

clusões judiciais diferentes, a respeito do mesmo estado de fato discutido no processo.

Por outro lado, como já se mencionou acima, o instituto pode suscitar algumas perplexidades, quanto ao exame da culpabilidade dos delatores. Afinal de contas, em regra, quem pode celebrar acordo é quem tem mais informações sobre as alegadas atividades delitivas; é justamente alguém que se encontra no ápice da cogitada estrutura criminosa, tendo com o que negociar. Dificilmente o personagem fungível - a mula do tráfico -, suscetível de ser trocada por alguma outra pessoa, lá adiante, teria maiores informações para entabular tratativas com o Ministério Público.

Ora, sem dúvida que a culpabilidade é antes limites do que fundamento da pena.¹²¹ Importa dizer: é possível que a pena não seja cominada, a despeito da prova cabal da prática de uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável pelo acusado (prescrição, decadência, perdão judicial, adesão ao REFIS etc.). O contrário é inadmissível: não se pode punir alguém sem a prova inequívoca da sua culpa, aferida sob devido processo.

Apesar disso, é fato que a redução de pena, em vetores mais significativos, justamente em favor de quem praticou conduta mais grave, encontrando-se no vértice decisório de organizações criminosas ou em estruturas intermediárias, parece agressivo ao princípio da proporcionalidade.

121 Sobre a culpabilidade penal, leia-se TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118-120.

Pode-se conceder sanções premiaias justamente a quem se revela o mais oportunista, com conduta premeditada, mudando de canoa tão logo percebe que a água já ameaça soçobrar o barco.

Nesse âmbito, seria importante uma comparação densa entre esse instituto e outros tantos mecanismos de exoneração ou redução de pena, a exemplo das escusas absolutórias, perdão judicial, adesão a mecanismos de parcelamento de débitos tributários, prescrição, arrependimento eficaz, desistência voluntária, arrependimento posterior etc. Não há como se ensaiar uma análise mais densa desse tema, dadas as limitações deste artigo, como já se registrou acima.

Deixa-se também de se promover uma apreciação da moralidade de tais institutos - fundados no estímulo à traição -, dado que isso demandaria também o equacionamento denso de um conjunto significativo de concepções éticas: epicurismo, hedonismo, utilitarismo, pragmatismo, ética kantiana etc. Apenas se pontua, aqui, que alguns teóricos têm sustentado que o aludido instituto seria incompatível com a cláusula do devido processo, consagrada no art. 5º, LIV e LV, CF, justamente por escorar-se no pressuposto de que os fins justificariam os meios.

Abstraindo-se uma análise mais profunda disso, o fato é que - em determinados contextos - a delação premiada pode se revelar um instrumento importante para a tutela de bens jurídicos de extremo relevo. Conjeture-se

que - dizendo-se arrependido - um dos sequestradores de uma criança se comprometa a indicar o seu paradeiro e salvar-lhe a vida, caso obtenha alguma vantagem processual. Ainda que isso pareça oportunista, o Estado não pode simplesmente deixar que a criança morra, sendo razoável a oferta de algum benefício ao delator, em tal hipótese.

O tema se torna mais melindroso, porém, quando a delação não está destinada à inibição de uma infração penal em curso, mas - isso sim -, para a coleta de provas de um crime já ultimado/tentado. Nesse caso, a situação parece ganhar contornos mais borrados, diante da instrumentalização de um suspeito ou acusado para se colher provas contra outros, o que pode agredir os imperativos categóricos kantianos, diluídos nas constituições das democracias ocidentais.

Sem dúvida que, em determinados casos, esse instrumento pode se revelar extremamente útil, com destaque para a investigação de crimes cometidos sem a presença de testemunhos, a quatro parentes, com a aparência de licitude (formação de cartel, corrupção ativa/passiva, fraudes em licitações etc.). Nesse âmbito, a atuação de delatores pode cumprir papel de extremo relevo, o que não basta, porém, para que possam ser tomadas automaticamente como legítimas.

Repita-se: em uma democracia, meios e fins devem ser igualmente legítimos. O escopo do processo é a tutela de todo e qualquer inocente, ainda que ao custo da even-

tual impunidade de alguns culpados. Forma é garantia; razão pela qual os meios empregados pelo Estado devem ser alvo de rigoroso controle por parte da comunidade política, atentando-se para a pauta de direitos fundamentais conquistados ao fim de muita luta.

Tema igualmente sensível diz respeito à celebração de acordos de colaboração por parte de acusados ou suspeitos presos. Em princípio, não há nada de irregular nisso, desde que as prisões tenham sido decretadas de modo escorreito. O problema está muito mais na eventual decretação de tais medidas *ante tempus* como mecanismo de coação, no afã de se forçar a confissão e celebração de acordos.

Como é sabido, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, LVII, CF), a prisão *ad custodiam* apenas pode ser decretada e apenas pode ser mantida quando indispensável. Importa dizer: quando preenchidos os requisitos do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.

Destaque-se: a prisão processual é medida modulável, submetida à cláusula *rebus sic standibus* ou *secundum eventum litis*. Quando a situação de perigo que justificou sua imposição é debelada, ela deve ser revogada, como bem ilustra o art. 316, CPP.

Tanto por isso, deve-se examinar com muitas cautelas os acordos celebrados por suspeitos ou acusados presos, eis que a lei 12.850 expressamente dispõe - e não poderia ser diferente - que o pacto de delação premiada

apenas pode ser aceito se celebrado voluntariamente. O problema talvez esteja, portanto, no eventual emprego de prisões temporárias ou preventivas com o fim de se obter confissões ou delações, muito mais do que a celebração do acordo, em si considerado.

Dito em outras palavras, o problema estaria na prodigalidade do emprego da prisão *ante tempus*, não raras vezes fundada em categorias porosas como a pretensa agressão à ordem pública, por parte do suspeito ou acusado, e sem atentar para a regra do art. 282, §6º, CPP c/ lei n. 12.403/2008. Acrescente-se uma interessante análise da mencionada categoria ‘ordem pública’, enquanto fundamento de prisões preventivas, foi promovida pelo culto Min. Sepúlveda Pertence, no voto vencido apresentado no julgamento do HC 80.717/SP.

Em outras palavras, prisão preventiva não pode estar orientada à prevenção geral ou especial. Ela não pode estar orientada ao enfrentamento da impunidade - eis que não é sua função assegurar a punição antecipada de quem ainda responde à imputação penal -; ela não pode servir de ameaça edificante para as demais pessoas.

Enfim, nesse âmbito, o problema talvez esteja na decretação de prisões para se constranger acusados ou suspeitos, no afã de se obter confissões e delações, sobretudo quando também se promove a prisão dos seus familiares. Esse é um risco latente, bem se percebe, dado que o sistema penal ainda hoje funciona na base da chamada

*less eligibility*¹²² - menor escolha -, no fundamento de que sempre é possível piorar ou melhorar, tudo a depender da conduta do suspeito, acusado ou condenado.

Cuida-se de tema sensível, sobretudo quando se constata que determinados suspeitos ou arguidos - presos há considerável tempo - são logo soltos depois da celebração de acordo de colaboração. Se havia motivos para a decretação e manutenção de tais prisões, resta a dúvida que a celebração do pacto seria realmente suficiente para debelar aludidos receios de fuga, destruição de documentos, ameaça a testemunhas ou prática de crimes, se solto. Pode remanescer a impressão de que a custódia preventiva estaria sendo empregada como instrumento de obtenção de confissões e delações, algo absolutamente indevido.

Por fim, registre-se também que alguma perplexidade é causada diante da interdição de que delatados possam impugnar o procedimento de delação. Note-se que – partindo da distinção entre provas e meios de obtenção de provas – a Suprema Corte brasileira tem reputado que apenas os delatores poderiam questionar o procedimento de celebração

122 Cuida-se de categoria estudada por Rusch e Kirchheimer, com base na britânica *Poor law amendment act*, de 1834, em que se dizia que a qualidade de vida nos presídios deveria ser inferior às condições de vida do mais pobre operário, a fim de que não houvesse estímulo para alguém cometer crimes. No final das contas, isso traduz a noção de que sempre deve ser possível piorar, o que também é evidenciado com a concepção do regime disciplinar diferenciado - RDD e com as noções de progressão e regressão de regime, advogadas pela Nova Defesa Social de Felipo Grammatia e Marc Ancel (acolhidas pela lei n. 7210/1984).

de tais pactos, de modo que os delatados não poderiam invocar alguma pretensa coação para que os acordos fossem celebrados. De certo modo, essa foi a deliberação adotada pelo STF ao julgar o HC 127.483/PR rel. Min. Dias Toffoli e também Petição 5700, rel. Min. Celso de Mello.

Ora, *concessa venia*, da distinção entre provas, de um lado, e meios de obtenção de prova, de outro, não se segue a mencionada interdição. Note-se que a busca e apreensão também é um meio de obtenção de provas, e não efetivo mecanismo de demonstração direta de alguma alegação processual. E, a despeito disso, alguém duvidará que todos os atingidos por provas colhidas de forma ilícita, com violação ao domicílio, poderão se insurgir contra a sua utilização? Não apenas o sujeito cuja privacidade tenha sido violada poderá impugnar o emprego da prova ilícita, com força no art. 5º, LVI, CF, mas todos aqueles cuja pretensa culpa seja alvo de apuração com base em tais elementos colhidos de forma conspurcada.

Caso alguém seja torturado para celebrar um acordo de delação, por acaso apenas o próprio delator poderia impugnar tal ignomínia? Defende-se aqui que, em prol do devido processo, os suspeitos ou acusados atingidos por tais medidas possuem legitimidade para impugnar o procedimento empregado para a obtenção de delações, diante do postulado do direito ao confronto, já aludido acima.

7. Conclusões:

Diante do quanto se registrou acima, vê-se que os institutos do acordo processual e da delação premiada – eufemisticamente denominada pela lei de ‘acordo de colaboração processual’ – têm adquirido um peso cada vez maior no cenário internacional e também em solo brasileiro. Eles suscitam algumas angústias, por colocarem em xeque vetores fundamentais do devido processo legal.

De todo modo, é pouco provável que tais mecanismos venham a ser reputados inconstitucionais pela Suprema Corte brasileira, dado que já foram homologados pactos no âmbito daquele respeitável Tribunal Superior. Tanto por isso, sem prejuízo de que a academia continue a discutir a validade de tais instrumentos, deve-se caminhar também para uma estratégia de redução de danos, exigindo-se maior detalhamento e circunscrição no emprego desses instrumentos processuais, bastante gravosos e perigosos para o regime de liberdades públicas.

No geral, a lei n. 12.850 significou um avanço, se comparada com a ausência de maiores detalhamentos, no regime anterior. Todavia, remanescem várias lacunas no tratamento do tema, com destaque para o grande arbítrio envolvido na identificação dos beneficiários de eventual acordo de delação e também quanto ao considerável espectro de benefícios suscetíveis de serem conferidos ao delator.

Ademais, há necessidade de aprovação de códigos deontológicos, verbalizando os vetores que devem orientar

a conduta de juízes, promotores e advogados nesse âmbito, dado o risco de degradação do sistema de justiça em uma espécie de mercado persa, como se justiça pudesse se converter em uma espécie de toma lá, dá cá e como se fins pudessem justificar meios.

Conclui-se, aqui, com uma alegoria de Kenneth Kpnis, aludida por Richard L. Lippke.¹²³ Diz Kpnis que, em determinado colégio, há um professor muito conhecido pela sua fama de austero e rigoroso, dada a dificuldade das suas provas. Cansado, porém, de tanto trabalho para corrigir, o mestre propõe uma barganha para seus alunos: *“quem aceitar a nota 6.0, pode levantar a mão e sequer lerei as provas! Todavia, aquele que ficar insatisfeito com a nota, deve saber que sou muito rigoroso ao corrigi-las!”* Ora, para muitos alunos, talvez o negócio seja muito vantajoso; a prova estava difícil e dificilmente ele teria tirado a nota em questão. Para outros, porém, a nota certamente será injusta, dado terem estudado muito.

Qual é a objeção? Ora, um sistema educacional que funcione desse modo já corrompeu seus próprios princípios e fundamentos, dado que a prova é um instrumento para a avaliação do conhecimento dos alunos e, não apenas isso, também um instrumento para avaliação da qualidade das aulas, didática do professor, para obtenção de algum *feedback*.

123 LIPPKE, Richard L. *Op. cit.*, p. 13.

Quando a Justiça Criminal se socorre corriqueiramente de tais expedientes, estimulando a barganha e a delação, isso sinaliza que o sistema já se desnaturou em mera técnica, em mero algoritmo, como se fosse uma arapuca para se apreender suspeitos e acusados, sem o compromisso ético que deve estar na base do processamento criminal em uma democracia: a tutela de todo e qualquer inocente, quando confrontado com a violência do poder punitivo estatal, mesmo que ao custo da eventual impunidade de algum culpado.¹²⁴

Sabe-se bem que a arguição penal deve se traduzir em Direito Constitucional aplicado. Costuma-se dizer que o processo criminal é o termômetro do grau de civilização de uma determinada comunidade política. No momento, registra-se um estado verdadeiramente febril, como se a temperatura fosse aquela das labaredas de *Fahrenheit* 451.

É indispensável o enfrentamento da corrupção, debelando-se essa indevida confusão entre público e privado, tão comum em solo nacional. Isso deve ser empreendido,

124 Daí o relevo de se entabular comparações entre tais institutos - plea bargaining, delação premiada etc. - com os mecanismos de *whistleblower*, alvo de percuciente estudo de Ramon Ragués i Valés. Confirma-se VALLÉS, Ramon Ragués i. **Whistleblowing**: uma aproximación desde el Derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2013, merecendo destaques o Whistleblower protection act, de 1989 (EUA), Sarbanes Oxley Act, de 2002 (EUA) e também o Dodd Frank Act, 2002 (EUA). Dessa forma, preconiza-se, em solo norteamericano, que o delator de alguma prática fraudulenta que permita ao Estado recuperar valores superiores a US\$ 1.000.000,00, pode obter uma vantagem entre 10 e 30% do total arrecadado. Com isso, estimula-se, porém, uma cultura de espionagem, oportunismo e desconfiança recíprocas.

porém, sem o sacrifício de garantias fundamentais duramente conquistadas ao longo da História, indispensáveis para a contenção do Estado de Polícia, o Leviatã que dormita no âmbito dos Estados de Direito.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALSCHULER, Albert. Plea bargaining and its history *in Law and society review* n. 13, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARNS, Paulo Evaristo (org.). **Brasil nunca mais**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução**. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BELLO, Gabriel. O pragmatismo americano *in* CAMPS, Victoria (org.). **História de la ética**. 3. La ética contemporánea. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2008, p. 39-86.

BLOOR, David. **Conhecimento e imaginário social**. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**: a luta pelo realismo. Tradução do inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico ministero al suo posto* in **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1953. Volume VIII, parte I.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delicto**. São Paulo: RT, 2008.

CARVALHO, Nátlia Oliveira de. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Pedro Éloi Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Acts of literature**. Nova Iorque: Routledge Press, 1992.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação: nemo tenetur se ipsum accusare no processo penal e contraordenacional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FERDINAND, Theodor. **Boston's lower criminal courts 1814-1850**. Newark: University of Delaware Press, 1992.

FERNANDEZ, Luis; BIERMAN, H. Scot. **Teoria dos jogos**. 2. Ed. Tradução de Arlete S. Marques. São Paulo: Pearson, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. São Paulo: RT, 2002.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora da Unesp, 2007.

FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America**. Palo Alto: Stanford University Press, 2003.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOSTER, John. **The immaterial self: a defence of the cartesian dualist conception of the mind**. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**. A censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GILES, Thomas Giles. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EPU, 1989.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HAY, Douglas et al. **Albion's Fatal Tree: crime and society in eighteenth-century England**. 2. ed. rev. ampl. New York: Verso, 2011.

HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. 3. ed. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAMISAR, Yale et al. **Modern criminal procedure**. St. Paul: West Publishing company, 1995.

LANGBEIN, John. Plea bargaining as torture *in* **University of Chicago Law Review**. Vol. 46, 1978, p. 3-22.

LANGBEIN, John. Understanding the short history of plea bargaining *in* **Law and Society Review** n. 13. 1979, p. 261-271.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in* THAMAN, Stephen C. (org.). **World plea bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 03-80.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in* **Harvard International Law Journal**, vol. 45.

LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford Press, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCE, R. Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions: introduction and critical survey**. Nova Iorque: Dover Publications, 1985.

MAIER, Julio B. **Antología: el proceso penal contemporáneo**. Lima: Instituto de Ciencias Penales, 2008.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury trials and plea bargaining: a true history.** Oregon: Hart Publishing, 2005.

MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law.** Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** 5. ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum.** Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada.** Lanham: University Press of America, 1998.

NORRIS, Christofer. **Epistemologia: conceitos-chave em filosofia.** Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007.

PACKER, Hebert. **The limits of criminal sanction.** California: Stanford Press, 1968.

PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada:** estudos de filosofia jurídica y Derecho penal. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010.

PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência:** inquisidores, confessores, missionários. Tradução de Home-ro Freitas de Andrade. São Paulo: Edusp, 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales:** el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o *princípio nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norteamericano.** São Paulo: RT, 2006.

ROBERTS, Paulo. Groundwork for a jurisprudence of criminal procedure *in* DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. **Philosophical foundations of Criminal Law.** Oxford: Oxford Press, 2013. p. 379-407.

RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. rev. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal**. Granada: Comares, 2004.

SCHULHOFER, Stephe. Is plea bargaining inevitable? *in Harvard law review vol. 97, n. 5*. Março de 1984, p. 1037-1107.

SCHULHOFER, Stephen. Plea bargaining as a disaster *in Yale law jornal n. 1979*. 1992.

SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político**. Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOSTO, Ricardo Tosto et al. **O processo de Tiradentes**. São Paulo: Conjur, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

TURNER, Jenia J. **Plea bargaining across borders**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**. Plea bargaining, the courts and the making of political authority. Nova Iorque: Oxford Press of New York, 2007.

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. Theory of games and economic behavior *in* **The review of economic statistics**. 39, p. 47-52, 1947.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEIGEND, Thomas. The decay of the inquisitorial ideal. Plea bargaining invades German criminal procedure *in* JACKSON, John et al. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.