



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O PROCESSO DE RUPTURA DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA INSERIDO NO
CONTEXTO DA AMERICANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PROCESSUAL NO
OCIDENTE

Ronaldo de Figueiredo Medina

Rio de Janeiro

2015

RONALDO DE FIGUEIREDO MEDINA

O PROCESSO DE RUPTURA DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA INSERIDO NO
CONTEXTO DA AMERICANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PROCESSUAL NO
OCIDENTE

Monografia apresentada como exigência
de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professor Orientador: Guilherme Peña
de Moraes

Professora Co-orientadora: Néli L. C.
Fetzner

Rio de Janeiro

2015

RONALDO DE FIGUEIREDO MEDINA

**O PROCESSO DE RUPTURA DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA INSERIDO
NO CONTEXTO DA AMERICANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PROCESSUAL NO
OCIDENTE**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 201_

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Prof. _____
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Prof. _____
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Aos meus pais, por todo amor.
À minha irmã, pela amizade e pelo
companheirismo.
Ao meu amor, pelo seu sorriso.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus pais, Ana Claudia Medina e José Ronaldo Medina. Se precisasse, sei que dormiriam no chão para eu poder estudar. Se precisasse, sei que deixariam de comer para eu comer. Obrigado por terem me dado a vida. Obrigado pelos valiosos ensinamentos. A gratidão e o respeito são eternos.

À Ana Carolina Medina, minha irmã, pela linda amizade que construímos. A sua felicidade me encanta. O seu companheirismo me emociona.

À Anabela Sicsu, minha avó, por ser um exemplo de mulher guerreira. Obrigado por sempre ter cuidado de mim.

À Maria Eleonora, minha avó, por ser outro exemplo de caráter. Obrigado pelo amor dedicado a mim.

Ao Aloisio de Figueiredo, meu avô, pelo carinho. Obrigado pelos filmes assistidos e por ter me levado ao circo quando criança.

Ao amor da minha vida, Stéfanie Abreu, por ser a minha florzinha. Obrigado por estar ao meu lado. Obrigado por me fazer feliz. Obrigado por deixar a minha vida mais leve com a beleza do seu sorriso.

À Pequetita.

Ao meu orientador, Prof^o. Guilherme Peña de Moraes, pela sua humildade e pelo seu brilhantismo. Obrigado por sua generosidade.

À minha co-orientadora, Prof^a. Néli L. C. Fetzner, pelo seu conhecimento e pela doçura de suas palavras.

A todos os funcionários da Emerj, em especial à Anna Dina Vinciguerra da Silva, pela sua gentileza.

Aos meus amigos.

“Se um dia, já homem feito e realizado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras desmoronam, que não há ninguém à tua volta para te estender a mão, esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade, volta à tua infância e balbúcia, entre lágrimas e esperanças, as últimas palavras que sempre te restarão na alma: minha mãe, meu pai”

Rui Barbosa

RESUMO

Vive-se um marco em relação às recentes manifestações legislativas na seara do processo penal. Em tempos de globalização, os efeitos de uma maior comunicação entre os estudiosos de várias partes do mundo alteraram o processo civil brasileiro e estão alterando o processo penal também. Isso se identifica por meio de um recente processo de ruptura da Tradição Jurídica que vinha sendo adotada em terras brasileiras. Ou seja, diferente dos já presenciados ciclos de endurecimento/abrandamento da resposta penal estatal, a própria história processual brasileira está sofrendo substituição por outro modelo estrangeiro de resposta penal, por estar inserida em um fenômeno de nível mundial. Tal fenômeno, por alterar as características originárias, provoca, conseqüentemente, o abandono do clássico estudo pautado na rígida dicotomia entre os elementos caracterizadores das Tradições denominadas *Civil Law* e *Common Law*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – DAS ATUAIS MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS	12
1.1. Da evolução do processo civil brasileiro.....	12
1.2. Da evolução do processo penal brasileiro.....	18
2 – DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	25
3 – DA PLEA BARGAINING	42
3.1. Do conceito e suas modalidades	42
3.2. Razões do surgimento.....	46
3.2.1. O nascimento e evolução	47
3.2.2. Dos interessados	49
3.2.3. Da <i>crime wave</i> dos anos 60.....	55
3.3. Processo penal norte-americano.....	57
3.3.1. Natureza do processo penal americano e a <i>plea bargaining</i>	57
3.3.2. A discricionariedade do MP.....	59
3.4. Da aplicação da <i>plea bargaining</i> na realidade norte-americana.....	64
3.4.1. Da negociação propriamente dita.....	64
3.4.2. As garantias processuais.....	68
3.5. Do controle judicial.....	70
3.5.1. O juiz e o acordo.....	75
3.5.2. A consequência da aceitação pelo juiz.....	77
4 – DO PROCESSO DE RUPTURA	79
4.1. Da releitura da premissa inicial	88
5 – DO FENÔMENO OCIDENTAL	94
CONCLUSÃO	102

REFERÊNCIAS	106
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a temática da influência externa na prática processual penal brasileira. Para tanto, faz-se necessário abandonar o estudo tradicionalista pautado na rígida dicotomia entre os elementos caracterizadores das tradições denominadas *Civil Law* e *Common Law*.

Nesse contexto, diante do enorme interesse midiático em torno do instituto da delação premiada provocado pela condução da operação “lava jato” pela Polícia Federal e pela Justiça Federal, o presente trabalho, sob o enfoque ao processo penal, possui o escopo de relacionar as consequências do fenômeno de intercâmbio global de informações à estratégia penal punitiva que se está sendo construída. Partindo-se, portanto, de uma análise acerca da realidade do processo penal brasileiro em si, pretende-se contextualizar o fenômeno nacional ao mundial.

Após isso, dentro dessa lógica de influência mundial sobre o direito pátrio, pertinente será comparar com o atual estágio da realidade processual civil. Tal preocupação de tentar buscar um parâmetro comparativo entre as realidades vivenciadas pelos processualistas civil e penal se dá pelo fato de, em tempos de promulgação do novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15, estar em vigência os dispositivos da recente Lei n. 12.850/13, além de estar em tramitação o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 156 de 2009.

Ou seja, no exato momento em que os debates no campo processual civil estão na ordem do dia, principalmente em relação à influência estrangeira, o presente trabalho, no intuito de propiciar o debate também aos estudiosos do processo penal, está dividido em cinco capítulos, e adotou o tipo de pesquisa qualitativa, parcialmente exploratória e os métodos de procedimentos ora dedutivo, ora indutivo.

O primeiro capítulo traz um panorama geral acerca da evolução legislativa pátria, tanto do processo civil, quanto do processo penal. É preciso, nesse primeiro momento, situar o leitor a respeito dos importantes marcos legislativos, pois, somente por meio de uma breve contextualização com o passado desses dois ramos do direito pátrio, é possível identificar a magnitude das reformas atuais do direito processual brasileiro. Tais reformas, à luz da citada dicotomia entre as tradições jurídicas, portanto, servirão de base para uma posterior comparação mais ampla entre as atuais manifestações no processo civil e no processo penal brasileiro.

Já sob o ponto de vista mais delimitado do processo penal brasileiro, partindo da premissa de que os institutos da delação premiada e da *plea bargaining* não podem passar despercebidos, vide a importância desses em outra realidade jurídica, o segundo capítulo traz a evolução do primeiro instituto na legislação brasileira. Tal esforço, além de demonstrar como esse instituto vem ganhando força em um passado mais recente, fundamenta-se na atual conjuntura política nacional, visto a notoriedade da operação “lava jato”.

Em continuação, o terceiro capítulo traz o segundo instituto mencionado. Haverá uma preocupação maior em relação aos fatores de surgimento e fortalecimento da *plea bargaining* na prática processual norte-americana, pois será de extrema relevância para a conclusão deste trabalho. Todo o esforço de contextualização, tanto sob o foco nacional, quanto sob o foco internacional, passa por uma análise mais contundente de como a criação norte-americana está influenciando os estudiosos do mundo ocidental.

Dada a devida importância a esses dois institutos, o foco da pesquisa retorna ao processo penal brasileiro no quarto capítulo. Nesse capítulo será desenvolvida a tese da atual desconfiguração dos elementos originais caracterizadores da tradição jurídica pátria, a fim de enriquecer o debate acerca do efetivo abandono em terras brasileiras da tradição da *Civil Law*.

Visto a questão sob o ponto de vista nacional, principalmente a partir da relevância da Lei n. 12.850/13, no quinto capítulo, amplia-se a análise, para englobar o fenômeno brasileiro na realidade mundial. Partindo de uma visão particular, necessário se faz situar o caso brasileiro nesse fenômeno do mundo ocidental, a fim de que se possa concluir como o estudo da dicotomia entre *Civil Law* e *Common Law* está se revelando na contemporaneidade dos processos penal e civil.

1. DAS ATUAIS MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS

Inicialmente, cumpre trazer uma indagação: é possível traçar uma mesma linha de raciocínio ao se deparar com as atuais manifestações legislativas, tanto do processo penal brasileiro, quanto do processo civil brasileiro?

As consequências do fenômeno da convergência das tradições¹ da *Civil Law* e da *Common Law* são identificadas sem problemas na realidade do processo civil brasileiro. Não há dificuldades em sinalizar a importância da evolução da tecnologia, em especial da telecomunicação, ao permitir maior facilidade de intercâmbio das mais variadas teses jurídicas espalhadas por todo globo. Ambas as tradições, no âmbito processual civil, estão sendo constantemente influenciadas por soluções jurídicas apresentadas por outros juristas que não os seus. Assim, em consequência desse fenômeno, há um evidente abrandamento das originais características, vide a incorporação de institutos estrangeiros.

Toda essa realidade contemporânea já está bastante sedimentada no ideário dos juristas pátrios, ao olharem para o processo civil. Inclusive, esse tema está em voga nos discursos dos estudiosos desse ramo, devido à recente aprovação do novo Código de Processo Civil.

A questão, todavia, é o processo penal. Em virtude disso, com o intuito de gerar reflexão aos estudiosos também do processo penal, o presente trabalho analisa se o processo penal brasileiro estaria, diante das influências estrangeiras, sendo alterado na mesma linha de raciocínio do processo civil brasileiro. Ou seja, em momento de debate na seara processual civilista, pretende-se direcionar o olhar para o processo penal.

1.1 Da evolução do processo civil brasileiro

¹O presente estudo trabalha com a ideia de tradição jurídica trazida por John Henry Merryman: “[...] Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal, e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.” Tal ideia se diferencia do conceito de sistema jurídico: “[...] Um sistema jurídico, na acepção em que o termo aqui é empregado, é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes.” MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Safe, 2009. p. 22-23.

Nessa lógica, a fim de que haja avanço nessa reflexão, mister se faz tecer alguns comentários, em primeiro, acerca da temática do fenômeno sobre processo civil pátrio, para que, somente após, se compatibilize ou não com o processo penal.

Dessa forma, cumpre informar que a primeira legislação aplicada em terras brasileiras, desde o seu descobrimento, foram as Ordenações Afonsinas, do ano 1446. Nesse particular, importante frisar que o arcabouço legislativo aplicado em terras nacionais foi oriundo da legislação portuguesa, cuja influência se deu pelos trabalhos das universidades europeias, no sentido de renascer as compilações produzidas pelo Imperador romano Justiniano². Tudo isso para demonstrar que a base da legislação processual nacional é oriunda do Direito Romano, em especial do período em torno do ano 565 d.C.

Sob o ponto de vista histórico, é possível retirar dessa influência da tradição do direito romano-germânico (*Civil Law*) que a sua característica primordial repousa nas leis, pois houve a preocupação de positivizar em escritos o direito natural. Além do mais, o ensino jurídico nas universidades influenciadas por essa tradição, não está vinculado à resolução prática do contencioso trazido a julgamento, mas sim aos estudos mais teóricos. Por fim, visualiza-se, nesse momento mais remoto, que a doutrina como fonte secundária, possuía um maior relevo do que a própria jurisprudência³.

Esses são os pilares teóricos da tradição da *Civil Law*.

Em apreço ao paralelismo, necessário agora trazer os pilares teóricos da tradição da *Common Law*.

É possível sinalizar o começo de um sistema novo, comum, que veio substituir os costumes locais, principalmente após a conquista normanda em 1066⁴. Nesse sistema novo, propiciado pelas elaborações dos Tribunais da época, foi sendo criado um modelo baseado no trabalho jurisprudencial, de forma que a influência das universidades e da doutrina do continente europeu não foi tão significativa. Com isso, a técnica de codificação, bastante forte no continente europeu, não foi o pilar desenvolvido, mas sim o desejo de buscar na razão a solução para coesão e lógica de todo o ordenamento. Ou seja, na Inglaterra, ao invés de leis, as decisões possuíam aplicação legítima para resolver os conflitos, após a devida interpretação pelos seus Tribunais superiores⁵.

² DAVID. René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17 e 25.

³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 785, p. 46-47, mar. 2001.

⁴ Após a batalha de Batalha de Hastings, no século XI, as forças de Guilherme da Normandia derrotaram as de Haroldo, e deram início a um novo período, caracterizado, agora, por um poder forte e centralizado, pondo fim ao poder de tribos e de seus costumes locais.

⁵ DAVID. op.cit. p. 331.

Diante disso, crível se faz sinalizar que, devido à importância da atuação jurisprudencial, a marca da estrutura da *Common Law* é a caracterização do sistema de precedentes utilizado. Esse método, chamado de *stare decisis*, implica a vinculação hierárquica das decisões da jurisdição superior sobre toda a jurisdição inferior, de modo que apenas não possui força persuasiva para os juízes de mesma instância.

A título de observação, mesmo após a independência, as antigas colônias norte-americanas continuaram a adotar a doutrina do *stare decisis*, a fim de que um precedente jurisprudencial resolvesse a questão de mérito até que o próprio Tribunal alterasse a sua interpretação. Tal sistema, portanto, atende a lógica do que diz o brocardo *stare decisis et quieta non movere*, isto é, mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido.⁶

Visto os respectivos pilares, fica claro que no Brasil, diferente dos países de língua inglesa, a lei sempre foi a fonte primordial de todo ordenamento jurídico. Em termos de teoria geral do processo, inclusive, houve forte influência de respeitados doutrinadores italianos nascidos em um país influenciado originalmente pela Tradição da *Civil Law*, como Enrico Tullio Liebman, Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti.

Todavia, nos últimos anos, tal primazia vem sofrendo abrandamento. Ou seja, como já dito, no Brasil, em primeiro, o processo civil foi regulado pelas normas das Ordenações Afonsinas. Em 1521, mesmo com as Ordenações Manuelinas, as regras processuais continuaram a ser tratadas naquela Ordenação. Somente em 1603 que as regras processuais civis sofreram modificações por meio das Ordenações Filipinas. Um importante marco também foi o Regulamento 737 que, junto com o Código Comercial de 1850, regulava o processo. Já em 1896, sob os olhares do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, houve uma compilação de leis, resultando em um verdadeiro Código de Processo Civil⁷.

Até essa grande influência portuguesa, seria possível afirmar que não houve mudança significativa no pilar teórico do processo civil brasileiro.

Já sob os ares da independência, devido à competência atribuída à União pela Constituição de 1934, foi elaborado o Código de Processo Civil em 1939⁸. Após esse período,

⁶ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Temas Atuais de Processo Civil*, v.01, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁷ PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

⁸ BRASIL. Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 05 jun.2015.

com o propósito de acompanhar a evolução da sociedade brasileira, foi promulgado, por meio da Lei n. 5869/73, o Código de Processo Civil⁹.

Na vigência desse Código, começaram as reformas pontuais que, na verdade, pouco pontuais foram. Ou seja, essas citadas reformas foram modificando cada vez mais a essência do processo civil pátrio, representando, assim, um importante marco evolutivo.

Nessa linha, mostra-se oportuno citar, tais reformas processuais.

O primeiro dispositivo em que o legislador demonstrou a sua intensão de prestigiar a jurisprudência dominante foi o artigo 557 e parágrafo 1º-A, CPC/73, cuja redação foi alterada pela Lei n. 9756¹⁰, de 17 de dezembro de 1998.

Além dessa reforma na legislação, imprescindível citar, pelo grau de importância, a Emenda Constitucional 45, datada de 08 de dezembro de 2004¹¹, que permitiu a edição, após reiteradas decisões, de Súmulas que possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração direta e indireta de todas as esferas, conforme o artigo 103-A, CRFB. Note-se, com isso, que o embrião implementado na legislação processual, gerou, de certo modo, a fixação da teoria dos precedentes na ordem constitucional desde essa época.

Ainda sob a ótica de criação de instrumentos de observância jurisprudencial, surgiram as Leis n. 11.276¹² e 11.277¹³, ambas datadas de 07 de fevereiro de 2006, que incluíram respectivamente os artigos 518, par. 1º, 285-A, ambos do CPC/73. Observa-se aqui um importante instrumento, pelo artigo 285-A, de hierarquização de decisões diante de demandas em massa.

Além de mais uma lei de 2006, Lei n. 11.418¹⁴, de 19 de dezembro, que incluiu o artigo 543-B no CPC/73, houve também a Lei n. 11.672¹⁵, de 08 de maio de 2008, que incluiu o artigo 543-C. Por fim, completando essa onda de reformas, é possível sinalizar o artigo 544,

⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹² BRASIL. Lei n. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹³ BRASIL. Lei n. 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁴ BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

par. 4º, II, ‘b’, ‘c’, acrescido pela Lei n. 12.322¹⁶, de 09 de set. 2010, que aumentou os mecanismos para se utilizar um entendimento já consolidado e decidir de forma mais célere e uniforme.

Visto essa evolução, chega-se ao momento crucial na história do estudo do ramo do processo civil com a aprovação do Novo Código de Processo Civil. Trata-se de um marco, que, justamente pela sua importância, merece atenção no presente trabalho, pois, irá interagir de forma significativa com que será refletido posteriormente sobre o processo penal.

Nessa lógica, não seria impertinente dizer que esse novo Código representará uma enorme inovação, no sentido de abalar o pilar que baseia a legislação brasileira. Como dito anteriormente, sempre se adotaram as bases da tradição da *Civil Law*. Historicamente, desde a influência portuguesa, a codificação foi o fator determinante da nossa legislação. Todavia, no contexto das citadas reformas, que já foram abrandando a origem romano-germânica, será a vigência do novo Código o maior ataque a essa tradição em território nacional. Parece que o terreno foi sendo preparado para esse momento.

Essa interpretação não deve ser desprestigiada. Pelo contrário, a relevante preocupação com a teoria dos precedentes trazida na própria exposição de motivos do anteprojeto desse novo Código¹⁷ é capaz de embasar tudo isso.

Não há como mascarar a evidente mudança que será provocada com o grande fortalecimento da teoria dos precedentes criado pela *Common Law*¹⁸. Nesse contexto,

¹⁶ BRASIL. Lei n. 12.322, de 09 de setembro de 2010. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁷ Dentre os principais aspectos abordados pelos oradores na 3ª Audiência Pública realizada em 11 de março de 2010 na cidade do Rio de Janeiro, podemos destacar os dois seguintes: “[...] Modelar o sistema de admissão de recursos aos Tribunais Superiores à maneira do sistema dos EUA, com a seleção dos casos a serem julgados a depender da representatividade. Defendeu maior prestígio aos Tribunais locais, com o fortalecimento de suas decisões, de modo a deixar aos Tribunais Superiores a tarefa de resolução dos casos mais representativos e da unificação dos entendimentos; (...) Dever de gestão e possibilidade de criação de procedimentos no caso concreto: sugere que se observem os parâmetros do CPC inglês e da regulamentação de Portugal, em que há parâmetros objetivos que o juiz deve seguir. Atenção ao modelo de Common Law, em que se dá maior atenção aos fatos da causa julgada pelos tribunais; Evitar-se a dispersão de votos, que diminui a força dos precedentes; Maior adoção das práticas dos *distinguishing* e do *overruling* [...]” (BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 324 a 326. Disponível em: <

<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015).

¹⁸ É o que se depreende do seguinte excerto da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “[...] Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intransigibilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é

importante trazer como restou configurada a redação final do Novo Código de Processo Civil:¹⁹

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.” (BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 17 a 18. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 jun. de 2015.)

¹⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Visto isso, fica evidente que a atual reforma está na ordem do dia nos debates dos referidos processualistas. Há inúmeros artigos sendo produzidos, em virtude de tamanha relevância.

Alheio a esse aprofundamento, a intenção deste trabalho é apenas situar a realidade jurídica nacional. Não se pode ignorar, no âmbito processual civil, a existência do atual movimento de interconexão entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*.

Em apreço ao paralelismo, é relevante identificar que atualmente na Inglaterra, berço da *Common Law*, as leis e regulamentos deixaram de ser meras fontes secundárias. Ou seja, aumentou-se a importância delas, tendo em vista que a sua função já pode ser equiparada a função desempenhada nos países do continente europeu²⁰. Bem verdade que não é de igual patamar, mas se vislumbra uma força muito maior do que era na origem, em virtude da já citada interconexão ou globalização do direito.

Portanto, como já repetido, há um fenômeno de repercussões globais. O processo civil, que já vinha sofrendo alterações, sofreu um relevante choque. Agora, já apresentado tal panorama, deve-se passar à análise do direito processual penal brasileiro.

1.2 Da evolução do processo penal brasileiro

Presencia-se um importante momento histórico em relação ao processo penal brasileiro. Essa é uma afirmação de fácil evidência. Ou seja, mesmo para os não especialistas em processo penal, é possível constatar, no mínimo, que a atual tentativa de reforma legislativa se diferencia bastante de toda a nossa evolução histórica de mais de quinhentos anos.

Há que se estar atento para o atual marco do ordenamento processual penal. Um momento de extrema relevância, que inevitavelmente conduz a importantes reflexões, principalmente no que diz respeito ao futuro da tradição jurídica brasileira.

Nessa linha, com o intuito de contextualizar as futuras reflexões, mister se faz trazer notas sobre a evolução processual penal pátria.

É inegável que essa evolução tem como ponto de partida a tradição jurídica dos colonizadores portugueses. Assim, tomando como base as Ordenações Afonsinas, datadas de 1379, é possível identificar, além da figura do inquérito como elemento investigativo, o auto

²⁰ DAVID. op.cit. p. 331.

de querela, a denúncia e a forma de ofício do Estado, como formas de instaurar o procedimento criminal²¹.

Em seguida, é possível constatar, por meio das Ordenações Manuelinas, a existência das inquirições devassas gerais e das devassas especiais. Em síntese, as devassas gerais representavam as apurações generalizadas ocorridas em janeiro de cada ano, a fim de que pudessem encontrar o paradeiro dos crimes incertos. Já as devassas especiais, representavam a apuração de crimes, cujos fatos eram específicos, mas de autoria ainda não conhecida. Nessa época, ligados a essas formas de apuração, a prática de tortura e de detenções indiscriminadas era bastante utilizada como método para obter confissões.²²

Durante a maioria do período colonial, a influência significativa da tradição jurídica portuguesa em nossas terras se deu por meio das Ordenações Filipinas, 1595, sancionada por Felipe I de Portugal, e confirmada por D. João IV. Esse texto, basicamente, não alterou em substância o que já era estruturado na ordenação passada.

Após essa influência inquisitorial portuguesa durante a época colonial, importante marco identificado foi a reforma liberal brasileira ocorrida já com a independência do Brasil, principalmente em 1827. Nesse momento, relevante fato foi a criação de Juízes de Paz. Diferente dos juízes nomeados pelo rei, esses Juízes de Paz eram eleitos pelo povo brasileiro, representando, assim, uma conquista no tocante à sua autonomia diante do poderio do imperador. Tal importância se deu em virtude da existência de sujeitos eleitos pelo povo que possuíam as atribuições de conciliação em matérias civis, de polícia, de apuração de infrações penais, de interrogatório dos investigados e de formação do conjunto probatório a ser analisado pelo magistrado, previstas no Código de Procedimento Criminal de 1832²³.

Apesar dessa inovação liberal, a Lei n. 261/1841 promoveu relevante alteração no ordenamento citado, ao limitar aquelas atribuições dos Juízes de Paz. A partir dessa lei, que representou a retomada da autoridade do chefe do executivo em relação às conquistas liberais, as atribuições policiais e judiciais de formação de culpa passaram a ser exercidas pelos delegados de polícia indicados pelo governo, e não mais por pessoas eleitas popularmente²⁴.

Seguindo nessa tarefa de retrospectiva, relevante citar também a Lei n. 2033/1871. Nessa lei, regulada pelo Decreto n. 8824/1871, houve destaque para a previsão de regras

²¹ LIMA, Roberto Kant de. Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.16, n. 1/2, p. 99, 1992.

²² *Ibidem*, p. 100-101.

²³ FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado em el Brasil imperial, 1808-1871*. México: Fondo de cultura econômica, 1986, p. 97.

²⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 194.

acerca da prisão preventiva e da fiança, do cabimento do remédio de *habeas corpus*, e da separação da atividade policial da atividade judicante.

Passado o fim do período do império, a Constituição da República de 1891 trouxe uma série de direitos e garantias para o acusado diante da persecução criminal. Nessa linha, mesmo não havendo um código único, os estados-membros autonomamente passaram a respeitar, dentre outros, o direito de inviolabilidade do domicílio e de sigilo de correspondência, o direito de um julgamento por um juiz natural, previamente estabelecido por lei, o direito de ampla defesa e eventuais recursos, e o direito de limites às prisões não definitivas²⁵.

Diante desse cenário de grande autonomia dos entes federados, cresceu a necessidade de uniformizar as regras processuais penais em todo território nacional. Assim, em três de outubro de 1941, durante o autoritarismo do Estado Novo de Getúlio Vargas, houve a edição do Decreto-Lei n. 3.689, Código de Processo Penal (CPP), trazendo regras mais repressivas, no tocante à atuação estatal²⁶. Dentre essas novas regras mais rígidas, podemos citar a possibilidade do julgador, em busca da verdade real, ter iniciativa na produção de provas; a permissão para que o magistrado possa alterar a tipificação dada pela acusação, mesmo para infrações mais graves; a diminuição de hipóteses de nulidades processuais; o alargamento das hipóteses de flagrante delito, vide o flagrante presumido e impróprio; e a obrigatoriedade, em certos casos, da decretação da prisão preventiva²⁷.

²⁵ Ibidem. p. 235.

²⁶ A Reforma do Processo Penal vigente. II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 398).

²⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante; Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave; Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa; Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após,

Essas disposições foram frutos de um regime autoritário. Todavia, mais uma vez, parece que houve posteriores tentativas de abrandamento do rigor autoritário. Ou seja, é evidente que o processo penal é um objeto, um instrumento a ser utilizado pelo Poder Público, conforme o seu modelo político vigente à época. Assim, à semelhança da reforma liberal posterior ao período colonial/imperial, agora, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, houve uma tentativa de adaptar aquele CPP, influenciado também pelas disposições da ditadura militar, aos princípios democráticos previstos na nova ordem constitucional brasileira.

Nesse contexto mais democrático, é possível identificar um elemento diferenciador em relação às outras épocas mencionadas. Na história mais recente do país, é justamente o papel do poder judiciário que se destaca nessa evolução, pois, além das reformas legislativas, a atuação mais ativa do Poder Judiciário faz com que haja um incremento de garantias processuais, mesmo que não tenha ocorrido prévia alteração na legislação.

Com isso, há duas linhas de frente para abrandar as normas originalmente autoritárias. As alterações oriundas do processo legislativo e o ativismo judicial.

Quanto às alterações legislativas, pode-se citar, a título ilustrativo, as seguintes modificações: durante a execução do procedimento interrogatório do acusado, o seu silêncio não pode ser usado em seu desfavor, vide a Lei n. 10.792/03²⁸; não havendo defesa técnica particular constituída de réu revel, o processo criminal deverá ficar suspenso até seu comparecimento, conforme redação dada ao artigo 366, CPP, pela Lei n. 9.271/96²⁹; importância de se preservar o local da infração penal até a chegada dos peritos criminais, segundo redação dada ao artigo 6º, I, CPP, pela Lei n. 8.862/94³⁰; e a obrigatoriedade de remessa de uma cópia do auto de prisão em flagrante, em até 24 horas dessa prisão, para a Defensoria Pública, caso não haja defesa técnica constituída, segundo a Lei n. 11.449/07³¹.

pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração; Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. (redações originais) BRASIL. Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

²⁹ BRASIL. Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9271.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

³⁰ BRASIL. Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8862.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

³¹ BRASIL. Lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111449.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Já em relação à postura ativa do Poder Judiciário, necessário citar, dentre inúmeros exemplos, algumas decisões do nosso Supremo Tribunal Federal: diante da verificação de prejuízo ao réu, houve a anulação de toda a instrução por falta de defesa, no HC n. 72317-PB, 2ª turma, de 02/05/95; em virtude de falta de intimação do defensor, a instrução criminal foi anulada, no HC n. 89176-PR, 2ª Turma, de 22/08/06; a determinação de ilegítima da prova oriunda de gravação clandestina sem ordem judicial de conversa telefônica, no HC n. 80949-RJ, 1ª Turma, de 30/10/01; pelo fato de não ter sido oportunizada a manifestação acerca do *sursis* processual da Lei 9099/95 ao acusado, o processo criminal foi cancelado, no HC n. 76688-RS, 1ª Turma, de 07/04/98; e o relaxamento da prisão provisória por prazo de encarceramento excessivo, no HC n. 80379-SP, 2ª Turma, de 18/12/00³².

Visto essas breves notas acerca dos importantes marcos ao longo dessa evolução, retorna-se à afirmação inicial: vive-se um marco. Isso se dá pelo fato de não se identificar um eventual ciclo de endurecimento em face da onda anterior de garantias. Mas, novas tentativas de reformas legislativas estão fazendo com que o sistema deixe uma tradição para adotar outra.

Ou seja, com o passar do tempo, foi possível refletir sobre a influência do modelo político-estatal na disposição das regras processuais criminais. De acordo com dado momento histórico viu-se, ora normas rígidas, ora normas mais garantidoras das liberdades individuais. Todavia, ousa-se dizer que, mesmo com conquistas de certas garantias processuais, a nossa tradição jurídica não foi alterada em sua essência.

Desde a influência das Ordenações Portuguesas, a essência do perfil inquisitorial brasileiro possui um traço bastante forte. A busca da verdade real orientou quase sempre as apurações sobre as infrações cometidas. O *jus puniendi* sempre foi calcado em um modelo, no qual a autoridade pública traçava a resposta punitiva do Estado. Isso se mostrou regra até agora.

Porém, como repetido, o atual marco vivenciado é demonstrado por meio da aprovação e da relevante utilização da Lei n. 12.850/13, bem como o teor da redação final do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 156, aprovada pelo Senado Federal³³:

CAPÍTULO III DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

³³ BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado Federal, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 07 jul. de 2015.

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Segundo esses trabalhos legislativos, há dois institutos jurídicos que não podem passar despercebidos, vide a sua importância em outra tradição jurídica. Tanto o instituto da delação premiada, quanto o instituto da *Plea Bargaining*, considerados em separado, são bases de uma tradição jurídica completamente diferente da brasileira.

É bem verdade que a essência desses institutos até estavam inseridas conjuntamente em nossa legislação, como o artigo 159, par. 4º, CP, inserida pela Lei n. 9269/96³⁴, bem como o artigo 76 da Lei n. 9099/95³⁵. Todavia, é possível arriscar dizer que, caso seja aprovado tal

³⁴ “Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.)

³⁵ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração

projeto de lei do Senado, a importância da aplicação conjunta da delação premiada com a amplitude da possibilidade de acordo entre acusação e defesa não encontrará precedentes nessa evolução.

A delação premiada já podia ser identificada na história legislativa brasileira, ainda que se saiba que hoje é o seu momento de maior destaque, principalmente em virtude da operação “lava-jato” realizado pela Polícia Federal e Justiça Federal. Porém, a *Plea Bargaining*, alheia à tradição pátria, está prestes a ser incorporada, ou, não sendo nesse momento, certamente será em outro próximo, pois o presente trabalho parte da premissa de que tal implementação será inevitável, conforme será exposto mais adiante.

Acredita-se que as atuais reformas processuais em curso, principalmente com a possível vigência em conjunto desses institutos, não representarão apenas mais uma fase cíclica da resposta penal estatal. Desta vez, ocorrerá uma ruptura drástica. A história cultural brasileira de mais de quinhentos anos será substituída verdadeiramente por um modelo estrangeiro de resposta penal estatal.

Como se percebe, essa é a tese que guia o presente trabalho: o abandono dessa tradição jurídica, caso haja a aplicação em conjunto desses dois institutos. Em que pese, hoje, esteja positivada somente a delação em nosso ordenamento, não seria devaneio afirmar que a implementação da *plea bargaining* é questão de tempo.

Logo, para cumprir o objetivo de maiores reflexões em torno da relevância de importar a forma de resposta penal de outro Estado, necessário tecer, neste momento alguns comentários acerca desses institutos, a fim de fomentar o debate a respeito dessa aplicação conjunta.

condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.)

2. DA DELEÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Atualmente, o mais relevante em relação ao instituto da delação premiada para o presente estudo é o seu atual estágio de aplicação na realidade brasileira. Sua existência, ou melhor, sua essência é muito antiga na história da humanidade. Todavia, diante do objetivo deste trabalho, principalmente sob o foco da citada tese a ser abordada, não há como não concentrar esforços no panorama contemporâneo, em especial no tocante à influência das investigações da operação “lava-jato” no processo penal.

Assim, a fim de contextualizar com a tese de ruptura da tradição brasileira, antes mesmo de adentrar o estudo acerca do contexto de possível aplicação do instituto da *Plea Bargaining* no Brasil, merece, agora, uma análise a respeito do instituto da delação premiada.

Preliminarmente, importante frisar que, ao dizer que a delação é premiada, significa caracterizar o fato de delatar, acusar, denunciar um acontecimento ou um autor de um crime, desde que haja algum interesse processual na causa. Melhor dito, não se estará diante do referido instituto da delação premiada se o delator não tiver interesse em algum benefício imediato previsto pelo legislador, como por exemplo: a redução de pena; um regime de aplicação de pena mais brando; ou até mesmo o perdão judicial³⁶.

Necessário trazer essa observação, pois a caracterização dessa premiação ao delator não é um assunto recente. Delatar é algo simples e corriqueiro. Já premiar, incentivar a delação pelas autoridades públicas é algo milenar.

Bem antes dos estados modernos, já havia indicação da importância de recompensar os delatores, ou mesmo os espíões que conhecessem os inimigos dos seus povos. Tratava-se de uma tática de operação militar para sucesso prévio às batalhas que seriam travadas, incentivada pelo filósofo Sun-Tzu, há mais de dois milênios³⁷.

Ilustrativo também trazer o episódio da recompensa em moedas de prata dada ao Judas Iscariotes, por este ter indicado Jesus Cristo aos governantes da época, ou mesmo da forma de como Tiradentes, um dos líderes da inconfidência mineira, foi traído: em troca do perdão da dívida perante o governo, Joaquim Silvério dos Reis o delatou.

Em inúmeros episódios, seria possível identificar o binômio delação/recompensa envolvendo a prática de crimes. Até mesmo contemporaneamente, a grande maioria dos Estados, evitando se referir à totalidade dos Estados, se utiliza da recompensa em troca de informações importantes como método de investigação criminal, vide o nacional “disque-

³⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 247.

³⁷ SUN-TZU. *A arte da guerra*. 34. ed. Tradução José Sanz. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 104-111.

denúncia”, ou mesmo serviços internacionais de recompensas dirigidos pela Interpol, por exemplo.

Contextualizado isso, necessário, agora, tecer breves considerações sobre a evolução legislativa desse instituto no Brasil.

Neste momento, cumpre observar que serão analisadas as diferentes formas de como tal instituto foi sendo previsto ao longo dessa evolução. Não há um tratamento homogêneo. Logo, diante das diferentes legislaturas, foram sendo criados distintos mecanismos de beneficiamento do delator.

Dito isso, inicialmente, é possível sinalizar que havia previsão nas Ordenações Filipinas, todavia, após o surgimento do Código de Procedimento Criminal de 1832, houve sua revogação. Tal revogação³⁸, assim, deixou um vazio por mais de 150 anos na legislação pátria.

Ultrapassado esse lapso temporal, a fim de dar eficácia à norma constitucional que prevê os crimes hediondos, artigo 5º, XLIII, Constituição de 1988³⁹, surgiu a Lei n. 8.072, em 25 de julho de 1990. Essa Lei é de extrema importância para o presente estudo em dois aspectos, pois, além de retomar a previsão do instituto da delação premiada no ordenamento pátrio, fez alterações no próprio Código Penal (Decreto Lei n. 2.848/40).

Nessa lógica, quanto à previsão, a delação premiada retorna ao ordenamento no parágrafo único do artigo 8º “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”⁴⁰.

A título de esclarecimento, é possível identificar que o conceito de desmantelamento da quadrilha ou bando é um conceito aberto. Deve, assim, o magistrado, caso a caso, sinalizar se houve, com a delação, a efetiva separação da associação criminosa. Portanto, por não haver um conceito fixo, merece atenção o magistrado para a real efetividade da delação em frustrar a continuidade criminosa⁴¹.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150-152.

³⁹ Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.)

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Anotações à Lei 8.072/90. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Forense, n. 4, mês 1990, p. 4.

Essa mesma Lei, no seu artigo 7º, também inclui no tipo penal extorsão mediante sequestro, artigo 159, Código Penal (CP), o parágrafo 4º ⁴². Cabe, aqui, observar que esse parágrafo 4º, seria ainda alterado pela Lei n. 9.269/96.

Aqui, por ser necessária a análise conjunta, mister se faz trazer a redação definitiva dada pela lei de 1996, no parágrafo 4º: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)⁴³”

Assim, da mesma forma que o objetivo da delação, previsto no artigo 8º, Lei dos Crimes Hediondos, o prêmio da delação também estará condicionado. Ou seja, ao invés de prever o desmantelamento, o parágrafo 4º, 159, CP, traz como condicionante da aplicação da causa de diminuição de pena a facilitação da liberação do sequestrado.

Diante dessa informação, há que se fazer uma constatação: é plenamente possível haver a incidência conjunta das duas causas de diminuição, caso o delator provoque o desmantelamento da quadrilha ou bando, e propicie a liberação do sequestrado. Com isso, não há empecilho à aplicação conjunta do artigo 8º, Lei n. 8.072/90, com o artigo 159, parágrafo 4º, CP, uma vez que cuidam de objetivos diferentes.

Após isso, já no ano de 1995, houve o importante marco que foi a Lei n. 9.080/95. A grande contribuição dessa lei foi a introdução da delação premiada tanto na Lei n. 7.492/86, quanto na Lei n. 8.137/90, no intuito de aumentar o combate à criminalidade envolvendo crimes econômicos.

Nesse contexto, com o objetivo de buscar os criminosos que possuem poderes diretivos, no panorama do sistema financeiro nacional, foi introduzida a possibilidade de prêmio ao delator que atingir controladores e administradores das instituições financeiras, vide artigo 25, parágrafo 2º da Lei n. 7.492/90⁴⁴: “§2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)⁴⁵”

⁴² “§4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.(Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)” BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴³ BRASIL. Lei n. 9.269, de 02 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Em relação à ordem tributária, econômica e relações de consumo, no intuito de alcançar criminosos que burlam o controle da tributação; que prejudicam o bom desenvolvimento da econômica nacional; e que abusam nas relações de consumo, foi introduzida também a delação premiada, vide artigo 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90⁴⁶: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”

Diante da redação desses artigos, é possível perceber a similitude de tratamento. Ou seja, em ambas, não há necessidade de que a delação evite o prejuízo fiscal propriamente dito. Além disso, outra peculiaridade seria a exigência de espontaneidade da confissão por parte do delator para que o benefício seja alcançado. Assim, diferente da lei dos crimes hediondos, aqui, não basta a voluntariedade na cooperação, mas sim é necessária a confissão espontânea também.

No mesmo ano, 1995, o legislador, no combate ao crime organizado, mais uma vez indicou a delação premiada como instrumento, no artigo 6º, Lei n. 9.034/95⁴⁷.

Como o objetivo é apenas relatar o marco temporal, maiores comentários acerca das peculiaridades da delação premiada envolvendo organizações criminosas serão vistas mais adiante, eis que a Lei n. 9.034/95 foi totalmente revogada pela Lei n. 12.850/13.

Ainda nesse intuito de sinalizar os marcos, no ano de 1996, a Lei n. 9.269/96 alterou a redação do parágrafo 4º, 159, CP, que fora incluído por aquela Lei n. 8.072/90.

Intimamente ligada aos crimes envolvendo organizações criminosas, há a Lei n. 9.613/98, intitulada como a lei contra a lavagem de dinheiro. Além do combate às organizações criminosas, é extremamente importante o combate da tentativa de tornar aparentemente lícita as receitas obtidas pela prática de condutas criminosas.

Nessa linha, cabe uma observação no sentido de que, originalmente, esta lei, no seu artigo 1º, trazia um rol de condutas criminosas que condicionavam a caracterização do crime de lavagem de dinheiro. Ou seja, originalmente, caso a origem da obtenção do valor indevido não estivesse nos crimes indicados taxativamente nos incisos I a VIII, não haveria a configuração do referido crime. Todavia, acertadamente, o legislador alterou esse dispositivo,

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁷ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

a fim de eliminar essa condicionante. Logo, a partir da Lei n. 12.683/2012, passou a haver crime de lavagem de dinheiro, caso o valor indevido fosse oriundo de qualquer infração penal.

Enfrentada essa observação, diante da complexidade envolvida, o legislador introduziu também a figura da delação premiada, como mais um instrumento de combate a esse crescente tipo de criminalidade, no artigo 1º, parágrafo 5º, Lei n. 9.613/98⁴⁸.

Imperioso notar que a redação desse parágrafo 5º foi modificada pela Lei n. 12.683/12⁴⁹. Sendo assim, por paralelismo, comentários acerca das peculiaridades dessa delação serão realizados em momento oportuno.

Um grande avanço se deu no ano de 1999, com a edição da Lei n. 9.807/99, nomeada de Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas. Nessa lei, o legislador se preocupou basicamente com dois assuntos: as medidas necessárias para proteção de vítimas, testemunhas e delatores; e a previsão de delação premiada.

A delação, testemunho, ou qualquer forma de indicar agentes ou circunstâncias criminosas são extremamente importantes para o bom desenvolvimento das investigações. Todavia, para que isso ocorra, há um verdadeiro sacrifício dessas pessoas, uma vez que envolve graves ameaças ou represálias por parte das pessoas criminosas envolvidas. Justamente por isso, houve a preocupação legislativa em criar um mínimo de proteção aos sacrificados, bem como aos seus familiares, vide artigo 15 e parágrafos 1º e 3º, Lei n. 9.807/99⁵⁰.

Após esse comentário inicial, importante se ater ao instituto da delação premiada previsto nos artigos 13 e 14, dessa lei⁵¹:

⁴⁸ “Art. 1º, § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” BRASIL. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁵⁰ “Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.” BRASIL, Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁵¹ BRASIL, Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços

Conforme se pôde perceber, trata-se de importante marco, visto que não houve restrição quanto à incidência do instituto aos crimes determinados. Ou seja, plausível seria interpretar que a delação prevista nessa lei significa a fórmula genérica aplicável a crimes não e não regulados leis especiais.

Além disso, é possível identificar marcos temporais para que a colaboração efetiva seja realizada: investigação criminal e processo criminal. Dessa forma, não seria equivocado dizer que a ocorrência do trânsito em julgado da condenação seria um empecilho à obtenção da vantagem.

Outro fato relevante seria a necessidade da voluntariedade da colaboração. Nesse aspecto, necessário realizar a seguinte distinção⁵²:

Voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica. Ato espontâneo, por sua vez, constitui aquele resultante da mesma vontade livre e consciente, cuja iniciativa foi pessoal, isto é, sem qualquer tipo de sugestão por parte de outras pessoas.

A partir do cotejo entre esses dois artigos, é pertinente comentar que, para se valer do prêmio, o colaborador não precisa ser primário. Ou seja, diferente do artigo 13, que prevê a figura do acusado primário para fazer jus ao perdão judicial, o artigo 14 não traz tal exigência. Logo, a única restrição de ser primário está relacionada com o perdão judicial.

No intuito de apenas sinalizar o marco temporal, inclusive por se relacionar bastante com o instituto sob análise, mesmo no âmbito do direito administrativo, não se deve deixar de comentar, agora, uma importante lei datada do ano de 2000. A Lei n. 10.149/00⁵³, ao inserir o

⁵² JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁵³ BRASIL, Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

artigo 35-B, na Lei n. 8.884/94⁵⁴, trouxe um importante instrumento no combate aos atos de concentração de mercado: o acordo de leniência. Tal acordo, fruto da experiência norte-americana em tentar garantir o livre comércio e a livre concorrência, dentro da lógica corporativa, consiste no pacto entre infrator e Estado, a fim de reparar o dano coletivo gerado pela burla ao sistema concorrencial.

No Brasil, com o objetivo de prestigiar a livre concorrência prevista no artigo 170, IV, CRFB⁵⁵, havia o Programa de Leniência da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, que consistia na possibilidade de acordo entre esta, em nome da União, e a pessoa física ou jurídica, envolvida na realização da infração a ordem econômica, que confessasse o ilícito.

Dito isso, devido ao fato de tal tema ser visto adiante, cumpre mencionar somente que praticamente toda a Lei n. 8.884/94 foi revogada pela Lei n. 12.529/11.

Após essa breve relação, prossegue-se na evolução do instituto da delação premiada propriamente dita.

Em 2002, no intuito de combater as condutas criminosas em torno das drogas ilícitas, foi editada a Lei n. 10.409/02, que viria a ser revogada, em 2006, pela atual Lei de drogas, Lei n. 11.343/06.

Ocorre que, por extrema importância para o presente estudo, diferente das demais legislações já revogadas e apresentadas como notas de rodapé nesse trabalho, mister se faz trazer o teor dos parágrafos 2º e 3º do artigo 32, da já revogada lei antiga de entorpecentes⁵⁶:

§2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.

⁵⁴ “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (Incluído pela Lei nº 10.149, de 2000) (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).” BRASIL, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

⁵⁶ BRASIL, Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

No tocante aos parágrafos apresentados, cabe realizar duas observações. Em primeiro, devido ao fato de o caput do artigo 32 ter sido vetado, surgiu na doutrina à época uma divergência em relação à aplicabilidade ou não desses parágrafos por não terem a cabeça do artigo. Nesse sentido⁵⁷:

Há quem entenda inaplicáveis estes dois parágrafos, exatamente pela falta do caput do art. 32, tornando-os “dispositivos legais juridicamente inócuos ou ineficazes”, devendo aplicar-se a respeito os arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999 (Lei de Proteção às Testemunhas). Preferimos a corrente que sustenta a aplicabilidade dos dois parágrafos, apesar da evidente balbúrdia legislativa ocasionada pelo veto parcial do art. 32, mesmo porque as disposições da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas são menos amplas do que estes dois parágrafos. O perdão judicial, por exemplo, só é cabível para o colaborador primário e não há previsão de sobrestamento do inquérito policial.

Assim sendo, mesmo não possuindo mais relevo tal debate, vide a nova legislação, sua citação se mostra relevante para o presente trabalho, pois, evidencia-se a falta de padronização do instituto da delação premiada no ordenamento brasileiro.

Em segundo, de extrema importância para a tese que está sendo desenvolvida, cumpre observar que havia na legislação, mesmo a duração sendo por volta de 04 anos, a prerrogativa de o membro do Ministério Público se abster de continuar com próprio processo criminal.

Ultrapassadas essas observações acerca da legislação pretérita, o legislador em 2006 redefiniu o instituto da delação premiada, no âmbito do combate ao tráfico ilícito de drogas, nos artigos 41 e 49, Lei n. 11.343/06⁵⁸:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei no 9.807, de 13 de julho de 1999.

No cotejo dessas legislações, interessante notar, primeiro, que o legislador fez questão de redefinir a delação premiada, no sentido de não haver a prerrogativa de acordo direto entre o membro do Ministério Público e o acusado. Além disso, não está repetida a possibilidade de sobrestamento do processo como outrora previsto.

⁵⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 825, jul. 2004, p. 458-459.

⁵⁸ BRASIL, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

Por fim, diferente da lei de entorpecentes antiga, a forma de cooperação exigida não é mais a espontânea, mas sim voluntária apenas.

Prosseguindo, como já dito, na tentativa de aperfeiçoar o combate à concentração de mercado e formações de cartéis, em 2011, foi reformulado o acordo de leniência com a Lei n. 12.529/11. Nessa linha, mais uma vez, apesar de estar no plano administrativo, há extrema importância para o presente trabalho. Portanto, merece ser dito que essa lei, intitulada de Lei do CADE, no âmbito desse acordo, veio resolver uma problemática gerada pela imperfeição da redação do artigo 35-B, da citada Lei n. 8.884/96.

Em virtude de a formação de cartéis ser classificada não só como infração administrativa, mas também como penal, sujeitos à ação pública incondicionada, havia divergência quanto à aplicabilidade do acordo leniência. Isso porque, caso a conduta noticiada fosse tipificada também crime de ação penal pública, tal Secretaria de Desenvolvimento Econômico, deveria consultar o Ministério Público, a fim de que esse órgão se manifestasse sobre a possibilidade de enquadramento nos modelos de delação premiada previstos na legislação penal. Diante disso, em apreço às diferentes esferas punitivas, havia os seguintes posicionamentos: Uma primeira posição entendia que a faculdade de firmar o programa de leniência, na esfera administrativa, obstava o Ministério Público de ingressar com a ação criminal. Já outra posição entendia pela total negação das regras do Acordo de Leniência na esfera penal, em apreço ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Por fim, havia um entendimento de que, como os crimes contra a ordem econômica são de natureza pública incondicionada, deveria haver o consentimento do Ministério Público para que houvesse a realização do Acordo e para decretação da extinção da punibilidade⁵⁹.

Enfrentada essa divergência, merece destaque o fato de que a extrema importância da citada lei de 2011 para este trabalho se dá pela preocupação do legislador em detalhar mais as regras desse acordo de leniência no âmbito administrativo, além de resolver a citada divergência no seu artigo 87⁶⁰:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a

⁵⁹ CAMARGO, Marcelo Ferreira de. O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5426>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁶⁰ BRASIL, Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Como já mencionado, em 2012, o legislador alterou a lei de lavagem de dinheiro, na tentativa de melhor aperfeiçoar o combate ao crime cada vez mais organizado. Nessa linha, o artigo 1º, parágrafo 5º, Lei n. 9.613/98, modificado pela Lei n. 12.683/2012:⁶¹

§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Diante dessa nova redação, inicialmente, cumpre destacar que, por uma leitura rápida, identifica-se que o legislador apenas incluiu as expressões “ou semiaberto” e “a qualquer tempo”, não alterando, portanto, a essência desse instituto, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro.

Desse modo, a fórmula mantida do dispositivo original, apenas ampliada pelas referidas expressões, significa que o instituto da delação, aqui, é bem mais atraente do que outras leis, pois não há apenas a previsão de uma causa de diminuição de pena, mas também de formas diversas de cumprimento de pena, como regime prisional mais brando, ou mesmo substituição por penas restritivas de direitos, além do perdão judicial.

Mais uma vez o legislador optou pela fórmula da espontaneidade como forma de colaboração. A partir disso, depreende-se que, devido ao fato de o delator não poder ter ingerência de outros, o recebimento do prêmio previsto não pode ser concedido de ofício pelo magistrado, mas somente por provocação livre e consciente do delator.

Relevante trazer a informação de que, em 2013, no âmbito da Administração Pública, na tentativa de efetivar o princípio da moralidade administrativa, artigo 37, CRFB, houve a publicação da Lei n. 12.846/2013. Nessa mesma lógica de evitar e combater práticas ilegais, em especial a corrupção, essa lei veio disciplinar com mais rigor, prevendo, assim, vários mecanismos de combate, como, por exemplo, a possibilidade de responsabilização objetiva

⁶¹ BRASIL, Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

das pessoas jurídicas envolvidas, independente da responsabilidade pessoal de seus dirigentes⁶².

Nesse quadro de aprimoramento da coibição, há previsão do acordo de leniência, para que se estimule as pessoas jurídicas responsáveis pelo ato ilícito a colaborarem com o processo administrativo, vide artigo 16, Lei n. 12.846/2013⁶³:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§10º A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

⁶² “Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. §1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. §2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.” BRASIL, Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

⁶³ BRASIL, Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Agora, passa-se ao exame do principal marco em relação ao estudo do presente instituto. Como já mencionado, em 2013, foi publicada a nova lei referente ao combate às organizações criminosas, Lei n. 12.850/13. Essa lei, além de solucionar a histórica ausência de definição acerca do que seria uma organização criminosa, aprimorou o tratamento dado aos meios de obtenção de prova, em especial da colaboração premiada.

Nessa linha, preliminarmente, cabe dizer que não havia na antiga lei de combate às organizações criminosas, Lei n. 9.034/95, a própria definição de o que seria uma organização criminosa. Na tentativa de solucionar tal omissão, principalmente quando envolvia a definição de organização criminosa como crime antecedente ao crime de lavagem de dinheiro na redação antiga, artigo 1º, VII, Lei n. 9.613/98, um debate surgiu no sentido de definir ser possível ou não a utilização do conceito trazido na Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 231/2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004⁶⁴.

Em que pese ter havido posição no sentido de ser possível tal utilização, como no julgado da 5ª Turma do STJ, HC n. 77.771/SP⁶⁵, prevaleceu à época o entendimento de que não poderia ser utilizado o conceito trazido nessa Convenção. Isso porque, além de ser ele bastante amplo e genérico, tal aproveitamento violaria o princípio da legalidade, tendo em vista que a convenção foi trazida ao ordenamento brasileiro por meio de simples decreto, vide o julgado do STF, HC n. 96.007/SP⁶⁶.

A partir dessa lacuna permanente, importante citar a Lei n. 12.694/12, que, de uma vez por todas, trouxe a definição de organização criminosa a ser aplicada⁶⁷.

⁶⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei de crime organizado*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. p. 11.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 77.771. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700418799&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96.007. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584> >. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁶⁷ “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” BRASIL, Lei n.12.694, de 24 de julho de 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

Logo após isso, pouco tempo depois, foi publicada a atual Lei n. 12.850/13⁶⁸, alterando essa definição trazida em 2012. Vejamos:

Art.1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Importante observar que, mesmo havendo a revogação do artigo 2º, Lei n. 12.694/12, pelo artigo 1º, parágrafo 1º, Lei n. 12.850/13, por total incompatibilidade dos conceitos apresentados, a lei de 2012 permanece vigente no seu restante, conjuntamente com a lei de 2013, em virtude de tratar de um assunto complementar: a disposição acerca do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Além da atual definição, é possível dizer que, tendo em vista o seu artigo 2º⁶⁹, a presente lei inovou no ordenamento ao trazer a participação em organização criminosa como um delito autônomo, ao invés de ser somente uma forma de praticar crimes.

A título de curiosidade, antes de adentrar o estudo da delação, resta dizer preliminarmente que essa lei, ao alterar o teor do artigo 288, CP, propiciou a existência de três figuras distintas no ordenamento brasileiro: organização criminosa; associação criminosa; e milícia privada.⁷⁰

Enfrentado isso, necessário, agora, tecer comentários acerca da importância dessa lei para o presente estudo.

Nessa linha, a conquista desse trabalho legislativo foi trazer regras mais concretas, no que diz respeito à forma e ao conteúdo da colaboração premiada. Ou seja, pelo que se viu

⁶⁸ BRASIL, Lei n.12.850, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

⁶⁹ “Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.” BRASIL, Lei n.12.850, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

⁷⁰ “Art. 288- Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.” BRASIL, Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

nas legislações anteriormente citadas, havia bastante críticas por não existir previsão sobre o procedimento que deveria ser seguido. Tendo em vista tal omissão legislativa, na prática, incertezas foram geradas, pois o rito a ser seguido ficava a cargo da discricionariedade de cada magistrado. Não havia um padrão a ser seguido.

Diante desse cenário de incertezas, coube ao Poder Judiciário, por parte dos seus Tribunais Superiores, tentar solucionar toda essa insegurança, por meio de uma atuação positiva quanto às regras procedimentais.

Nesse aspecto, até mesmo para enriquecer o presente trabalho com o tratamento jurisprudencial que vem sendo dado ao instituto em tela, imperioso trazer as conclusões dos os seguintes julgados.

Em relação ao STF, tem-se⁷¹: alegação de imparcialidade do julgador que participou da delação não aceita, já que taxativas as hipóteses do artigo 252 do Código de Processo Penal, HC n. 97553/PR; obrigatoriedade do exame do grau de relevância da delação pelo julgador para fins de diminuição de pena, HC n. 99736/DF; inadmissão da oitiva de corréu como testemunha ou informante, a exceção do corréu colaborador, AP n. 470 AgR-sétimo/MG; possível a oitiva de corréus colaboradores, porém na qualidade de informantes, e não testemunhas, bem como para ter valor probante necessita corroborar outras provas contidas nos autos, AP n. 470 QO3/MG; necessária a preservação do sigilo, acesso restrito às informações, com o fim de proteger coautores e partícipes que se oferecerem para fazer a delação, HC n. 90321/SP; pedido negado para ter acesso ao acordo, porém reconhecido o direito de saber quais os membros participaram da delação, em vista de fundadas suspeitas de impedimentos dos membros do Ministério Público (Caso Banestado), HC n. 90688/PR; negado o pedido de rejeição da denúncia por ter sido a delação questionada à luz do Princípio da indivisibilidade da ação penal (Caso “Mensalão”), Inq n. 2245/MG; e impossibilidade de extensão da delação para o corréu delatado, HC n. 85176/PE.

Já em relação ao STJ, tem-se⁷²: ausência de prova quando a delação for o único meio incriminador e o delator for opositor político, QO na AP n. 514/PR; fração da delação deve vir fundamentada quando não aplicada a máxima redução, além de não poder servir como único meio de prova para o decreto condenatório, HC n. 97509/MG; possibilidade de aplicar simultaneamente a atenuante da confissão (primeira fase de fixação da pena) e a minorante da

⁷¹ NASCIMENTO, Vanessa Urquiola do. A delação premiada no Brasil: críticas à ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais. Edição III, 2012, Porto Alegre. *Trabalhos Apresentados*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/3.pdf>>. Acesso em: 07 de jul. 2015.

⁷² Ibidem.

delação (terceira fase de fixação da pena), pois aplicação se dá em momentos distintos, bem como a colaboração poderá ocorrer após a prisão, HC n. 84609/SP; delação negada por ausência de contribuição para a revelação de coautores e partícipes, bem como em razão de o pretense delator se dedicar à atividade criminosa, HC n. 84609/SP; inexistência de nulidade quando delator e delatado possuem a mesma defesa, o conflito existirá apenas se a culpa de um excluir a do outro, HC n. 124037/MS; fazer jus ao benefício implica que réu deve ter participado do mesmo delito dos coautores ou partícipes delatados, HC n. 123380/DF; delação pressupõe que pretense delator perpetre conduta em concurso de pessoas, HC n. 99422/PR; no crime de extorsão mediante sequestro (artigo 159, § 4º, do Código Penal), a delação deverá influenciar na soltura da vítima, HC n. 107916/RJ; a delação da Lei dos Crimes Hediondos demanda a existência e o desmantelamento de quadrilha ou bando, HC n. 41758/SP; cerceamento de defesa inexistente pela presença de pedido subsidiário de delação em relação à negativa de autoria, HC n. 40157/RJ.

Ainda em relação ao STJ, observa-se que⁷³: com o advento da Lei n. 9.269/96, tornou-se despiciendo, para a incidência da redução prevista no artigo 159, §4º, do Código Penal, que o delito tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o crime tenha sido cometido em concurso, observados, porém, os demais requisitos legais exigidos para a configuração da delação premiada, HC n. 33803/RJ; a minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas, HC n. 33833/PE e REsp n. 418341/AC; e apenas aqueles que celebraram os acordos de delação premiada, ou seja, os colaboradores e o Ministério Público Federal, detêm legitimidade para questionar os seus termos, caso contrário a impugnação só poderá se realizar nos autos das ações penais em que estes, porventura, tiverem sido utilizados como provas, HC n. 195797/PR.

Em virtude do citado esforço jurisprudencial, o legislador pátrio trouxe, em 2013, dispositivos, a fim de sanar sua história omissão, no artigo 4º ao 7º, todos da mencionada Lei n. 12.850/13⁷⁴:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ BRASIL, Lei n.12.850, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Após essa extensa legislação, cabe tecer os seguintes comentários: além de essa nova lei não exigir mais a espontaneidade da colaboração, há, agora, a definição de quem são os legitimados para a propositura do pedido de perdão judicial em benefício do colaborador, vide parágrafo 2º, artigo 4º.

Por fim, essa lei veio resolver uma antiga discussão acerca de a colaboração dever se restringir aos fatos em investigação, ou se seria possível estender o benefício para fatos alheios ao processo investigativo. Assim, de acordo com a expressão “demais coautores e partícipes” presentes no inciso I, artigo 4º, possível afirmar que o prêmio se limita ao caso investigado, não produzindo qualquer efeito, portanto, a eventuais referências a outras condutas criminosas não relacionadas com a própria investigação.

3. DA PLEA BARGAINING

Acordos, como se viu, até já existiam na realidade processual brasileira. Acordos entre os delatores e os juízes para diminuição de pena; regime prisional diferente; ou perdão judicial não são novidades, principalmente no âmbito de concurso de agentes. Todavia, diferentemente da delação premiada já enraizada na prática brasileira, há o instituto da *plea bargaining*, que se caracteriza como algo totalmente diferente, nunca visto no Brasil. Apesar de a transação penal ser, de certa forma, um embrião, é inegável que tal amplitude de negociação, pelo menos da forma como está prevista no PLS n. 156, não encontra precedentes até aqui.

Diante disso, a fim de consubstanciar a esperada introdução desse instituto, mister se faz, agora, aprofundar o estudo desse instituto estrangeiro.

3.1 Do conceito e suas modalidades

Antes de analisar o tema, faz-se necessário delimitar conceitos a fim de encontrar segurança e evitar equívocos.

Ora, com exatidão das expressões, existem dois grandes gêneros que se contrapõem: a Justiça Consensual e a Justiça Conflitual ou Imposta, cuja análise desta não merece maiores aprofundamentos no presente estudo⁷⁵.

No tocante à Justiça Consensual, apresenta-se como uma de suas espécies a Justiça Negociada. A outra espécie seria o instituto da suspensão condicional do processo presente na Lei n. 9.099/95, como exemplo.

A Justiça Negociada não esgota as suas espécies na *plea bargaining*, mas se expressa também, além da mediação e da justiça restaurativa, nos antigos institutos dos Estados Unidos e Inglaterra, como por exemplo, no *approvalment* e *compounding*. O primeiro caso caracteriza-se na negociação com o acusado a fim de que este testemunhe contra um corréu. Já no segundo caso, existe a possibilidade do autor privado deixar de iniciar o processo criminal em troca de uma quantia em dinheiro.

⁷⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

Portanto, eliminando qualquer tipo de confusão em relação às terminologias, a *plea bargaining* seria uma espécie de Justiça Negociada, englobada no grande gênero da Justiça Consensual.

Superada essa preliminar, passa-se ao conceito de um dos principais objetos do presente estudo: a *plea bargaining*.

Define-se a *plea bargaining* como uma negociação entre o acusado e acusador, com participação ou não do magistrado, a fim de realizar concessões recíprocas, formalizando-se, conseqüentemente, a declaração de culpa por parte do acusado, a *guilty plea*, ou uma declaração do mesmo de não contestar a acusação, a *plea of nolo contendere*.

A partir dessa conceituação, percebe-se que a declaração de culpa é um elemento necessário, porém não imprescindível deste instituto⁷⁶. Tal afirmação demonstra-se por ser a *guilty plea* um meio de atingir vários objetivos, como por exemplo, uma negociação entre Ministério Público e Réu, para que este revele o paradeiro do fornecedor em um crime de tráfico de drogas. Logo, certamente a *plea bargaining* visa à declaração de culpa, contudo, de forma prática, ela serve para efetivação de um objetivo maior.

Além do mais, o referido conceito é amplo no tocante à participação do magistrado na negociação, pois existem justamente ordenamentos estatais que prevêm essa possibilidade. Então, torna-se evidente a necessidade de incluir esta manifestação frente a ordenamentos que não aceitam esta liberdade do juiz.

Cabe ressaltar que há uma outra forma de conclusão da negociação ao invés da famosa declaração de culpa. Na *plea of nolo contendere*, o acusado afirma que não rebaterá os argumentos do autor, aceitando, assim, o resultado do julgamento.

A diferença existente entre essas duas formas seria que, enquanto a decisão que condena com a declaração de culpa tem relevância no juízo civil, em relação a um possível processo buscando perdas e danos, no caso de *nolo contendere plea* a condenação não pode servir de base para condenar no juízo civil, sendo, neste caso, mais vantajoso ao acusado.

A título de comparação, a transação penal prevista no artigo 76, inciso III, parágrafo 3º da Lei n. 9.099/95⁷⁷ também não tem eficácia na jurisdição civil. Ou seja, a experiência

⁷⁶ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada em los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 68.

⁷⁷ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.” BRASIL, Lei n. 9.099, de

nacional de aplicação de uma pena restritiva de direitos sem o devido processo legal, apenas vincula o juízo criminal⁷⁸.

Apesar da amplitude conceitual, impõe-se determinar hipóteses as quais não estão delimitadas nesse conceito.

Em primeiro lugar, estão os atos unilaterais de clemência por parte do juiz ou manifestado por membro do *Parquet*.

Em segundo, está a chamada *plea bargaining* implícita. Nessa hipótese, o próprio acusado por livre e espontânea vontade declara-se culpado, sabendo que tal prática é bem vista pelo magistrado ou útil para as pretensões do Ministério Público, com o propósito de receber alguma vantagem, como por exemplo, uma pena mais leve, uma multa mais branda, ou renúncia o tribunal do júri.

Logo, essas duas hipóteses não estão abrangidas por não se apresentarem como sendo uma verdadeira e real negociação.

No tocante às modalidades, interessante partir de uma tradicional distinção entre a *charge bargaining* ou *charge concession* e a *sentence bargaining* ou *sentense concession*, admitindo-se, ainda, por não terem diferenças estanques, modalidades mistas⁷⁹.

A *charge bargaining* seria a negociação da imputação propriamente dita. Assim, ao obter a declaração de culpado, o Ministério Público assume o compromisso de desclassificar a acusação por outro tipo penal, cuja sanção seja mais branda.

Em relação a essa desclassificação, há a possibilidade de duas submodalidades. A primeira delas é a *charge bargaining* qualitativa ou vertical, na qual o Ministério Público altera a acusação para uma imputação de menor sanção dentro ou não da mesma categoria de crimes.

Já a *charge bargaining* quantitativa ou horizontal caracteriza-se na não imputação de um fato realizado pelo acusado, no caso de se tratar de vários crimes. Nessa lógica, a título de curiosidade, o membro do MP utiliza seu poder de seleção, *screening out*, reduzindo o número de imputações tanto antes da formalização da acusação, *pré-screening*, quanto depois, *pos-screening*, ao retirar do processo e arquivá-lo, renunciando, assim, a persecução penal.

A *sentence bargaining* consiste na negociação da própria sanção penal. O membro do Ministério Público propõe ao magistrado uma alteração na natureza da sanção, como por

26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

⁷⁸ PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 103.

⁷⁹ ALBERGARIA, op.cit., p. 22.

exemplo, a substituição de pena privativa de liberdade por uma multa; ou a diminuição do tempo de prisão; ou não se opor a certa atenuante apresentada pela defesa do acusado.

Por óbvio, a forma mista seria uma cumulação dessas diferentes formas propostas anteriormente.

Outras duas modalidades de negociação seriam a *contingent plea bargaining* e a *package plea bargaining*.

A primeira refere-se à promessa de uma vantagem por parte do MP em troca de uma declaração do acusado estar condicionada à efetivação do efeito dessa declaração na condenação do outro corréu, ou seja, se a delação proferida por um dos réus foi fator importante para a sentença do outro acusado.

Já *package plea bargaining* seria a proposta de benefícios por parte do MP sendo, entretanto, realizada somente se todos os acusados confessarem, ou seja, o MP retira o benefício em bloco caso todos os corréus não confessarem.

Logo, conforme demonstrado, essas duas modalidades necessitam de pluralidade no polo passivo.

Prosseguindo, devido à grande liberdade e ao poder do Ministério Público, existem outras formas de se obter a declaração de culpa⁸⁰.

Na *date bargaining*, o MP compromete-se a alterar a data do fato a fim de beneficiar o acusado com o afastamento da incidência de determinada lei incriminadora. Na *fact bargaining*, o MP e o acusado acordam em reconstruir a ação incriminadora para que esta possa ser engradada em uma sanção menos grave. Na *range bargaining*, o acusador compromete-se a requerer ao magistrado a aplicação da pena em seu aspecto mínimo. Na *guideline-factor bargaining*, o MP, conjuntamente com o acusado, altera as circunstâncias determinantes do crime a fim de trocar a tipificação original. Na *substantial-assistance bargaining*, em troca de benefícios, o acusado obriga-se a cooperar na investigação de outra pessoa.

Cabe ressaltar que essas são modalidades gerais de negociação, podendo, contudo, existir uma vasta gama de possibilidades de objetos a serem permutados. Nessa linha, essa multiplicidade de combinações varia de acordo com o poder criativo do ser humano. Assim, em troca da declaração de culpa, por exemplo, pode-se ser ofertado o cumprimento de determinada condenação em certo estabelecimento prisional, rejeitando, a critério do acusado, outra localidade, ou o membro do *Parquet* ofertar, em vez de prisão regular, um tratamento

⁸⁰ Ibidem, p. 25.

psicológico. Também há a possibilidade de alteração da data da audiência de instrução e julgamento, tendo em vista as partes já conhecerem o magistrado o qual será a autoridade naquela data, ou de o acusador poder apoiar o réu para que este consiga um benefício como livramento condicional, liberdade provisória ou transgressão de regime.

Ou seja, há inúmeras formas imaginárias passíveis de realização de acordo, tendo, todavia, o mesmo objetivo: uma condenação aparentemente mais branda para que haja a conclusão de um processo criminal antes de seu término regular, que passaria por julgamento e eventuais recursos.

3.2 Razões do surgimento

Inicialmente, cumpre esclarecer que a *plea bargaining* não é um instituto criado nos primórdios do processo penal norte-americano, mas pelo contrário, surgiu no século XIX e consolidou-se no decorrer do século XX⁸¹.

A verdade é que, anteriormente a esse período, os norte-americanos não divergiram da experiência inglesa. Ou seja, devido ao fato de possuírem raízes nesse direito, eram também ferrenhos opositores à negociação de culpa. Assim, a título de ilustração, caso observasse eventualmente, em algum caso concreto na jurisprudência dos Estados Unidos antes do século XIX, a conclusão de um processo criminal por meio da negociação de culpa, seria esse considerado uma exceção.

Nessa lógica, mister se faz apresentar, sem maiores esforços, alguns motivos que justificam a desconfiança no instituto da *guilty plea* durante esse período:⁸²

A enorme fragilidade do acusado em relação às suas garantias de defesa fazia com que os tribunais não dessem valor à confissão, amenizando, assim, a ignorância e a imprudência desse Réu. Tal fato é justificado com a apresentação da realidade da justiça daquele país, pois o réu não possuía defensor, não apresentava suas testemunhas de defesa, bem como era o próprio acusador aquele que o interrogava diretamente.

Ademais, a confissão, ou seja, a declaração de culpa realizada pelo próprio acusado, não era considerada uma manifestação de livre vontade porque tinha como vícios o medo e o interesse em uma sanção mais branda.

⁸¹ FISHER, George. *Plea bargaining's Triumph: a history of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 6.

⁸² MUSSO, apud ALBERGARIA, op.cit., p.28.

Cumpra mencionar que as penas impostas aos ilícitos penais da época eram bastante severas. A gravidade desta afirmação é demonstrada com o grande número de penas de morte ou mutilações, impostas para mais de duzentas espécies de crime, comprovando, assim, a enorme discrepância entre a sanção e a gravidade da ofensa.

Portanto, importante contextualizar que os magistrados dessa época não vislumbravam com bons olhos a declaração de culpa por parte do acusado, uma vez que um mero ato, normalmente realizado por um ignorante, poderia ocasionar a sua própria morte.

3.2.1 O nascimento e evolução

Como em outros institutos, não é tarefa fácil precisar exatamente o marco primordial da formação da *plea bargaining* norte-americana. Todavia, com o intuito de tentar entender o fortalecimento desse instituto tão atacado no passado, merece agora atenção para os fatores que serviram de pano de fundo.

Nesse contexto, em primeiro lugar, é necessário reportar-se ao conturbado século XIX. Historicamente, o grande marco de toda trajetória dos Estados Unidos como potência é a sua guerra civil⁸³.

Na guerra de Secessão, havia uma rivalidade econômica e política entre as colônias escravistas de aristocracia rural do sul e as colônias manufatureiras de comércio dinâmico dos estados do norte.

Após violenta movimentação bélica, os estados nortistas saíram vitoriosos, consolidando, assim, sua supremacia política e econômica com reflexos profundos no modo de vida de seus cidadãos.

Sendo assim, conforme o seu modo de produção baseado em pequenas propriedades movimentadas por mão-de-obra livre, e não grandes latifúndios escravistas, foi possível uma intensa capitalização por parte de um maior número de pessoas, culminando, conseqüentemente, em um acelerado processo de industrialização que, agora, intensificava em todo país.

Com essa forte industrialização que colocava o país na posição de segunda potência mundial, houve um aumento brutal no número de sua população (de 4 milhões no ano de 1800 para 81 milhões no ano de 1820), graças ao elevado fluxo imigratório que chegava aos portos americanos.

⁸³ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História para o ensino médio: história geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2001, p. 362.

Importante consequência disso foi o aumento exponencial da população urbana, que em 1830 era de meio milhão, passando a ser de 30 milhões em 1900.

Visto essas modificações, uma simples vitória no campo de batalha influenciou até mesmo as relações jurídicas, pois, com uma maior concentração urbana, houve uma alteração na lógica dos conflitos. Nesse sentido, ao invés de buscar resolver informalmente os conflitos, por meio de ajuda religiosa, ou até mesmo com a utilização da justiça privada, típicas de uma sociedade rural, aumentaram a busca por soluções formais proveniente da função estatal. O Estado passa a exercer, agora, funções que deveriam ser dele, porém estavam sendo realizadas por padres ou justiceiros vingativos.

Evidente, portanto, que, além dos conflitos ficarem mais complexos por causa da mudança nas relações interpessoais do campo para a cidade, nasce, nesta época, uma enorme pressão processual motivada por um “boom” no número de processos na pendência de serem julgados.

Além desse enorme aumento de pessoas buscando a solução de seus conflitos perante o poder estatal, outra causa para haver um aumento no número de processos pendentes seria a complexificação do processo penal norte-americano⁸⁴.

Antes do século XIX, não havia essa pressão, pois, mesmo com a lentidão dos julgamentos realizados pelo tribunal do júri, a estrutura do judiciário da época dava conta da demanda existente.

Nesse contexto, com o *jury Trial*, os julgamentos caracterizavam-se pela falta de garantias processuais, na qual não havia presença de advogados representando a defesa. Com isso, era possível verificar que todos os esforços para configurar a inocência e, conseqüentemente, obter absolvição, estavam nas mãos do próprio acusado.

Com o passar dos anos, principalmente com a entrada em vigor das Emendas Constitucionais IV, V, VI e VIII, de 15 de dezembro de 1791, essa estrutura começou a mudar, tendo em vista a implementação de algumas garantias processuais, como, por exemplo, a participação de advogados representando tanto a defesa, quanto a acusação, e a utilização de peritos na fase instrutória.

Justamente com essa importante participação dos advogados, houve uma maior profissionalização do processo penal naquele país. Com isso, a crescente efetivação e utilização das garantias processuais propiciou, como dito, cada vez mais, a complexificação do processo penal estadunidense.

⁸⁴ FEELEY, apud ALBERGARIA. op.cit., p. 29.

Sendo assim, com um maior número de processos e uma maior lentidão nos seus julgamentos, devido ao uso de instrumentos garantidores, os julgamentos do tribunal do júri começaram a não dar vazão a essa nova realidade.

Em decorrência disso, verificou-se, por evidente, necessária busca por novas formas de resoluções de conflitos, a fim de desafogar a máquina do judiciário.

Visto isso, apesar desses fatores externos contribuírem para o fortalecimento do instituto, há uma outra razão de enorme relevância para demonstrar o motivo pelo qual a preferência da substituição dos julgamentos pelo júri se deu pela negociação da declaração da culpa, e não pelo julgamento por um juiz singular.

Nesse sentido, importante é mostrar que as motivações e a satisfação dos interesses dos principais atores envolvidos fortaleceram a concretização deste instituto no processo penal norte-americano⁸⁵.

3.2.2 Dos interessados

Em primeiro lugar, temos o Ministério Público como a figura principal desse instituto. Sendo assim, além do aumento no número de processos pendentes, as características institucionais da sua carreira naquele país explicam esse fenômeno.

Fator de grande relevo é a forma de provimento para o cargo dos membros do Ministério Público. Nesse país, desde 1820, devido à preocupação do então presidente Andrew Jackson em democratizar as instituições, a ocupação dos cargos de *State Attorney General* (figura central do MP nos estados federados), *Municipal Attorney*, *Country Attorney* e do *District Attorney*, na maioria dos estados, com exceção de New Jersey, Connecticut, Rhode Island e Delaware (nesses por meio da via eletiva), dava-se por mandato de duração de quatro anos⁸⁶.

Importante salientar, mesmo nesses estados, que se caracterizam por serem exceções, o provimento ocorre por nomeação pelos Governadores dos estados, ou seja, não deixa de ser, também, por via política. Portanto, essa noção do procurador como *Lawyer of the people*, nada mais é do que a relação do Ministério Público com as esferas políticas. Tal relação fica evidenciada com a realidade de que a atual função tornou-se um trampolim para outros cargos políticos de maior expressão. Como exemplo disso, nos anos 70, um número de 30% dos

⁸⁵ ALBERGARIA, op.cit., p. 33.

⁸⁶ DAMASKA, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 22.

District Attorney já tinham participado de um partido político, ou pelo menos 80% desses procuradores já participaram de uma campanha eleitoral⁸⁷.

Nesse contexto de proximidade com a política, outro ponto de evidência seria a *local function* como uma característica da função do acusador. Devido à lógica de não centralização de poder, típica da cultura norte-americana, o procurador age representando a cultura local, ao interpretar os seus costumes e anseios, configurando-se, assim, numa expressão da sociedade a qual o elege⁸⁸.

Para configurar essa grande conexão entre o povo e o procurador, ou seja, uma ligação direta, o provimento eletivo provoca uma perda de subordinação do membro do Ministério Público com a autoridade administrativa ou judicial, respondendo, portanto, somente ao seu eleitor.

Em decorrência de a base eleitoral ser a grande configuradora da atuação do órgão acusador, é possível sinalizar o populismo como o grande elemento caracterizador. Conseqüentemente, a melhor forma de um procurador X alcançar fama dentro de sua comunidade é obtendo sempre um elevado número de condenações. Nessa linha, um procurador que possui uma taxa de condenação maior do que o seu colega seria, assim, mais sucedido profissionalmente do que este.

Caracterizada, portanto, a atuação do acusador norte-americano pela vaidade, competição e ambição, fica justificada a obsessão do membro do Ministério Público pela taxa de condenações.

A ironia é que justamente com essa enorme relação entre acusador e povo, ao invés de a responsabilidade política ser um controle da persecução penal, representando uma garantia de proteção para toda a sociedade, a pressão política acaba por configurar, porém, um grande risco para o cidadão inocente.

Ao analisar esse pano de fundo, passa-se à análise de como o Ministério Público obteve poder para negociar a declaração de culpa do acusado.⁸⁹

De forma didática, é possível distinguir em dois momentos a evolução deste instituto.

Em um primeiro período, compreendido do início até a última parte do século XIX, a possibilidade de uma negociação entre acusado e acusador estava limitada a poucos casos específicos, nos quais a pena cominada era fixa, como por exemplo, na venda de bebidas

⁸⁷ FANCHIOTTI, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 34.

⁸⁸ POUND, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 34.

⁸⁹ FISHER, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 37.

alcoólicas proibidas e no homicídio (multa e a pena capital). Somente nesses crimes, então, o Ministério Público detinha inicialmente o poder de negociação.

A única forma de negociação possível, obviamente pela característica da pena fixa, seria a *charge bargaining*.

Com o passar dos anos, essa prática foi se adaptando, propiciando, assim, o surgimento de institutos que aumentaram os poderes exclusivos do acusador. Nessa linha, por exemplo, naqueles casos de venda proibida de bebidas alcoólicas limitadas à *charge bargaining*, surge o instituto do *on-file plea bargaining*. Com ele, o Ministério Público e o acusado negociam que, em troca da declaração de culpa por parte do último, o primeiro comprometia-se a não realizar a audiência que deveria determinar a sanção. Com este ato, o processo ficava parado⁹⁰.

Nessa lógica de evolução, já no final do século XIX, com adesão do magistrado à negociação de culpa, inicia-se um segundo período, cuja característica se dá com a utilização, dessa vez, da modalidade de *sentence bargaining*.

Passa-se para a análise da participação do juiz nesse processo de fortalecimento do instituto em tela, a fim de relacionar, também, com a evolução do poder de negociar do Ministério Público.

Durante grande parte do século XIX, diferente do MP, o magistrado norte-americano seguiu a tradição anglo-saxônica de não aceitação da negociação da culpa⁹¹.

Essa recusa para não aplicar esse instituto justificou-se, nesse primeiro momento, no fato de que o volume processual pendente para ser julgado nos gabinetes era menor do que o número de pendências distribuídas ao *Parquet*.

Ademais, diferentemente do procurador, que realizava atividade privada concorrentemente para melhorar o seu rendimento mensal, o magistrado concentrava os seus esforços apenas na sua função pública, pois já possuía um salário mais elevado. Com isso, independente da aferição da qualidade de seu trabalho, ou seja, não precisando ser popular, por meio de índices elevados de condenações, o magistrado não abria mão de analisar o caso e determinar uma pena precisa às características do crime praticado.

Assim, até o último quarto do século XIX, enquanto o procurador já estava muito motivado com a possibilidade de negociação da culpa, faltando à este, todavia, poder para determinar sanções, salvo nos casos supracitados de pena fixa, o juiz possuía este poder de estabelecer a pena (*sentencing discretion*), porém não havia a tal motivação.

⁹⁰ FISHER, op.cit., p. 62.

⁹¹ Ibidem, p. 51.

Contudo, antes mesmo de terminar o século XIX, os magistrados começaram a mudar essa ideia, propiciando, assim, a junção da negociação da imputação com a negociação da pena. Ou seja, por alguns motivos, a *plea bargaining* concretizou-se cada vez mais, pois, além da incidência nos crimes de pena fixa, agora, é possível a negociação da culpa em todos os tipos de incriminações.

O motivo dessa alteração de posicionamento por parte do magistrado se deu em virtude do aumento exponencial dos processos a serem julgados, sobretudo dos processos de disputas em matéria civil. Devido à nova realidade de mecanização da produção e aumento do tráfego de transportes, ocorreu um crescimento no número de pessoas buscando a configuração da responsabilidade civil de outras pessoas, graças ao elevado número de acidentes.

A relação entre a *plea bargaining* e esses processos de responsabilização civil é demonstrada pelo fato de que, para o juiz, seria mais fácil obter sucesso na jurisdição penal do que em matéria civil. Tal afirmação é importante, pois, no processo penal, o magistrado possuía todo o poder de negociação, com elevado nível de coerção, devido à característica discricionária de determinar a sanção ao acusado. Já no tocante à prática civilista, o juiz não detinha grande força coercitiva, visto que a função de estabelecer a responsabilidade com determinada indenização era realizada pelo júri, provocando, assim, a necessidade de mais esforço para convencer as partes envolvidas.

Portanto, com o propósito de liberar mais tempo e, conseqüentemente, mais esforços para resolver os casos de responsabilidade civil, o magistrado começa a se valer, na jurisdição penal, do instituto da negociação da culpa, mais precisamente na modalidade da pena, para diminuir o grande volume de pendências processuais nos seus gabinetes.

Logo, foi graças ao enorme número de processos, sobretudo dos processos civis influenciados pela nova realidade dessa sociedade, que o juiz deu preferência à resolução de litigâncias civis, buscando, assim, outras formas para resolver os casos penais.

Com esse trabalho de opção por parte do magistrado, ocorreu, na prática, um fortalecimento do procurador, devido ao fato deste acumular mais poder no processo de negociação. Ou seja, muitas vezes, o magistrado não negociava diretamente, mas deixava a cargo todo o processo de fixação da pena nas mãos do próprio Ministério Público.

Além dessa razão, há outros motivos que fizeram o magistrado mudar a sua opinião, no sentido de não ser mais preciso conhecer os fatos para determinar a futura pena.

Nessa lógica, com a realização do acordo, eliminava a possibilidade de aparecer um erro em seu julgamento, caso houvesse um recurso interposto pela defesa.

Outra vantagem seria a eliminação de todo o peso da condenação nos ombros dos magistrados. Assim, o juiz abria mão da exclusividade do poder de fixar as penas para compartilhar com a acusação.

Importante observar, nessa vantagem, que os magistrados também compartilhavam esse poder devido ao peso de aplicar penas capitais. Preferiram, assim, diferentemente dos juízes ingleses que desconfiavam da confissão, não exercer suas funções típicas, buscando, no lugar disso, outras formas para resolver o impasse penal.

Visto isso, fica configurado o grande poder que o Ministério Público detém dentro da sociedade norte-americana, influenciando até na tarefa típica do juiz, ou seja, na determinação da pena.

Em relação à função de defesa na prática processual desse país, pode-se, agora, determinar alguns fatores que contribuíram, de certa forma, para o fortalecimento da *plea bargaining*.⁹²

Nesse íterim, em primeiro, é importante notar o binômio energia/lucro. Ou seja, em um país bastante competitivo, o sucesso da profissão de advogado tem relação direta com a otimização do seu tempo. Assim, uma solução através de uma negociação representaria a percepção de honorários, sem o tempo gasto que um julgamento regular precisaria.

Além dessa canalização de tempo para outros processos ou clientes mais rentáveis, a forma de fixação dos próprios honorários é também é fator de interferência. Isso porque, como a cobrança desses honorários era ordinariamente no início do processo e de uma só vez, não se torna interessante a continuação do julgamento.

Outro aspecto, agora de ordem não econômica, era o fato de o encaminhamento de seu cliente para o regular julgamento ser uma tarefa, que se exigia muita cautela. Assim, em um sistema de brutal disparidade entre as penas aplicadas, um erro de cálculo do defensor poderia representar até mesmo a condenação de seu cliente em pena capital.

Portanto, em caso de dúvida, o defensor não assumia o risco da condenação agravada.

Um outro fator também seria o aspecto da reputação desse advogado. Um profissional que não lograsse êxito em relação a um processo, após ter aconselhado o seu cliente a prosseguir na causa, não seria visto com bons olhos perante a sua futura clientela.

⁹² ALSHULER, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 40.

Em relação ao próprio sistema da justiça penal, não é absurdo pensar nas pressões exercidas pelos outros sujeitos processuais. Logo, como o defensor é um dos atores desse sistema, os outros sujeitos processuais, detentores de grande poder persuasivo e interesses próprios, poderiam pressionar esse advogado para que não quebrasse o costume informal de que a *guilty plea* é a regra e o julgamento, a exceção.

Já no tocante aos Defensores Públicos, esses já recebiam os seus salários fixados pelo o Estado. Com isso, não era atrativo o prosseguimento de uma ação penal em face da sua grande carga laborativa.

Por fim, resta demonstrar alguns fatores relacionados à motivação do próprio acusado, a fim de contextualizar as razões do triunfo da *plea bargaining* norte-americana⁹³.

Em primeiro, um fator de enorme relevo era a previsibilidade da pena aplicável a um crime praticado. Nessa linha, o acusado tende a aceitar uma negociação objetivada na sua própria confissão, pois o resultado oriundo de um julgamento pelo júri é bastante variável, provocando nesse Réu, conseqüentemente, uma enorme dúvida.

Outro fator que não pode deixar de ser mencionado é a sensibilidade que o Réu tinha em relação às custas de um regular julgamento.

A celeridade do desfecho também era algo que motivava, principalmente se o acusado estivesse preso cautelarmente.

A negociação da declaração de culpa, ao pôr termo ao processo sem julgamento de mérito, também permitia que o acusado se afastasse do estigma típico da exposição pública, fruto da divulgação do suposto julgamento, não ficando, portanto, marcado pela prática de um crime bastante grave. Ou seja, com a possível desclassificação em troca de uma confissão, o acusado retirava o peso de ter cometido um crime repugnante perante a opinião de sua comunidade.

Um aspecto de grande relevo era o fato de o legislador norte-americano ter fixado penas severas demais. Nesse ponto, é possível identificar a grande discrepância em relação à pena fixada na lei e a pena ofertada pelo membro do Ministério Público. Sendo assim, o acusador tinha a grande oportunidade de corrigir a severidade do Poder Legislativo, pois, com o instituto da *plea bargaining*, principalmente na modalidade da *charge bargaining*, era possível a alteração da imputação com a mudança das determinantes do crime.

3.2.3 Da *crime wave* dos anos 60

⁹³ WALKER, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 42.

Antes de prosseguir, importante afirmar que, nos anos 20 do século XX, esse instituto já possuía grande força no cenário da justiça norte-americana, vide o percentual em torno de 90% das condenações se deram por negociação de culpa.⁹⁴

Importante observar também que, nos primórdios desse século, havia uma diferença de perspectiva em torno da *guilty plea*. Nesse aspecto, ainda existia uma desconfiança por parte dos tribunais de *Appellate Jurisdiction*. Porém, em relação às instâncias de primeiro grau, a negociação era bastante aceita pelo simplório motivo de poupar⁹⁵ tempo e dinheiro, eis que a multiplicação dos processos atingiam necessariamente esses juízes primeiro.

Visto essas observações, deve-se ater atenção aos importantes anos 60. Nos anos 60 desse importante século XX, é possível verificar que o instituto em comento teve sua eficácia e funcionalidade realmente reconhecidas e prestigiadas, devido a uma enorme mudança na realidade social vivenciada no cotidiano desta sociedade norte-americana.

A chamada *crime wave* configurou-se, na época, pela visão de uma verdadeira incapacidade da justiça penal, diante do aumento brutal da taxa de criminalidade, em dar resposta aos ilícitos praticados, utilizando os instrumentos tradicionais, como o julgamento pelo tribunal do júri,

Tal realidade justifica-se, em primeiro lugar, pela explosão demográfica, sobretudo com um maior número de jovens. A distribuição desses novos habitantes não foi de forma proporcional, sendo os grandes centros urbanos os mais atingidos.

Acrescentando-se a esse dado, houve, na época, uma grande proliferação do consumo de drogas por parte, na maioria das vezes, desses jovens. Houve, como motivo, enorme influência, tanto no campo da política, como a doutrina questionadora de Timothy Leary, quanto, principalmente, no campo da cultura. Nesse campo, com o intuito de romper com o modo de vida tradicionalista da cultura burguesa, teve papel fundamental as bandas musicais inovadoras, como por exemplo, Pink Floyd, que realizavam apologia por meio do seu modo de comportar-se, e das suas músicas.

Por óbvio, as grandes aglomerações e o “boom” do consumo de drogas propiciaram um aumento brutal da criminalidade urbana.

Ao lado dessa realidade, faz-se necessário, agora, a análise do Poder Judiciário nesse país, a fim de entender a concretização do instituto no seu processo penal.

⁹⁴ MUSSO, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 44.

⁹⁵ NEUBAUER, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 46.

De início, é importante salientar que, apesar de a prática da negociação da culpa já estar há mais de um século no imaginário dos atores processuais, sendo até utilizada pelos tribunais, não poderia, todavia, ser justificada e legitimada a sua utilização, pois não havia relatos, até o momento, do reconhecimento de sua constitucionalidade na jurisprudência do principal órgão na estrutura jurídica norte-americana, a Suprema Corte.

Tal afirmação comprova-se pela postura desse órgão até os primórdios dos anos 70 desse século.

Durante muito tempo, principalmente sob a presidência do ex-governador da Califórnia, Earl Warren (1953 a 1969), contrariando as pressões motivadas pela nova realidade institucional, a Corte manteve uma enorme preocupação com a negociação de culpa, pois era vista como uma possível afronta às garantias processuais do acusado. Nessa linha, havia um problema com a aceitação da constitucionalidade da *plea bargaining* porque representava um grande risco para os direitos indisponíveis do acusado garantidos justamente na Constituição, como por exemplo, a proibição de *ne se ipsum procedere*, contida na Emenda Constitucional n. V.

Em referência a essa época, conhecida como *Due Process Revolution Era*, houve uma expressiva produção em matéria de garantias processuais de defesa, como as Emendas à Constituição Federal n. IV, V e VI. Importante também foi a XIV^a Emenda Constitucional que representou o intervencionismo federal nos assuntos estatais, incorporando grande parte dessas garantias às Constituições estaduais, através da *due process clause*.

Visto essa época, resta esclarecer que, justamente com esse fortalecimento na defesa do acusado com maiores esses instrumentos, houve o aumento da pressão por mudança, favorecendo, conseqüentemente, o próprio reconhecimento da declaração de culpa posteriormente, vide o já exposto sobre a complexificação.

Ao encerrar essa importante fase, conhecida por Revolução Garantista, a Suprema Corte, sob a presidência de Warren Burger, agora, logo passa a reconhecer a compatibilidade da *plea bargaining* com a Constituição⁹⁶.

Motivados por pressões provocadas pelo panorama social e institucional já apresentados, esse Supremo Tribunal mudou o seu entendimento ao enaltecer a eficácia da declaração de culpa por parte do acusado, afirmando, assim, a essencialidade do instituto para a boa administração da justiça.

⁹⁶ ALBERGARIA, op. cit., p. 46.

Assim, o novo posicionamento ideológico da Suprema Corte, calcado em práticas menos protetoras em relação ao acusado, objetivou-se equilibrar, com o máximo de esforço, a justiça daquele país frente às suas dificuldades do pós-guerra.

O referido órgão sai da fase garantista, passando a ser gerencialista.

Por fim, após o seu reconhecimento pela *Supreme Court*, a concretização da vitória dos interessados no instituto da *plea bargaining* ocorreu com a sua incorporação nas normas estaduais, através das elaborações dos tribunais estaduais correspondentes ao *power of inherent jurisdiction* dos tribunais estaduais, e federal, ou seja, neste caso, as *Federal Rules of Criminal Procedure*.

3.3 Processo penal norte-americano

3.3.1 Natureza do processo penal americano e a *plea bargaining*

Os fatores históricos e explicativos da consolidação da *plea bargaining*, antes demonstrados, são relevantes, porém não podem ser vistos separadamente da análise da estrutura do modelo de processo penal desse país. Tal afirmação mostra-se pertinente, pois esse modelo de natureza adversarial favoreceu justamente a possibilidade de adaptação da declaração de culpa no cotidiano desta justiça.

Nesse raciocínio, faz-se necessário a delimitação desse modelo⁹⁷.

Preliminarmente, a literatura norte-americana⁹⁸ utiliza a expressão *adversarial* para diferenciar do modelo *nonadversarial*, não usando, porém, a famosa dicotomia entre modelo acusatório e modelo inquisitório. Em tese, o modelo adversarial em nada se diferenciaria, em sua natureza, do modelo acusatório, bastante recorrido no mundo inteiro. Todavia, a possível justificativa dessa terminologia não ter sido empregada seria a sua grande carga de juízo de valor, pois com ela, remete às ideias da escola garantista⁹⁹.

Dentro dessas considerações iniciais, existe uma dificuldade de encontrar contornos exatos para essas terminologias devido à existência de uma grande variedade de sentidos empregados para essas palavras. De acordo com esses sentidos, a dicotomia entre acusatório e inquisitório pode ser vista como categorias históricas, sistemas que possuem uma função

⁹⁷ ALBERGARIA, op.cit., p. 49.

⁹⁸ COMBS, apud ALBERGARIA, op. cit., p. 49.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001, p. 563.

dentro do processo penal, interesses escolhidos, princípios normativos ou modelos normativos¹⁰⁰.

Assim, por não ser pertinente uma análise mais profunda desses diferentes sentidos, cumpre afirmar a sua importância para a delimitação de um modelo, pois mostra-se evidente a existência de várias formas de diferenciar, havendo, portanto, mais de uma interpretação acerca desses modelos.

Visto isso, pode-se dizer que não existe um sistema acusatório puro, sendo a distinção entre vários processos penais apenas no grau de acusatoriedade. Cada ordenamento jurídico possui seus elementos que, de forma genérica, através da comparação, pode ser definido como mais próximo de um sistema acusatório ou inquisitório.

Portanto, após estas considerações, passa-se ao estudo das características próprias do modelo de processo penal estadunidense.

Além das características básicas do modelo acusatório, separação entre a acusação e julgamento; igualdade de armas entre defesa e acusação; e publicidade do julgamento, o modelo desse país aproxima-se bastante ao seu modelo de processo civil, pois as partes podem dispor de seus direitos de forma ilimitada. Nesse modelo, o magistrado tem função passiva de apenas garantir o regular desenvolvimento do processo, mantendo, também, o equilíbrio entre as partes. Já essas partes envolvidas, devem movimentar o processo com a sua devida iniciativa, investigação dos fatos e a tão importante busca de provas a fim de formar o conjunto probatório destinado à persuasão do tribunal do júri¹⁰¹.

Sendo assim, conforme essa característica de disputa ou de duelo motivado pela sucumbência da outra parte, é possível, também, que uma delas deseje encerrar o processo sem o seu regular término. Graças, portanto, a referida característica norte-americana de ilimitada disponibilidade, o Ministério Público tem o poder de renunciar à propositura da ação penal ou de desistir da ação em curso. Já o acusado, poderia declarar-se culpado em qualquer fase processual, eliminando o trabalho do acusador em provar a alegação, eliminando qualquer dúvida que existia.

Na lógica de quem pode mais pode menos, nesse modelo de processo penal, as partes teriam também a liberdade e o poder para negociarem o objeto processual, utilizando-se da composição do litígio para satisfazerem os seus interesses.

Conforme o exposto, a melhor forma de visualizar esse processo penal seria como um verdadeiro instrumento de resolução de conflitos. Tal afirmação justifica-se pelo fato de não

¹⁰⁰ LANGER, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 50.

¹⁰¹ DAMASKA, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 51.

ser importante a forma de como este processo se resolve, podendo ser tanto pelo julgamento por meio da clássica disputa, quanto pelo consenso obtido pela negociação do objeto da lide.

Portanto, o poder punitivo Estatal não se preocupa realmente alcançar a verdade material, mas somente na satisfação da resposta penal. Diante dessa liberdade dada às partes, a principal função do poder público seria, assim, garantir as condições para que os envolvidos estabeleçam livremente seus interesses individuais.

Sendo assim, o instituto da declaração de culpa não apenas satisfaz uma necessidade funcional ou institucional de desafogar o judiciário, mas também, demonstra e reforça a principal característica de toda a sua estrutura de ideologia e de poder. Isso porque as concepções de um Estado, de indivíduo e as suas relações dentro dos Estados Unidos estão fortemente ligadas ao princípio liberal, típicas, portanto, da cultura anglo-saxônica¹⁰².

3.3.2 A discricionariedade do Ministério Público

A característica marcante do processo penal norte-americano é o poder de disponibilidade das partes em relação ao objeto do processo.

Nessa linha de pensamento, essa disponibilidade reconhecida do Ministério Público americano se traduz na sua discricionariedade no exercício da ação penal. Assim, possuindo a exclusividade em relação à ação pública penal, esse acusador não só concretiza sua discricionariedade com a opção de não iniciar o processo penal conforme o seu gosto, mas também, tem o poder de desistir da ação já proposta, por meio do *writ of nolle prosequi*. Além dessas manifestações, conforme o presente estudo, faz parte também do seu poder de discricionariedade a possibilidade de negociação do objeto do processo, com o eventual poder de redução da gravidade do delito.

Após essa síntese da discricionariedade, faz-se mister diferenciar a forma de atuação do acusador americano em relação ao inglês, a fim de evidenciar mais uma razão para a grande força da negociação de culpa no processo penal dos Estados Unidos¹⁰³.

Então, desde o século XVI, o *Attorney General* inglês já poderia colocar fim nos processos iniciados privativamente, segundo a sua discricionariedade.

¹⁰² COMBS, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 52.

¹⁰³ POUND, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 55.

Assim, é possível dizer que esse poder discricionário foi herdado da tradição da *Common Law*.

Todavia, apesar desse poder do Ministério Público inglês de encerrar unilateralmente o processo ser, de certa forma, parecido com o do acusador norte-americano, não se pode igualá-los, pois na Inglaterra esse poder é exercido em processos que se iniciaram exclusivamente por iniciativa de um particular. Já nos Estados Unidos, o Ministério Público possui o poder de pôr fim a toda jurisdição penal independente da forma de iniciativa, ou seja, inclui a possibilidade desse poder ser exercido nos casos de ação penal pública.

Portanto, como característica preponderante norte-americana, a amplitude da possibilidade da negociação é bem maior, sendo, devido à ineficiência de sua justiça, estendida a todos os casos.

Logo, diferentemente do ideário inglês em relação a um controle controlar um poder, cujo uso desse poder discricionário seria para controlar injustiças e abusos no caso de uma acusação por particular, nos Estados Unidos, inversamente, há uma necessidade de controlar um poder.

A fim de encontrar, agora, contornos exatos para esse poder discricionário exercido pelo procurador nos Estados Unidos, passa-se a tecer considerações sobre suas possíveis limitações.¹⁰⁴

Em primeiro lugar, cabe dizer que o controle acerca da inação do Ministério Público, antes de formalizada a denúncia, é praticamente inexistente.

Descartando a pressão externa decorrente da opinião pública, os processos contra um procurador por esse se abster são praticamente ineficazes, tanto em nível federal, quanto nível em estadual, graças à dificuldade de preencher a exigência da prova de *total nonenforcement*.

No tocante à possibilidade de a vítima, ou seja, o principal interessado, tentar compelir o acusador a realizar a formalização de sua acusação, ela é muito rara. Isso seria até possível mediante uma solicitação a um tribunal que ordenasse diretamente ao procurador que ele exercesse sua função típica, por meio do *writ of mandamus*.

A cultura processual norte-americana marginaliza, praticamente, um cidadão em relação a sua busca de uma resposta penal de outro cidadão com o uso de pressão sobre o procurador, pois este, devido ao seu grande poder discricionário, pode negar-se, simplesmente, com uma negativa genérica. Não precisa, assim, de grande esforço intelectual para explicar a sua falta de ação.

¹⁰⁴ GOLDSTEIN, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 56.

Somente a título de curiosidade, uma rara hipótese seria de um particular ofertar um tipo de denúncia, *complain*, diretamente ao juiz, para que a remeta a um procurador, a fim de que este realize sua livre avaliação. Esta modalidade não é permitida em todos os ordenamentos e está limitada a delitos leves. Outra hipótese seria um particular, mediante solicitação, perante a inércia do acusador, nos casos de crimes contra a administração da justiça consumados fora da sala de audiência, *indirect criminal contempt of the court*, requisitar a um magistrado a nomeação de um acusador privado, desde que este nomeado seja alheio à vontade das partes.

Já em relação ao poder do Ministério Público em desistir unilateralmente do progresso da ação em curso, através do *nolle prosequi*, também é, praticamente, incontrolável.

Nessa linha, além de ser uma prática antiga de não questionamento por conta dos tribunais, o fortalecimento da *plea bargaining* e a sua adesão pela opinião pública frente à enorme crise estrutural supracitada, concretizam, definitivamente, a ideia de que este poder de desistência é um instrumento essencial à boa administração da justiça.

A fim de não fugir da realidade teórica, existem algumas leis que tentam limitar o exercício desse poder. Ou seja, há leis que limitam essa desistência condicionando-a a um aval judicial, todavia, como evidente, ocorre uma enorme dificuldade prática em efetivar o controle, pois, além da grande pressão devido às pendências processuais, o argumento de violação ao princípio da separação de poderes vem sempre à tona¹⁰⁵.

Visto isso, mostra-se claro o porquê da enorme adaptação do instituto da negociação da declaração de culpa no dia-a-dia desta justiça criminal, pois somente usando esse poder, a acusação poderia barganhar com a defesa.

Por fim, passa-se à análise das possíveis limitações em relação ao poder do Ministério Público em formalizar a acusação, ou seja, os casos em que não seria aceita denúncia, diferente, portanto, do poder de desistir da ação.

Como evidente, apesar de existirem algumas limitações ao exercício da ação penal, a concretização dessas é bastante difícil, atestando, assim, mais uma vez, o enorme poder Ministério Público dentro desta sociedade.

Nessa linha, devido ao trabalho jurisprudencial desse país em determinada época, essas limitações nasceram como uma forma de tentativa de assegurar alguns direitos contidos na respectiva Constituição Federal. Portanto, apesar de serem praticamente ineficazes frente à grande dificuldade, mostra-se pertinente citar dois julgamentos, a fim de demonstrar a

¹⁰⁵ Ibidem, p. 58.

tentativa de contenção desse poder, por parte dos magistrados, e a eventual relação dessas limitações com o instituto da declaração de culpa.

O primeiro caso seria o famoso julgamento realizado pela Corte Suprema, em 1886, conhecido como *Yick Wo v. Hopkins*. Nesse julgamento, nasceu a proibição da *selective prosecution* que objetivava a limitação do poder de acusar sob a forma discriminatória, ou seja, pautado em critérios arbitrários, tais como raça, etnia, religião e sexo. Dessa forma, desejou efetivar o preceito do princípio da igualdade (*equal protection clause*) contido na XIV^a Emenda à Constituição.¹⁰⁶

Ilustrativamente, tratou-se da reclamação de um cidadão de etnia chinesa, que teve uma condenação por atividade comercial sem licença, sob a alegação de discriminação realizada pela a mesma autoridade administrativa que negou sua licença, e que já havia concedido a mesma licença para cidadãos de outra etnia, sob as mesmas condições do reclamante.

Apesar da importante resolução para esse caso, ficou estabelecido, todavia, a exigência da prova de alguns requisitos para demonstrar a eventual discriminação, dificultando, assim, o sucesso por parte da alegação.

O primeiro requisito é de ordem objetiva, *discrionary effect*. Nesse caso, é essencial que o reclamante prove não só que foi atingido por atos arbitrários, mas também, que existem outros cidadãos, os quais não foram atingidos, mesmo estando sob as mesmas condições que ele.

Já o critério subjetivo, *discrionary purpose*, seria o ônus de provar que a autoridade se utilizou de critérios escolhidos arbitrariamente, segundo uma opção consciente e deliberada.

Sendo assim, conforme dito anteriormente, há uma enorme dificuldade de ser eficaz esta limitação, pois, objetivamente, é muito complicado coletar dados sobre as circunstancias determinantes de outros cidadãos. Além do mais, preencher o critério subjetivo é, na prática, atingir condições quase impossíveis, já que se exige apuração de um fato que está no inconsciente do acusador, ou seja, dentro da mente deste.

Além disso, somadas a essas dificuldades, existe um outro fator que cria um grande obstáculo. Tal fator reside no fato do exercício da atividade de acusação por parte do Ministério Público gozar de uma presunção de acerto perante os tribunais, tornando, assim, seu afastamento uma prática irreal, mesmo em caso de existência de dúvida.

¹⁰⁶ ALBERGARIA, op.cit., p. 58.

O segundo caso paradigmático foi o julgado, em 1969, de *North Carolina v. Pearce*. Nesse julgamento, nasceu a proibição da *vindictive prosecution*, que objetivava limitar o poder de seleção do MP baseado em um critério vingativo. Dessa forma, ao desejar proteger o postulado do devido processo legal (*due process*) contido na mesma Emenda já citada, a Suprema Corte proibiu o uso do poder de acusar, usado no sentido de penalizar o acusado que não renunciam seus direitos constitucionalmente garantidos¹⁰⁷.

Ilustrativamente, também, tratou-se de um caso em que um acusado, condenado em primeira instância, utilizou o seu direito de apelar dessa decisão condenatória. O Ministério Público, assim, em sede de recurso, imputou uma conduta mais gravosa para esse Réu. O mesmo julgador condenou esse Réu a uma pena equivalente a nova imputação realizada pelo acusador. A Suprema Corte, todavia, entendeu que a condenação mais gravosa possuía uma característica retaliatória, pelo fato do acusado ter usado o seu direito de recurso, revogando, portanto, a antiga decisão.

Mais uma vez, ocorreu uma mitigação a essa limitação com a exigência de prova de que o Ministério Público agiu com intenção de revidar o exercício de um direito. Tornando, assim, muito difícil a comprovação da utilização desta medida retaliatória por parte do acusador.

Posteriormente, em 1978, o mesmo tribunal teve a possibilidade de se manifestar novamente sobre essa limitação. A grande importância para o presente estudo é que Suprema Corte criou uma ressalva a essa limitação, concluindo, assim, que não se aplica a proibição da *vindictive prosecution* aos casos de negociação de culpa.

A fim de contextualizar, apresenta-se o caso em questão, o *Bordenkirsher v. Haye*¹⁰⁸. Nesse caso, o Ministério Público oferecera uma pena de 5 anos de prisão pelo crime de colocar em circulação um documento falso, cuja moldura penal era dois a dez anos. Durante a negociação, o acusador advertiu que se o acusado rejeitasse a proposta, ele requisitaria a incidência da agravante de reincidência que, conseqüentemente, provocaria a fixação da pena de prisão perpétua. Houve, assim, rejeição, e o acusado obteve a condenação de prisão perpétua. Ao ser provocado, a Suprema Corte decidiu que era caso de afastamento da citada proibição, pois, diferentemente do caso *North Carolina v. Pearce*, na qual ocorrera uma penalização mais gravosa por causa de uma decisão unilateral do magistrado, o acusado era livre de aceitar ou não a proposta, sabendo, portanto, de todas as conseqüências, caso não aceitasse. Ou seja, a defesa tinha total consciência da possível fatalidade.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 60.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 61.

Assim, conforme a já estudada evolução do entendimento dessa Corte Suprema, pode-se relacionar, finalmente, esses casos com o instituto da *plea bargaining*, objeto do presente estudo, pois, como demonstrado, todas essas tentativas de pôr freios à imensa força do acusador na hora de negociar restaram insignificantes.

Logo, com esse posicionamento da maior cúpula do judiciário desse país, mostra-se evidente que todo o sistema judiciário está predisposto a “dar carta branca” ao acusador, para que este resolva todos os problemas já citado. Sendo assim, em suma, ao serem apresentadas essas duas limitações, ou seja, a primeira sendo, basicamente, impossível frente aos requisitos exigidos, e a segunda, além de existir um difícil requisito, é ressalvada, justamente, na hipótese da negociação, configura, portanto, a grande realidade desse país de que, cada vez mais, torna-se mais difícil controlar a discricionariedade e todo o poder do seu Ministério Público.

3.4 Da aplicação da *plea bargaining* na realidade norte-americana

3.4.1 Da negociação propriamente dita

Neste tópico, passar-se-á a estudar como a negociação entre o Ministério Público e a defesa é realizada no citado país. Ou seja, como o processo penal estadunidense regula a efetivação desse instituto em torno da disponibilidade das partes¹⁰⁹.

A referida negociação entre acusador e defesa, com o propósito de obter uma declaração de culpa (*guilty plea*) por parte do acusado, ou uma declaração deste que não irá discutir a questão de sua culpa (*plea of nolo condendere*), geralmente, acontece depois da formalização da acusação e, na prática, na audiência prévia ao julgamento (*arraignment*). Apesar de também ser possível uma negociação antes da formalização da acusação, o mais comum seria a negociação posterior a essa denúncia.

Nessa lógica, seguindo o procedimento de tentativa de negociação depois de formalizada a acusação, é pertinente a análise dos modos em que se dá essa formalização. Em um primeiro caso, existe a forma *indictment* que corresponde à formalização de uma imputação de crimes mais graves, chamados de *felonies*, cuja sanção é pena privativa de liberdade superior a um ano. Nesse caso, o Ministério Público remete o caso para apreciação do *grand jury* ou do magistrado que preside a *preliminary hearing*, a fim de que ocorra a

¹⁰⁹ Ibidem, p. 63.

verificação da *probable cause*. Havendo uma manifestação positiva desse júri (*true Bill*) ou do citado magistrado, está autorizado, assim, o avanço do processo para uma fase posterior. Já havendo a recusa pelo grand jury (*no Bill*) ou pelo magistrado (*dismissal*), ocorrerá um arquivamento e o não prosseguimento da acusação.

Um segundo caso seria a *information*, no qual o Ministério Público efetiva diretamente a acusação sem prévio aval do *grand jury* ou do comentado magistrado. Essa manifestação se dá nos crimes sancionados com pena privativa de liberdade inferior a um ano, ou com uma pena pecuniária, ou seja, as *misdemeanors*.

Em relação a essas *misdemeanors*, cabe mencionar que é comum que a negociação aconteça logo na audiência preliminar, pois é nela que se estabelece a caução. Nesse procedimento, já havendo a declaração, o juiz já está autorizado a proferir a sua sentença com a respectiva condenação.

Todavia, apesar de ser mais usual a negociação naquela audiência prévia, *arraignment*, é possível também a realização da negociação em qualquer fase do processo, pois, graças à natureza adversarial desse processo, não é lógico prosseguir com um processo em que uma das partes já se rendeu.

A fim de esclarecer essa grande liberdade, mister se faz demonstrar o caso a seguir, julgado pela Suprema Corte, o qual sinaliza a possibilidade de negociar, mesmo em fase executória da pena.

A Suprema Corte foi provocada em 2002, caso *McKune v. Lile*, pelo recluso Robert G. Lile, cuja situação era já estar cumprindo pena pela prática de alguns crimes sexuais. Em sua alegação, o condenado relata que foi ofertada a possibilidade do mesmo frequentar um programa de reabilitação, existindo, todavia, além da condição de que era necessária sua assinatura em uma declaração assumindo a responsabilidade dos crimes cometidos, também a exigência de um detalhamento de sua vida sexual regressa, independentemente dos fatos considerados em sua condenação, com o uso do polígrafo. Caso houvesse rejeição, prosseguiria o condenado dizendo que haveria, além de redução de alguns privilégios, como acesso a uma televisão e redução do número de visitas, sua transferência para uma prisão de segurança máxima. Ao ser provocado com o argumento de violação da V^a Emenda à Constituição (proibição da autoincriminação), o referido Tribunal, diferentemente, rejeitou este recurso, mantendo, portanto, as consequências da recusa do condenado¹¹⁰.

¹¹⁰ Ibidem, p. 64.

Prosseguindo, importante afirmar que não importa o momento em que a negociação acontece, mas o necessário é saber que a oportunidade de um acordo entre o acusador e o defensor respeita a regra da existência de um conjunto de forças e fraquezas recíprocas, os quais, por meio de uma avaliação conjunta, tornam possível o encontro de um denominador comum¹¹¹.

Nesse sentido, seria necessária uma ponderação, por ambas as partes, a respeito da ocorrência de vários fatores, deduzidos do fato concreto. Assim, de forma ilustrativa e exemplificativa, serão demonstrados fatores analisados pelo Ministério Público, a fim de esclarecer a relevância de seus argumentos a serem usados na negociação e, conseqüentemente, determinar a visão de um eventual desfecho para o processo por parte deste acusador.

Sendo assim, como fatores, ter-se-ia: a gravidade e a natureza do crime praticado; a probabilidade de obtenção de uma condenação em um eventual julgamento; os eventuais custos com o julgamento e um possível recurso; uma eventual relação com outro crime praticado e o seu possível atraso; a existência da hipótese de indenização em favor da vítima; a disponibilidade do acusado em cooperar em uma outra investigação; o comportamento das testemunhas; a eventual consequência da sanção aplicada ao réu; e a vida regressa do acusado.

Visto a importância da reflexão desses fatores por parte do Ministério Público perante um caso concreto, inegável, agora, expor a preocupação central do acusador.

Logo, apesar da evidente importância de um trabalho de ponderação destes fatores, não podemos fugir da realidade prática do dia-a-dia da função de acusar.

Assim, a verdade é que a principal preocupação do representante do Ministério Público, que influencia diretamente a negociação da declaração de culpa, é o seu conhecimento acerca do lastro probatório do caso em questão. Tal afirmação é tão clara que todo o desejo de uma negociação recai sobre este lastro. Logo, a necessidade de uma negociação ou as eventuais concessões realizadas pelo acusador, caso este deseje fazer um acordo, ao acusado em troca de uma declaração de culpa, dependerá do seu conhecimento acerca das provas.

Por isso, pode-se dizer que a relação é inversamente proporcional, ou seja, na medida em que o acusador tiver menos meios de provar o que deseja, ofertará mais privilégios (*weak evidence cases*). Porém, possuindo um conjunto probatório forte, não deverá propor favores

¹¹¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 107.

significativos (*strong evidence cases*), ou até dispensar a declaração de culpa pelo fato de achar que não a mesma não seja necessária para a efetivação da condenação.

No intuito de ser fiel à realidade do cotidiano daquela justiça, necessário se faz sinalizar como a plena liberdade de negociação pode ser usada em casos de *weak evidence* ou em que a defesa reluta para aceitar a proposta. Nesses casos, é possível identificar até mesmo a utilização da prática de ameaças por parte do acusador, justamente porque o seu poder de persuasão está fraco.

Nessa lógica, existem algumas táticas utilizadas pelo acusador para reverter a situação de fraqueza da sua proposta. Em primeiro lugar, podemos citar a forma mais potencial de constranger um réu, que seria a imputação da pena capital, caso não aceitasse a oferta do Ministério Público. Uma das práticas mais usadas é a sobre-imputação, *overcharging*, na qual o acusador ameaça que irá sobrecarregar a denúncia, seja estipulando um maior número de infrações ou de circunstâncias que não se encontram nos indícios, *horizontal overcharging*, seja denunciando por uma infração mais grave, *vertical overcharging*. Ambos os casos configuram-se a modalidade da *charge bargaining*. Há também, em oposição a esta modalidade, a possibilidade da *sentence bargaining*, na qual o Ministério Público recomenda ao magistrado uma pena superior àquela correspondente ao fato realmente praticado, *overrecommendation*.

Outra forma de utilizar artifícios, a fim de obter a desejada declaração de culpa, seria criar obstáculos para que o Réu não saísse da prisão preventiva. Assim, aproveitando-se dessa situação, realiza acordos bastante desfavoráveis em troca daquela liberdade temporária.

Outra tática utilizada como ameaça é a *package bargaining*, ainda mais quando os corréus forem parentes ou possuírem laços afetivos. Nesse caso, a ameaça de um mal é tão forte em relação à pessoa querida que, muitas vezes, a outra pessoa declara-se culpada somente para proteger a outra, mesmo sendo inocente em relação à sua imputação.

Um outro mecanismo utilizado para coerção seria a fraude. Nessa modalidade, com o uso da tática do *bluffing*, o acusador dissimula as provas contidas na acusação com ênfase em provas que não possui, a fim de provocar a rendição da defesa. A relevância da utilização dessa técnica, por assim dizer, está mais associada aos inocentes. Isso porque esses não desejam correr graves riscos, devido ao fato de possuírem mais a perder do que aqueles que realmente cometeram o crime, pois conscientes de sua conduta, já estão resignados a eventual sanção.

3.4.2 As garantias processuais

Passa-se agora ao estudo das garantias relacionadas ao uso do instituto da negociação da declaração de culpa, com o objetivo de alcançar, então, a efetiva regularidade do processo penal norte-americano.

Em primeiro lugar, cabe mencionar a importância da concretização do princípio da publicidade no ato de negociação. Nessa lógica, a fim de possibilitar um real controle judicial do procedimento da *plea bargaining*, seja pelo magistrado presidente da audiência prévia, seja pelo Tribunal de Recurso, faz-se necessário todo registro nos autos de todos os termos da negociação. Nessa documentação, assim, encontram-se, as advertências dos riscos pelo magistrado, todas as ofertas realizadas pelo Ministério Público, e qualquer consideração feita pelo defensor do acusado.

Portanto, essa importante garantia da documentação torna-se essencial para uma futura apreciação judicial, em relação os termos da negociação, evitando, assim, a possibilidade de uma eventual injustiça.

Nesse contexto, curioso demonstrar que foi somente em 1969, com o famoso caso *Boykin v. Alabama*, que essa garantia passou a ser exigida, incorporando-se, todavia, posteriormente na Rule 11(c)(2), das *Federal Rules of Criminal Procedure*¹¹².

Outra garantia presente na realidade desse processo penal é o direito a uma assistência por parte de um defensor. Ou seja, em um processo penal, cujo modelo caracteriza-se pelo modo adversarial, em que as partes conduzem o desfecho do processo, a importância dessa garantia é ainda maior se comparada a outros ordenamentos em que os magistrados possuem o controle da marcha processual.

Portanto, a importância dessa garantia mostra-se pelo fato de estar positivada na VIª Emenda à Constituição Federal desse país.

Todavia, não se pode limitar esta garantia a uma simples indicação e à mera presença física de um defensor durante o andamento do processo. Tal afirmação vem sendo concretizada pelo posicionamento da Suprema Corte desse país, ao expor a extrema necessidade de uma assistência efetiva por parte do defensor do acusado.

Logo, desde 1932, com o caso *Powell v. Alabama*, esse Supremo Tribunal preocupa-se com a defesa efetiva porque, além do acusado e o Ministério Público já começarem com uma

¹¹² ALBERGARIA, op.cit., p. 74

desigualdade material em relação às condições para negociação; a consequência da declaração de culpa provoca a real condenação do próprio acusado.

Nessa lógica, essa Corte estabelece uma participação quase obrigatória de um defensor na negociação. A quase obrigatoriedade é caracterizada, entretanto, pela existência de um único modo de não atuação. Graças à autonomia individual desse modelo adversarial, é permitido ao acusado renunciar à participação desse assistente, desde que o magistrado, verificando a sua capacidade psicológica em relação ao entendimento das consequências de tal renúncia, permita a atuação sozinha por parte deste acusado.

Visto isso, cabe ressaltar que o grande problema existente em torno dessa participação é definir exatamente o que seria uma defesa efetiva.

Apesar dessa enorme dificuldade por se tratar justamente de um conceito subjetivo, foi somente em 1984, com o caso *Strickland v. Washington*, que aquela Suprema Corte tentou definir critérios para uma delimitação do tema. Sendo assim, com o uso da técnica de definição do direito a uma defesa efetiva pela negação, a Corte estabeleceu requisitos a fim de determinar que a participação não fosse efetiva.

Nessa linha de pensamento, o primeiro requisito seria a comprovação da atuação do defensor como deficitária em relação a um padrão de razoabilidade. Já o segundo seria uma probabilidade de que foi através da conduta desse defensor que obteve o resultado final, ou seja, se não fosse pela atividade do assistente a conclusão do processo seria diferente.

Porém, como evidente, a definição desses critérios bastante subjetivos torna a alegação de *ineffective assistance* quase impossível, pois é tarefa exclusiva do acusado comprovar que o trabalho do defensor fugiu da razoabilidade. Além do mais, é muito difícil um indivíduo leigo, como o acusado, quebrar a forte presunção que o Tribunal possui em relação ao leque de atitudes consideradas razoáveis realizadas pelo assistente, com uma simples afirmação de que se não fosse pela atividade do seu defensor, ele não se declararia culpado e continuaria com o prosseguimento do processo.

Em suma, o acusado precisaria cogitar alguma forma de comprovar que o comportamento de seu defensor afetou o funcionamento do processo penal adversarial, provocando, assim, a não confiança da justiça da condenação.

A título de exemplificação, em 1985, o Supremo Tribunal, no caso *Hill v. Lockart*, foi provocado por um *Habeas Corpus*, em que um condenado, que já cumpria dois anos da pena privativa de liberdade, requereu a sua libertação alegando a falta de voluntariedade na sua declaração, pois o seu defensor lhe informou o prazo para obtenção da liberdade condicional

equivocadamente. No caso, a informação do advogado foi que o Réu poderia gozar do benefício se cumprisse um terço, porém, na verdade, por se tratar de crime de natureza grave, *felony*, o benefício só poderia ser alcançado se cumprisse metade da pena. Apesar da evidente existência desse erro, o referido Tribunal não concedeu a ordem com a justificativa que o Réu não o alegou de forma clara¹¹³.

3.5 Do controle judicial

Apesar da estrutura adversarial do modelo de processo penal norte-americano e a sua grande característica de liberdade de disposição das partes, acusação e defesa, há uma necessidade de análise da validade da declaração de culpa realizada pelo acusado. Sendo assim, mesmo de forma superficial, o magistrado, ao avaliar os requisitos de validade dessa declaração, realiza importante papel de concretizar um pouco mais a transparência da negociação, diminuindo, assim, a obscuridade dos corredores.¹¹⁴

Além do mais, a existência desses critérios de validade a serem apreciados pelos magistrados, também funcionam como um próprio filtro para a atuação desses, pois, na prática, devido ao seu prestígio e a sua importante função, existe a possibilidade de um constrangimento na autonomia do acusado, pelo fato dos próprios juízes serem interessados em um desfecho mais célere para o processo.

Portanto, é de extrema importância a existência de alguns critérios, para que ocorra a aceitação pelo juiz da validade da declaração da culpa.

Nessa linha, pode-se afirmar que a aceitação da declaração de culpa ou da *plea of nolo contendere* não é um direito absoluto das partes, podendo, então, ser rejeitada pelo Tribunal.

Cabe mencionar que os requisitos da validade da declaração não são uniformes devido à diversidade de ordenamentos internos. Todavia, a fim de encontrar uma solução mais padronizada, serão verificados alguns critérios presentes na Lei Federal norte-americana, ou seja, as *Federal Rules of Criminal Procedure*.

Antes de analisar critérios próprios para a aceitação da declaração de culpa ou da *plea of nolo contendere*, faz-se necessária a indicação de um pressuposto comum a todos os requisitos. Tal critério seria a necessidade do acusado possuir a capacidade para realizar esta tão importante declaração¹¹⁵.

¹¹³ ALBERGARIA, op.cit., p. 77.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ, op.cit., p. 142.

Portanto, como primeiro requisito de validade da declaração, temos a capacidade geral de estar em juízo (*competence to stand trial*).

Nesse sentido, de maneira ilustrativa, o nível de inteligência, a capacidade mental, o domínio do idioma inglês e a idade do acusado seriam alguns dos fatores que determinam se o sujeito é ou não capaz para realizar esta declaração.

Cabe ressaltar ainda que, caso seja reclamada a questão da incapacidade do Réu, o magistrado deve obrigatoriamente requisitar uma perícia psiquiátrica.

Um dos requisitos próprios para a validade da declaração seria a exigência de que o magistrado, antes de realizar a aceitação, informe completamente o acusado sobre a sua situação e certificar-se que este a entendeu¹¹⁶.

Com isso, mostra-se importante afirmar que são algumas regras das *Federal Rules of Criminal Procedure* que determinam essa necessidade de informação. Nessa linha, as regras contidas na *Rule 11 (a)(b)(1)(G)* desse ordenamento estabelecem a exigência de informar ao acusado a natureza das imputações que lhe são feitas. Já as regras da *Rule 11(a)(b)(1)(H)(I)(K)(M)* ordenam a informação das consequências penais em caso de eventual declaração, como por exemplo, os limites mínimo e máximo da sanção, a possibilidade de uma liberdade vigiada (*supervised release*), a ocorrência de multa ou uma eventual restituição à vítima da prática delituosa. Por fim, nas regras da *Rule 11(a)(b)(1)(B)(C)(D)(F)(N)* estão a necessidade de informar os direitos, aos quais o acusado renuncia, quando realiza a declaração de culpa ou *plea of nullo condendere*, como o direito a um julgamento pelo júri, o direito de não produzir provas contra si mesmo, direito de produzir provas, direito de entrar em contradição ou direito da presunção favorável, caso a acusação não obtenha êxito em desfazer a dúvida existente¹¹⁷.

Um outro importante requisito presente na *Rule 11(b)(2)*¹¹⁸ das *Federal Rules of Criminal procedure* é a exigência de que o magistrado, em momento anterior à aceitação da declaração de culpa, reporte-se diretamente ao acusado, a fim de certificar-se que essa manifestação de vontade foi voluntária, livre de qualquer constrangimento e que as promessas ofertadas pelo Ministério Público são aquelas que realmente estão presentes no acordo final.

Logo, realmente a existência desse critério de validade é de suma importância. Todavia, é evidente que na prática daquela justiça não é tão fácil determinar se uma declaração foi realmente viciada, pois, como já dito, há uma enorme liberdade das partes

¹¹⁶ Ibidem, p. 116.

¹¹⁷ ALBERGARIA, op.cit., p. 82.

¹¹⁸ Ibidem, p. 82.

envolvidas e os seus interesses ficam, na maioria das vezes, obscuros frente a acordos que não são publicados. Além do mais, devido ao seu grande poder de constrangimento, o Ministério Público não possui interesse em evidenciar as suas reais táticas de persuasão. Assim, na realidade do processo penal norte-americano, é muito comum haver declarações de culpa involuntárias.

Contudo, apesar dessa realidade, existem na jurisprudência desse país julgados que tentam verificar se houve voluntariedade na declaração, com a utilização de uma distinção entre ameaça lícita e ameaça ilícita.

Nesse contexto, foi justamente através do famoso caso *Bordenkirsher v. Hayes* de 1978 que se determinou a existência dessa distinção. Segundo os magistrados daquela Suprema Corte, a ameaça lícita seria aquela que possui como plano de fundo elementos probatórios reais. Já a ameaça ilícita seria aquela, na qual não existem elementos fáticos funcionando como material probatório, ou seja, o *bluffing*.

Portanto, o único limite produzido pelo Tribunal é a vedação da mentira por parte do acusador, necessitando, assim, de um fato provável que justifique a ameaça.

Nesse caso¹¹⁹, a Suprema Corte considerou lícita a ameaça do Ministério Público. Isso porque, ao forçar a declaração de culpa pelo crime de circulação de cheque falsificado (valor do cheque era de 88,30 dólares), com a utilização do argumento de que se houvesse rejeição tentaria a prisão perpétua como consequência natural da agravante da reincidência não citada anteriormente, restou configurada a existência de um conjunto probatório para esta suposta reincidência, justamente pelo fato do acusado Hayes já ter sido condenado por outros crimes da mesma natureza.

Por fim, importante observação seria ressaltar que a falta de defesa efetiva por parte do defensor, já citada anteriormente, configura-se como causa de invalidade da declaração, justamente, no seu aspecto da voluntariedade.

Além do mais, também é importante frisar que se considera inválida a declaração, caso o Ministério Público não cumpra a sua parte no acordo, pois é preciso, assim, tutelar as expectativas criadas no acusado.

Finalmente, o último requisito geral seria a necessidade de uma base fática para sustentar a declaração de culpa.

Nessa lógica, cabe dizer primeiramente, que esse requisito é produto de uma alteração na *Rule 11(b)(3)* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, em que determinava, em redação

¹¹⁹ Ibidem, p.84.

anterior, a exatidão, *accuracy*, dos fatos para fundamentar a declaração. Ou seja, anteriormente, era exigida a integral relação dos fatos indiciados com o crime confessado¹²⁰.

Todavia, por essa exatidão ter uma natureza incompatível com os objetivos da própria negociação, passou-se a permitir um critério de validade menos exigente. Bastava, assim, uma mera correspondência entre elementos probatórios presentes nos autos e o crime confessado no final.

Diante disso, mostra-se, como uma consequência dessa não obrigatoriedade de exatidão fática, a ocorrência de uma obscuridade, de uma incerteza em relação à verdadeira ação delituosa e a sua justa resposta estatal. Isso porque, além do Ministério Público embasar a acusação com elementos de fraca consistência, o próprio magistrado aceita uma declaração de culpa sem conferir exatamente as circunstâncias concretas do ilícito penal.

Prosseguindo, a fim de diminuir um pouco a angústia provocada por essa nebulosidade, passa-se a algumas considerações referentes aos pontos relacionados com esse requisito.

Em primeiro lugar, não existe nenhum método positivado nas *Federal Rules of Criminal Procedure* por meio do qual o magistrado possa verificar a base fática da declaração de culpa. Logo, na prática, o magistrado tem um árduo trabalho de coletar, nos autos, os dados para contrastar com as afirmações das partes.

Em relação ao grau de conformidade entre os fatos realmente ocorridos e o fato declarado, pode-se dizer que a não exigência da exatidão provoca uma relativização desse aspecto, pois, com o intuito de possuir algum marco teórico, os magistrados norte-americanos utilizam apenas a ideia de que há uma base fática se o crime declarado for menos ou tão grave quanto o crime praticado, mas nunca ao contrário.

Já no tocante ao grau de certeza da ocorrência dos fatos indicados, não existe nenhuma posição definitiva por parte da Suprema Corte, deixando, assim, esse importante aspecto a mercê da discricionariedade dos Tribunais estaduais.

Portanto, conforme analisado, todos esses aspectos relativos a esse requisito fazem demonstrar que, no fundo, estão a serviço do *Plea Bargaining System*, justamente pelo fato de não vincular a negociação com a realidade. Diante dessa afirmação, é possível evidenciar que todo esse modelo negocial propicia a realização de um julgamento sem a necessidade de superar o elemento da dúvida.

¹²⁰ GOLDSTEIN, apud ALBERGARIA op. cit., p.87.

Nessa linha, faz-se necessário uma alusão ao julgado *North Carolina v. Alford* de 1970¹²¹.

A história do caso é que Henry Alford foi indiciado pela prática de um homicídio de primeiro grau, cuja sanção seria a pena de morte ou pena perpétua, caso o tribunal do júri entendesse sua culpa. Todavia, o membro do Ministério Público propôs alterar a acusação para homicídio de segundo grau, cuja sanção era pena privativa de liberdade de 2 a 30 anos, se houvesse por parte do acusado a renúncia ao julgamento, com a sua declaração de culpa.

A grande questão desse caso foi que, mesmo após as testemunhas e o próprio policial não confirmarem a participação deste Réu na prática daquele crime, o acusado declarou-se culpado com a inovadora ressalva de que apenas teria tomado esta decisão porque não desejava uma pena de morte pelo tribunal do júri, protestando, assim, por sua inocência.

Em sequência, aquele tribunal aceitou a sua declaração e o condenou com a pena máxima de 30 anos, por considerar a conjuntura do passado criminal do Réu e a ideia de que o acusado tinha total consciência das consequências desta declaração.

Após a recusa de seu recurso por parte do Tribunal do estado da Carolina do Norte, o condenado recorreu à *Court of Appeals*. Esse tribunal, por maioria, acolheu o pedido com a justificativa de que a referida declaração foi involuntária, pois se baseou em um grande receio do Réu em enfrentar uma sanção muito mais grave, ou até mesmo fatal.

Evidentemente, o caso foi alvo de apreciação da Suprema Corte norte-americana. Essa instância superior revogou a decisão da *Court of Appeals* com a utilização de dois argumentos. O primeiro foi o reconhecimento de uma forte evidência, *strong factual basis*, de, até mesmo, ser a prática do crime mais grave do que a declarada, mesmo com os depoimentos das testemunhas e do policial. Já o segundo argumento é o mais importante. Nessa linha, esse tribunal realizou um trabalho de analogia entre a *plea of nolo condendere* (nesta modalidade o acusado renuncia o direito de realizar defesa, autorizando o tratamento como fosse culpado, mas sem se declarar expressamente) e a declaração de culpa equívoca (como ficou conhecida esta declaração realizada com protesto de inocência), com a respectiva fundamentação de que a Constituição daquele país não impede claramente a determinação de uma pena para um cidadão que, perante um caso difícil, aceite a pena imposta sem julgamento regular, mesmo sem se declarar expressamente culpado, como no caso da *plea of nolo condendere*. Por isso, havendo essa possibilidade, as declarações equívocas também devem ser consideradas

¹²¹ ALBERGARIA, op.cit., p. 88.

válidas, pois representam a mesma autonomia por parte do acusado, quando se trata de decidir o seu futuro.

Assim, a importância desse julgado seria demonstrar que, além desse requisito servir como instrumento para o magistrado verificar o outro critério da voluntariedade, este critério é tão meramente teórico que até propiciou a aceitação de uma declaração de culpa, mesmo com a realização de protesto de inocência por parte do próprio acusado.

Visto isso, fica demonstrado a relevância desse julgado, pois, além de pacificar essa questão das declarações equívocas debatidas nos tribunais inferiores, comprova, mais uma vez, que todos os esforços, toda geometria argumentativa por parte do mais alto grau de jurisdição são de encontrar algum meio para fundamentar as declarações de culpa. Evidencia-se, portanto, a enorme dificuldade de encontrar, em um caso concreto, a falta de algum requisito que torne esta declaração inválida.

3.5.1 O juiz e o acordo

Conforme dito, a aceitação da declaração de culpa ou da *plea of nolo contendere* não é um direito absoluto das partes, podendo, então, ser rejeitada pelo magistrado. Assim, devido ao seu poder discricionário, o juiz pode desconsiderar toda a negociação e rejeitar a declaração com a justificativa de atender o interesse público de uma administração da justiça efetiva, mesmo que ao final, a declaração de culpa possua todos os citados requisitos da informação, voluntariedade e a base fática¹²².

Portanto, toda essa independência para tomar a decisão de rejeição, ou não, tem como plano de fundo a tão badalada ideia de interesse público e a sua característica subjetividade.

Todavia, na prática, não é tranquilo afirmar que todo esse processo de análise do interesse público e a eventual aceitação de um acordo estejam nas mãos do magistrado. Ou seja, há um problema em identificar realmente se é o juiz ou representante do Ministério Público quem decide sobre a eficácia do acordo decorrente de uma negociação.

Cabe ressaltar que essa grande questão está mais relacionada com a modalidade de negociação da imputação (*charge bargaining*), do que com a negociação das penas (*sentence bargaining*).

¹²² LAFAVE; ISRAEL; KING, apud ALBERGARIA op. cit., p.87.

Tal afirmação constata uma real ênfase à modalidade da *charge bargaining*, pois é um problema visualizar o fato de que o juiz, ao rejeitar ou não uma negociação baseada em um acordo sobre imputações, estaria adentrando na função executiva de decidir sobre a acusação, exclusiva, contudo, do Ministério Público.

Nessa lógica, relacionado com esta preocupação, existe um famoso caso julgado pela *Court of Appeals* do Circuito Federal do Distrito de Colúmbia, em 1973, *United States v. Ammidown*, em que aborda o poder do juiz em rejeitar um acordo oriundo de uma negociação de imputação¹²³.

No referido caso, o Réu Robert Ammidown teve a sua declaração de culpa referente a um acordo efetuado com o Ministério Público, cujo conteúdo era a imputação de um crime de homicídio de segundo grau em troca de sua confissão e o seu testemunho favorável à acusação de outra pessoa, rejeitado pelo juiz de primeiro grau. O aludido magistrado condenou o acusado pelo crime mais grave, homicídio de primeiro grau, por considerar que efetivamente esse contratou alguém para matar a sua esposa.

Em grau de recurso, a *Court of Appeals* do Circuito Federal do Distrito de Colúmbia manteve a rejeição com o fundamento de que é necessária a imputação do crime mais gravoso para atender o interesse público.

A grande contribuição, portanto, foi a determinação de que a recomendação do acusador deve ser respeitada, na grande maioria das vezes, por ser o Ministério Público o responsável exclusivamente pela concretização das imputações em uma denúncia. O juiz, nesses casos, é um mero homologador das intenções das partes envolvidas. Contudo, esse tribunal fez uma importante ressalva, na qual o magistrado teria sim a prerrogativa de rejeitar esta declaração: nos casos de respeito ao interesse público.

A partir desse julgado, pode-se concluir que o interesse da acusação realmente deve ser respeitado, pelo simples fato de que é justamente o acusador o exclusivo responsável pela determinação das imputações. Logo, um tribunal somente poderia quebrar a presunção de realização efetiva da função de acusar por parte do Ministério Público, quando este abusar da sua discricionariedade. Ademais, caso não houvesse este eventual abuso, quem estaria abusando, no caso, seria o próprio magistrado.

Além disso, a forma de se verificar a manifestação desse abuso pelo acusador seria uma averiguação se os interesses legítimos do Ministério Público foram concretizados. Ou seja, a única forma de afastar a função típica do acusador, pelo juiz, seria comprovar que o

¹²³ ALBERGARIA, op.cit., p. 98.

Ministério Público invadiu a esfera do poder de ditar as sentenças do magistrado, realizando um acordo sem, por exemplo, precisar de provas, não haver dúvidas sobre algum ponto ou não precisar da confissão do acusado.

Dessa maneira, a única conclusão que se poderia chegar ao analisar esse caso, é que, efetivamente, o Ministério Público norte-americano detém um grande controle da maior função da justiça penal, ou seja, a determinação e a respectiva vinculação pelo juiz dos crimes a serem apenados, principalmente no modelo da *charge bargaining*.

Por fim, resta uma consideração. Evidentemente, essa passividade jurisdicional em face da atuação do Ministério Público norte-americano não seria como o verdadeiro poder incontrolável do acusador, decorrente da doutrina *nolle prosequi*, oriundo da *Common Law*, de decidir se realiza ou não a denúncia. Ou seja, se inicia ou não o processo de persecução criminal de um suspeito naquele país.

Todavia, apesar de ser correta esta afirmação de que a atuação do MP, após a denúncia já ofertada, não é incontrolável, detendo, assim, o Tribunal o poder de rever as imputações e as determinantes da negociação, na prática não se revela dessa maneira. Nessa lógica, há uma enorme dificuldade de fazer prevalecer o tão famoso princípio da separação de poderes, consagrado por Montesquieu. Além da falta de interesse por parte dos magistrados em refutar as negociações e, conseqüentemente, atrasar ainda mais a resposta penal frente à morosidade e hiperflação judiciária, o próprio modo de atuação do acusador de esconder um dado da negociação ou não revelar uma imputação, colabora com esta realidade de dificuldade de controle da acusação naquele país.

Portanto, mesmo havendo legislação disciplinado a não vinculação do tribunal, como é o caso da *Rule 11(c)(1)(B)* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, não isso que se verifica na prática¹²⁴.

3.5.2 A consequência da aceitação pelo juiz

Como demonstrado, apesar de o controle judicial ser, na verdade, mais uma homologação da solução alcançada pelas partes, do que realmente um controle ou uma revisão substancial desse acordo, a importância desta aceitação transcende à jurisdição penal¹²⁵.

¹²⁴ Ibidem, p. 98

¹²⁵ BASSIOUNI, M. Cherif, CUNNIGHAN, Stuart, apud ALBERGARIA, op.cit., p. 101.

Ou seja, ao realizar o aceite, o magistrado profere uma decisão de mérito definitiva, a *adjudication*, que possui um valor probatório na jurisdição civil. A vítima, portanto, salvo nas hipóteses de *plea of nolo contendere*, com a utilização do termo de acordo do processo penal, tem a faculdade de pleitear na esfera civil uma indenização pelos danos causados pela prática do delito.

4. DO PROCESSO DE RUPTURA

Indiscutivelmente, aprovado o citado projeto, confirmar-se-á o que já foi dito: a aplicação em conjunto dos dois institutos estudados representará a concretização da adoção dos pilares da *Common Law* em terras brasileiras. Isso não pode deixar de estar no ideário dos estudiosos do processo penal brasileiro.

Nessa lógica de ruptura, ao invés de partir de uma análise dos institutos aplicados em conjunto, propõe-se, agora, a seguinte indagação: poderia se afirmar, desde já, enquanto não se efetivam a aprovação e incorporação de fato da *plea bargaining*, que as consequências da Lei n. 12.850/13, por si só, já representariam tal ruptura?

Visto a evolução histórica do processo penal brasileiro como um todo, e visto, em especial, a evolução legislativa acerca do instituto da delação premiada, ousa-se dizer que possível seria identificar que no ano de 2013 houve, sim, o fortalecimento da ruptura na tradição jurídica brasileira¹²⁶.

Como dito, desde sua origem, houve alternados ciclos de endurecimento e abrandamento em relação à resposta penal a ser dada. Nesse cenário histórico, apesar dessa alternatividade de tratamento quanto às garantias processuais, não houve na essência alteração das características pátrias, uma vez que o processo penal sempre se pautou, basicamente, no monopólio estatal do procedimento guiado pelo magistrado e na busca de uma suposta verdade a ser confirmada em juízo para haver condenação.

Dentro dessa lógica, em que pese até ser possível identificar alguns institutos estrangeiros oriundos de outra tradição internalizados, como por exemplo, o sistema de inquirição *cross-examination*, não há como afirmar que o processo penal brasileiro esteve mais próximo da tradição da *Common Law* ou do direito socialista. Houve, na verdade, um abrandamento da influência do direito canônico, no que se refere ao abrandamento das formas inquisitivas de investigação¹²⁷. Ou seja, mesmo com a mitigação da característica inquisitorial, provocado pelo fortalecimento do papel do Ministério Público, o poder público, no Brasil, sempre possuiu o monopólio do *jus puniendi*, disciplinado por leis e códigos.

¹²⁶ Defende-se a tese de fortalecimento da ruptura a partir do advento da Lei n. 12.850/13, destacando-se, por outro lado, a existência, no âmbito administrativo, do artigo 87 da Lei n. 12.529/11, uma vez que o acordo aqui previsto também interfere na esfera penal.

¹²⁷ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: modelo romano-germânico e de *Common Law*. Revista de *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 40, n. 2, p. 206, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17348>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

Mais uma vez, por óbvio que há no corpo da legislação nacional institutos oriundos de outra tradição, todavia, somente em 2013, após a introdução do acordo de leniência no âmbito administrativo, é possível sinalizar a afirmação realizada no processo penal.

Explique-se: em 2013, ao invés de tentar implantar institutos importados dentro dessa toda sistemática já existente, o legislador nacional quebrou o monopólio estatal, passando a condução de toda a resposta penal para as mãos das partes envolvidas. Depois de tentar desvincular o magistrado da função de colheita de prova, deixando-o apenas com a função de julgar com base o acervo probatório dos autos, agora, esse magistrado ficará como um verdadeiro homologador dos acordos realizados pelas partes. Assim, os verdadeiros interesses por traz dos acordos terão grande chance de nunca chegarem ao conhecimento desse magistrado.

Nessa lógica que se encontram a Lei n. 12.529/11 e, principalmente, a Lei n. 12.850/2013. Conforme o teor de todos os artigos trazidos referentes à delação, se pôde perceber que pela primeira vez abriu-se a possibilidade de não haver ação penal em virtude de um real acordo entre as partes. Ou seja, o instituto da delação sempre esteve ligado aos benefícios concedidos diretamente pelo magistrado. Na origem, o benefício mais corriqueiro era a concessão de redução da pena já na fase de aplicação desta. Somente em 1999, foi estendida a possibilidade do perdão judicial com o advento da Lei n. 9.807/99.

Atente-se para o fato de que, para haver perdão judicial, era necessário que houvesse todo um desenrolar processual que confirmasse ao final a existência de conduta típica, ilícita e culpável por parte do agente. Logo, não há que se falar em um verdadeiro marco trazido com a Lei n. 9.807/99, pois ela atende a lógica de que para ser perdoado, é preciso ser culpado.

Portanto, relevante mesmo para a sustentação da tese da pesquisa é justamente a Lei n. 12.850/13, pois ela foi a primeira, no âmbito processual penal, que trouxe a previsão de que o Ministério Público poderia deixar de oferecer a denúncia diante de uma colaboração. É preciso, nesse momento, ratificar a adjetivação de tal legislação como sendo a primeira, tendo em vista que o presente estudo parte da premissa de que, embora de extrema importância, o instituto da transação penal não representaria um verdadeiro acordo entre as partes. Melhor dito, em que pese tal instituto ser considerado o primeiro passo para mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ele seria fruto de uma previsão normativa, em que o acusado simplesmente aceita ou não os termos impostos, não havendo assim um verdadeiro diálogo entre as partes. Tal afirmação se comprova pela existência de entendimento¹²⁸ de que tal

¹²⁸ PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 84.

instituto seria um direito subjetivo do acusado, não podendo deixar de ser ofertado, caso estejam presentes os requisitos legais.

Nesse aspecto, tanto o citado acordo de leniência, quanto a nova roupagem da delação no Brasil se aproximam do instituto do *approvment*, espécie daquela classificação de Justiça Negociada.

Importante frisar, também, que é perfeitamente possível equiparar o instituto regulado por essa última lei à modalidade *sentence bargaining*. Ou seja, diferente da *charge bargaining*, a delação proposta na Lei n. 12.850/13 também consiste na negociação da própria sanção penal, ainda que de forma mais embrionária. O membro do Ministério Público também propõe ao magistrado uma alteração na natureza da sanção, como por exemplo, a substituição de pena privativa de liberdade por uma multa, ou a diminuição do tempo de prisão, vide o artigo 4º, dessa lei¹²⁹. Em virtude disso, mesmo sendo a delação um instituto mais restrito do que a *plea bargaining*, há uma enorme proximidade entre ambos.

Prosseguindo, mesmo condicionada à comprovação da colaboração, a delação para ter efetividade, segundo os termos da citada lei, precisa necessariamente ter em seu bojo uma declaração de culpa. Ou seja, mesmo que implicitamente, não há como conceder os referidos prêmios sem que se identifiquem os demais coautores ou partícipes; sem que se revele a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; sem que se prevejam as infrações praticadas por essa organização criminosa; sem que se recupere pelo menos parte do produto ou proveito das infrações praticadas; ou se localizem vítimas dessa organização criminosa. Logo, todas essas formas de contribuição se caracterizam como confissão implícita.

Dessa forma, como já dito, exige-se, no mínimo, uma confissão implícita, pois essa lei veio resolver uma antiga discussão a respeito de a colaboração dever se restringir aos fatos da investigação ou poder se estendida para fatos alheios ao processo investigativo. Mais uma

¹²⁹ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.” BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

vez, de acordo com a expressão “demais coautores e partícipes” presente no inciso I, artigo 4º, possível afirmar que eventuais referências a outras condutas criminosas não relacionadas com a própria investigação, cuja dinâmica não tenha participado o colaborador, não irão produzir qualquer efeito.

Diante da importância desse último aspecto, qual seja, o sistema investigativo fomentando a obtenção da confissão por parte do autor da conduta investigada, relevante relacioná-lo com a citada estrutura em si dos Estados Unidos. Tal relação possui o propósito de demonstrar como a referida lei já representa o início da ruptura, ainda que não seja aprovado o referido projeto de lei do Senado.

O instituto da *plea bargaining*, como mencionado, se desenvolveu justamente graças ao modelo de processo penal adotado no país norte-americano. O processo penal pautado na confissão de um acusado foi sendo desenvolvido e aprimorado por se adotar justamente o modelo adversarial.

Diferente dos modelos inquisitorial e de justiça popular, no âmbito da comparação das instituições processuais originalmente existentes¹³⁰, o modelo adversarial atribui grande relevo responsabilidade às partes na condução de toda dinâmica da resposta penal. Como visto, há grande liberdade dos envolvidos na busca da resposta penal mais adequada ao caso, não sendo ela, necessariamente, de acordo com a verdade dos fatos. Essa informação se consubstancia, na verdade, pela constatação de que, em grande parte das respostas penais, não há um processo regular apurador das verdades fáticas, mas, sim, um acordo alheio à figura pública do magistrado. Fazendo uma analogia, é possível equipará-lo basicamente aos acordos realizados fora das salas de audiência pelas partes em uma causa cível.

Mais uma vez, levando-se em conta apenas a Lei n. 12.850/13, desconsiderando o teor do referido projeto, fica clara a nova postura do legislativo nacional ao afastar o magistrado da participação das negociações, vide parágrafo 6º, artigo 4º, dessa lei¹³¹.

Sob o eventual argumento de se preservar a imparcialidade, na verdade, o magistrado estaria sendo um verdadeiro homologador de um acordo já realizado pelos principais interessados. O processo regular, ensejador de toda atenção quanto às provas a serem

¹³⁰ AZEVEDO, op.cit., p. 206.

¹³¹ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) §6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.” BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

produzidas, diante dos crimes envolvendo organizações criminosas, será relativizado, para não dizer abandonado.

Aliás, cabe observar o seguinte: é curioso o fato de um magistrado, após o acordo homologado, mesmo havendo processo em andamento, não condenar um colaborador que já confessou sua conduta. Dessa forma, mesmo considerando a necessidade de existência de um processo regular para configurar a responsabilidade do colaborador, na prática será difícil não haver condenação, a partir da ocorrência de uma confissão incentivada por todos, aliada à pressão da mídia.

Portanto, é possível visualizar, com essa lei, mesmo no caso de denúncia recebida, que, em troca de uma confissão, o peso da existência do processo penal, de certa forma, não existirá mais. Caso, de alguma forma, não seja aprovado o referido projeto, já existe, no âmbito das organizações criminosas, a dispensabilidade do processo penal por acordo.

Visto isso, imprescindível comentar um fator preponderante do sistema adversarial: o enorme poder discricionário do acusador.

Nos ordenamentos jurídicos influenciados pela grande participação das partes na condução da persecução penal, o acusador detém uma discricionariedade ilimitada, capaz de permitir, além da não propositura da ação penal, a desistência da própria ação já em curso. Trata-se da manifestação do princípio da oportunidade na seara penal, assim como ocorre no processo civil.

Por sua vez, no Brasil, país oriundo uma tradição distinta, é possível dizer que vem ocorrendo uma mitigação acerca da força da aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Historicamente, não se pode desconsiderar a enorme importância desse princípio na evolução da sociedade brasileira, pois foi fruto do anseio populacional de extirpar as desigualdades sociais sofridas por mais de quinhentos anos de história. Tentou-se eliminar, assim, os privilégios por parte de uma minoria de não ser processada criminalmente.

Alheio aos debates doutrinários em torno da análise contemporânea desse princípio envolvendo interpretações em torno do artigo 129 da CRFB¹³², e dos artigos 24, 28, 42 e 576,

¹³² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar

todos do CPP¹³³, cumpre salientar que a referida mitigação começou a florescer em virtude de um primeiro passo dado pelo legislador. Como já dito, é de extrema importância o artigo 76, Lei n. 9099/95¹³⁴, já que, ao trazer a figura da transação penal, permitiu, por uma questão de política criminal, relativizar a obrigatoriedade da ação penal, quando se tratar de crimes de menor gravidade.

Já antecipado, a transação penal representou a não obrigatoriedade da ação, mas não em virtude do acordo em si. Atualmente, por meio da Lei n. 12.529/11 e principalmente da Lei 12.850/13, pode não haver processo criminal, pois há autorização legal expressa da dispensa por um acordo efetivo.

Portanto, difícil sustentar, hoje, no ordenamento jurídico nacional, que não exista dispensabilidade de processo regular por meio de acordo.

Outro aspecto a ser abordado seria justamente a forma de controle desse acordo realizado. Curiosamente, o legislador não previu nenhuma forma de controle, quando o membro do Ministério Público deixasse de oferecer a denúncia. Ou seja, como é possível perceber, diferentemente do parágrafo 2º do artigo 4º, da citada lei de organização criminosa, o seu parágrafo 4º não traz a previsão de um suposto controle na forma do artigo 28, CPP.

Difícil acatar uma eventual tese de existência de lacuna, vide a proximidade topográfica desses parágrafos. Parece realmente que foi a intenção do legislador deixar a possibilidade de não oferecimento da denúncia exclusivamente a cargo do acusador. Dessa forma, pela ótica do princípio da legalidade, a única conclusão seria o não controle.

Por força de lei, não haveria nenhum controle. Entretanto, ultrapassado isso, valendo-se de mecanismos interpretativos, alheios à literalidade do texto codificado, poderia se utilizar da figura da analogia, a fim de que se aplicasse o artigo 28, CPP, na hipótese de o acusador, por certa discricionariedade, deixar de acusar.

respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

¹³³ BRASIL. Decreto-Lei n.3.689, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

¹³⁴ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” BRASIL, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

Por analogia, o juiz estaria autorizado a remeter as peças investigativas justamente a outro integrante do órgão acusador, para que, ao final, a palavra final fique restrita ao órgão acusador.

Diante disso, com todo respeito a possíveis opiniões em contrário, ainda que se utilizem mecanismos interpretativos, tais como a analogia, vê-se que, não há espécie de controle que não seja pelo próprio acusador, considerado como todo o órgão do Ministério Público.

Aliado a isso, impõe-se a seguinte observação: o magistrado não deve possuir plena discricionariedade de simplesmente negar os termos do acordo realizado pelas partes. Em que pese não ser pacífica essa afirmação, não parece razoável, diante do próprio princípio da moralidade, não se homologar ou não se aplicar os benefícios acordados sem qualquer justificativa no mínimo concreta. Não se pode permitir que o magistrado, por mero capricho, sem nenhuma justificativa, se utilizando, de alguma forma, das informações repassadas, condene o colaborador sem o premiar.

Essa, sim, parece ser a intenção da lei, uma vez que o prêmio previsto está diretamente ligado às condicionantes trazidas na própria lei. Assim sendo, trata-se, portanto, de uma certa discricionariedade regrada por parte do magistrado, pois somente não acataria o acordo se não vislumbrassem os efeitos trazidos na lei.

Preocupado com essa suposta abusividade do magistrado em negar a homologação imotivadamente, o próprio STF já reconheceu a importância de se preservar uma conduta leal por parte do Estado-Juiz, HC n. 99.736-DF¹³⁵.

Após isso, há quem possa dizer, porém, que essas leis publicadas em 2013 não provocaram isso. Há inclusive interessante produção acadêmica no sentido de afirmar que a colaboração premiada, trazida e regulada na Lei n. 12.850/13, não encontra relação com o instituto da *plea bargaining*, por ser esta bastante ampla, sem se submeter aos limites legais rígidos dos códigos. Em virtude disso, chegar-se-ia à conclusão de que não haveria a implementação da tradição da *Common Law* no Brasil por essa lei, pelo fato de haver necessidade de se respeitar a reserva legal¹³⁶.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.736. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=99736&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

¹³⁶ ANDRADA, Doorgal. A delação premiada tem limites na Lei nº 12.850/2013 e não se confunde com o *plea bargaining*. *Revista Justiça & Cidadania*. n. 175, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/03/a-delacao-premiada-tem-limites-na-lei-no-12-8502013-e-nao-se-confunde-com-o-plea-bargaining/>> Acesso em: 7 jul. 2015.

Partindo disso, com o intuito de enriquecer o debate, pertinente trazer alguns comentários.

Preliminarmente, por óbvio que qualquer incorporação de um instituto estrangeiro na realidade pátria não representa inicialmente a total equivalência entre o que realmente se apresenta no país de origem e no país que o passa a adotar. Um instituto que vem sendo desenvolvido há décadas, ou há séculos, em outra realidade, não é incorporado exatamente da mesma forma que o seu modo original.

Acrescentado a tudo isso, não é possível incorporar um instituto, ou até mesmo todo um pilar de outra tradição, sem que não existam certas adaptações iniciais, a fim de que não haja uma enorme estranheza por parte de toda a comunidade jurídica. E parece que é isso que está sendo feito.

Inicialmente, houve a introdução de um sistema de aplicação de penas restritivas de direitos sem a necessidade de todo um desenrolar processual. Tal instituto, da Lei n. 9.099/95, não passou despercebido, sendo alvo de citações até a presente data.

Curiosamente, mesmo tendo sido revogada bastante tempo depois, não há como deixar de citar a existência da previsão da possibilidade de sobrestamento processual por acordo direito entre acusado e acusador naquela Lei n. 10.409/02¹³⁷.

Nessa linha, percebe-se que para haver mudança, há inicialmente choque entre forças reacionárias e conservadoras. De certa forma, sempre há adaptações, amenizações, para que tal alteração ocorra, e possa se valer ineditamente no ordenamento jurídico. Assim sendo, seria impossível comparar de forma minuciosa, pois sempre haverá certas diferenças.

Em virtude disso, o importante é comparar a essência do instituto, as causas que o fizeram surgir. Dessa forma, é difícil não encontrar na colaboração prevista na Lei n. 12.850/13 a essência do que já era aplicada na *Common Law*.

Por isso, é perfeitamente plausível e coerente se dizer que aqui, no Brasil, o instituto se revela de forma diferente porque toda a sua sistemática de aplicação está limitada à lei. Outra forma de pensar, por outro lado, seria também se dizer que há muito a jurisprudência nacional se tornou mais ativa, não se limitando somente a reproduzir o que foi desenvolvido pelas Casas Legislativas. Há muito que o magistrado não é mero reproduzidor do legislador, a boca da

¹³⁷ “Art. 32, § 2 O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.” BRASIL. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

lei. Dito isso, ficar restrito à frieza do princípio da legalidade não corresponde até mesmo aos anseios de uma sociedade justa.

Como visto, no que se refere ao Poder Judiciário nacional, há de se destacar o seu atual protagonismo, e posicionamentos muitas vezes até contrário ao texto legal. Em relação à delação, não há dúvidas quanto à sua postura de regulador do instituto em apreço, uma vez que desde sempre não havia uma regulação mais pormenorizada, vide o elevado número de julgados trazidos.

Ligado a isso, curiosamente, há o princípio do devido processo legal que surgiu, segundo relatos mais seguros, justamente em 15 de junho de 1215, em uma sociedade berço da *Common Law*. O princípio conhecido pela expressão *law of the land*, criado com a Magna Carta inglesa, passado a ser conhecido no século seguinte por *due process of law*, foi consagrado posteriormente na Constituição dos Estados Unidos. Percebe-se, com isso, que invocar esse princípio é invocar uma luta por conquistas sociais, em especial por garantir a independência do Poder Judiciário, vivenciadas justamente por povos da tradição da *Common Law*¹³⁸.

Difícil separar *a priori* a Lei n. 12.850/13 de toda a tradição da *Common Law*. Difícil, pois, como visto, há legislação regulando também as garantias processuais nesse país. Há, além dos estados-membro, legislação em âmbito federal regulando, por exemplo, os requisitos de validade de um acordo celebrado.

Assim, ficar restrito ao princípio da legalidade como marco diferenciador das tradições não representaria a realidade contemporânea.

Outro aspecto interessante conectado ao princípio da legalidade é o fato de a própria Lei n. 12.850/13 trazer fórmulas abertas, genéricas. Assim, há de se reconhecer que o legislador atribuiu uma enorme carga discricionária aos envolvidos. Há que se reconhecer também que o subjetivismo prevalece diante das expressões “colaboração efetiva”; “revelação da estrutura hierárquica”; “prevenção das infrações penais”; “integridade física preservada”; “personalidade do colaborador”; “repercussão social”; “voluntariedade”; dentre outras.

Tratam-se, portanto, de fórmulas variáveis de acordo com o interesse; pressão sofrida; humor; ou qualquer fator preponderante, alheios, evidentemente, ao rigorismo do princípio da legalidade.

Visto isso, o presente trabalho parte do reconhecimento de que a Lei n. 12.850/13 já representa uma ruptura à tradição brasileira. Uma ruptura que se indica, por óbvio, pela

¹³⁸ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

essência do instituto. Resta evidente que sempre haverá opiniões respeitáveis, indicando alguma diferença prática, algum detalhe de lá que não é aplicado aqui. Mas, para isso, em contraposição, é preciso não deixar de perceber que mesmo lá, o instituto, marco do sistema adversarial, começou sofrendo bastantes críticas, limitado a restritas hipóteses, para somente depois alcançar o nível de disponibilidade ilimitada da acusação que se encontra hoje. Como já dito, é possível classificar o atual estágio brasileiro como equiparável ao *sentence bargaining* de primeira categoria.

Após isso, pode-se perceber que a essência do modelo adversarial já está em terras brasileiras.

4.1 Da releitura da premissa inicial

Em que pese este trabalho partir da premissa de real ruptura ou início dela, necessário se faz, agora, abrandar o rigorismo dessa afirmação, a fim de que possa se valer perante eventuais críticos. Ou seja, no intuito de ser mais cuidadoso quanto às generalizações, talvez mais prudente e menos chocante seria afirmar que há, na atualidade, duas tradições jurídicas no bojo do ordenamento, coexistindo, mas de forma não coerente. É preciso afirmar, no mínimo, essa dualidade porque tal tese de não efetivação dos regulares ciclos de endurecimento/abrandamento também pode ser observada sob outra ótica.

Nessa lógica, passa-se à seguinte consideração: Com parcimônia, ao invés de generalizar, pode-se perceber que o processo penal brasileiro hoje está dividido basicamente em quatro grandes grupos: os crimes de menor potencial ofensivo; os crimes praticados por qualquer um do povo; os crimes de competência do Tribunal do Júri; e os crimes praticados por pessoas abastadas.

Em primeiro, há os crimes de menor potencial ofensivo tratados na Lei n. 9099/95. Interessante notar que nesses crimes incide a lógica da disponibilidade da ação penal, mesmo não havendo um acordo propriamente dito. Não há, de alguma forma, concessões recíprocas, mas sim, a aceitação dos termos impostos pelo acusador.

Quanto aos crimes cometidos por qualquer um do povo, excluída a categoria anterior, ainda é possível identificar a vigência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, quando o crime tiver natureza pública, em total sintonia com a tradição originária pátria. Interessante observar, aqui, que mesmo havendo a existência da delação premiada, por ser regulada pela

Lei n. 9.807/99, não se aplicaria, em tese, a nova roupagem trazida pela citada lei de 2013, em apreço ao princípio da especialidade.

Há, ainda, os crimes de competência do tribunal do júri, cuja origem já foi citada como sendo proveniente das participações populares nos julgamentos oriundos da *Common Law*.

Por fim, mesmo de forma bastante básica, há os crimes praticados por pessoas abastadas. Tal afirmação se consubstancia no fato de poder se diferenciar, a partir de 2013, as pessoas que receberão tratamento diferenciado, por estarem envolvidas em organizações criminosas. Abastada, portanto, pois não é qualquer pessoa do povo que pratica crimes envolvendo uma estrutura criminosa bastante complexa. Pode até haver pessoas simples envolvidas, mas, provavelmente, o controle de toda essa estrutura será dirigido por pessoas no mínimo influentes. Interessante notar o elevado grau de distinção dessa organização criminosa, justamente pelo fato de a própria lei de organizações criminosas preocupar-se em alterar o artigo 288, CP¹³⁹, a fim de que se distancie das meras associações criminosas de menor complexidade.

Diante disso, não há como não estranhar essa divisão existente no ordenamento nacional. De forma qualitativa, hoje, procedimentos influenciados pelos pilares da *Common Law* (caracterizados pelo primeiro, terceiro e quarto grupo) possuem um real peso. Justamente por isso, o presente trabalho sinalizou que, já a partir de 2013, a essência do sistema adversarial, com o controle do destino da ação penal nas mãos das partes, não pode ser tido como uma mera exceção pontual. Sob o foco qualitativo, pode ser dito que, no mínimo, a referida lei de 2013 já teria provocado tal desequilíbrio na balança. Por ora, somente restou o segundo grupo como originário da tradição da *Civil Law*.

Fez-se essa construção para que não se deixe de evidenciar a estranheza que será, na prática forense, a incidência conjunta, tanto da obrigatoriedade penal para alguns casos, quanto da dispensabilidade do processo penal para as hipóteses de crimes mais complexos e com mais repercussões sociais.

Nessa lógica, com o intuito de consubstanciar a singularidade da situação apresentada, principalmente depois do que foi e está sendo presenciado com as repercussões dos julgados

¹³⁹ “Associação Criminosa Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013).” BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de setembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

nos casos do “mensalão” e “lava-jato”, relevante trazer algumas indagações que estão surgindo por parte de doutrinadores nacionais do mais alto escalão:

A ação penal é mesmo indisponível depois da delação premiada ou se pode simplesmente dizer que é uma exceção? O juiz pode produzir prova, tendo papel de protagonista, inclusive na negociação do acordo? Existe algum resquício de imparcialidade? Quais as funções reais do juiz? As normas de processo penal são mesmo irrenunciáveis ou se pode falar em direitos processuais como privilégios renunciáveis pelo acusado? Em que hipóteses? Qual o limite de negociação que o Ministério Público possui nos acordos de delação? Pode o órgão acusador negociar a imputação, perdoar crimes, fixar teto de pena por todas as condutas? Pode esse órgão fixar taxa de êxito na repatriação de recursos e lavar dinheiro sujo? (se o dinheiro repatriado não tinha origem, ao se dar a comissão ao delator, não se estaria lavando dinheiro sujo, via delação?) O Juiz pode não homologar o acordo de delação, a partir de quais critérios? E, caso rejeitadas, as informações já prestadas serão desconsideradas? De que forma?¹⁴⁰

Tais indagações são cada vez mais crescentes justamente por coexistirem ainda duas tradições no ordenamento nacional que são inconciliáveis.

Não há, de forma imediata, resposta para elas. A doutrina capacitada, durante este momento, ficará debatendo soluções, e a jurisprudência, instada a se manifestar, terá que encontrar fórmulas, até mesmo contrárias à legislação, para trazer a resposta penal ao caso concreto.

Diante disso, talvez a melhor solução seria adotar realmente uma ou outra tradição. Dito melhor, ou assume-se de vez a postura de abandonar a necessidade do processo penal, ou retorna-se ao modelo tradicional de processo penal.

Justamente aqui, cabe citar o atual projeto de um novo código de processo penal brasileiro. Mesmo já considerando a lei de 2013 como o marco, como repetidas vezes salientado, parece que o legislador já decidiu o caminho que pretende seguir e levar a sistemática processual penal. Ou seja, um processo que foi iniciado no passado, está em vias de ser concretizado. Porém, vive-se por enquanto em um momento de transição, à espera da efetivação do referido projeto.

Desde 1995, já havia um balanço em prol da *Common Law*. Houve bastante debate, mas aparentemente deu-se continuidade ao mesmo pensamento tradicional. Em 2013, surgiu

¹⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Como é possível ensinar processo penal depois da operação "lava jato"? *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, jul. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato> >. Acesso em: 05 jul. 2015.

uma lei que, pelo menos qualitativamente, apegou-se de vez à tradição da *Common Law*, por em razão de três dos quatro grupos serem dessa origem.

Com a aprovação desse projeto ou de outro que contenha em seu bojo o mesmo instituto, por seu turno, haverá a chancela da posição adotada, uma vez que, quantitativamente, passará a ter um enorme número cada vez maior de crimes praticados em território nacional ditados por dispensa de produção de provas ou pelo Tribunal do júri, isto é da mesma essência norte-americana.

Por mais que se diga que seria mera consciência, é possível dizer que o processo brasileiro está na mesma esteira do que o processo norte-americano, pois, o que era impensável nos primórdios, passa-se a ganhar força e, segundo previsão próxima, a englobar tipos penais com penas privativas de liberdade limítrofes de 08 (oito) anos.

Conforme visto em capítulos anteriores, o que era repudiado, tornou-se atraente. O que englobava poucos tipos penais no início, alargou-se para contemplar a grande maioria. Assim, esse processo vivenciado nos EUA está agora em curso no Brasil.

Nessa linha, a fim de comprovar tal informação por demonstração de dados empíricos, faz-se necessário uma singela apresentação acerca dos dados referentes à realidade do sistema prisional brasileiro.

Preliminarmente, cabe mencionar que o instrumento utilizado para a atual consulta foi o Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen Estatística. O referido instrumento representa um marco na tentativa de sinalizar a estrutura penitenciária e as suas características, pois, por meio de acordos de cooperação entre todos os Estados da federação, os dados são repassados mensalmente, por meio eletrônico, ao Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça.

Portanto, desde o ano de 2005, com o aprimoramento deste sistema, graças a um possível cruzamento de informações, os agentes políticos, agora, possuem meios para elaboração de políticas prisionais mais integradas com a dinâmica da evolução da população carcerária nacional.

A título de curiosidade, tal afirmação se comprova com a demonstração da realidade regressa, eis que a consulta aos Estados era efetuada por meio de ofícios, configurando-se, assim, uma enorme morosidade no processo de obtenção destes dados.

Nessa linha, de forma simplificada, importante trazer os números da população carcerária masculina, visto que representam a grande maioria dos envolvidos no aparato punitivo estatal.

Com base no relatório do InfoPen 2015, as porcentagens masculinas são: 21% do total dos crimes praticados se referem ao crime de roubo; 25% para o crime envolvendo tráfico de drogas; 12% para o crime de furto; 14% para o crime de homicídio; 08% envolvendo o Estatuto do desarmamento; latrocínio e a receptação configuram 3% cada um; o crime violência doméstica tem 01% da parcela total¹⁴¹.

Visto isso, por meio de um esforço singelo, não afastado da realidade, mesmo que hoje o número de crimes praticados, que obedeçam ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, seja relevante, não há como desconsiderar a enorme influência que o novo projeto exercerá quantitativamente no universo de tipos penais existentes.

Ou seja, sob a ótica quantitativa, a tradição da *Civil Law* ainda possui a maior influência, visto que os tipos criminais mais comuns de tráfico de drogas e de roubo não estarão abarcados no referido projeto. Entretanto, como se percebe, a influência da *Common Law* aumentará de forma significativa, pois o projeto incluirá os tipos, cujas penas não ultrapassem 08 anos de reclusão. Isso sem considerar o fato de que os referidos crimes, inicialmente excluídos do PSL n. 156/09, possam ser inseridos em alguma negociação, caso seus agentes integrem alguma organização criminosa.

Dessa forma, não pode passar despercebido de que a influência não mais se limitará aos crimes de menor potencial ofensivo, visto que, segundo os dados apresentados, um total de 37% desse universo estará sob a influência da *Common Law*.

Segundo visto ao longo deste trabalho, a experiência americana demonstra as consequências dos atores processuais, no sentido de cada vez mais se expandir a eficácia do modelo adversarial.

Nesse aspecto, o presente trabalho não abriu mão de considerar e enfatizar o citado projeto, pois o seu conteúdo demonstra a opção escolhida pelo legislador pátrio. Ao invés de se concentrar em normas mais restritivas das garantias processuais, a postura que está sendo tomada é inovadora no sentido de justamente abandonar o próprio processo penal como um todo.

O fato de haver, portanto, duas formas de interpretar tal evolução legislativa, quais sejam, a ruptura ou a coexistência de tradições, não implica maiores divergências. Isso porque tudo o que foi dito representa um processo já iniciado, em andamento para algo inovador. A diferença apenas estaria na forma de observar: ou se toma uma postura mais reflexiva no sentido de contextualizar com os motivos de seu surgimento nos EUA e com um fenômeno

¹⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: < www.justica.gov.br/portaIpadrao > Acesso em: 7 jul. de 2015.

mundial a seguir exposto, ou se toma uma postura mais inerte no aguardo da referida aprovação, alheio às realidades estrangeiras.

Dizer, assim, que a existência da previsão do instituto da *plea bargaining* no bojo de um projeto da magnitude de um novo Código de Processo Penal não representa um processo já iniciado é desconsiderar toda a realidade processual de mais de quinhentos anos de existência.

Dizer que não há ruptura é desconsiderar o fato de que ela significa interrupção de uma continuidade; divisão; corte de algo que vinha sendo vivenciado.

5. DO FENÔMENO DO MUNDO OCIDENTAL

Após o presente trabalho ter se concentrado na citada tese de ruptura, de modo comparativo entre as realidades brasileira e estrangeira, cabe, agora, uma análise um pouco mais ampla. Ou seja, visto concretamente as mudanças provocadas na prática penal processualista, comparando com outra realidade, merece, neste momento, analisar se haveria uma influência internacional no ordenamento jurídico pátrio, a fim de tentar traçar um paralelo entre as realidades vivenciadas, tanto pelos processualistas civis, quanto penais.

Nessa lógica, de forma didática, retorna-se à indagação inicial: é possível traçar uma mesma linha de raciocínio ao se deparar com as atuais manifestações legislativas, tanto do processo penal brasileiro, quanto do processo civil brasileiro?

A importância, então, de tentar responder essa indagação se consubstancia na possibilidade de se notar que o ramo do processo penal também está em movimento de modificação. Todavia, essa modificação não necessariamente está sendo na mesma linha do que o processo civil brasileiro.

Citado, o fenômeno de interconexão entre as tradições da *Civil Law* e *Common Law*, no âmbito processual civil, percebe-se uma troca de experiências entre os estudiosos das mais diversas realidades mundiais, a fim de que soluções eficazes de uma tradição sejam integradas à realidade de outra. Essa afirmação fica bastante evidente quando se identifica, por exemplo, a incorporação da teoria dos precedentes na realidade da *Civil Law*, em contraponto da incorporação da técnica de codificação na realidade da *Common Law*.

Em relação ao processo civil, há essa interconexão entre as tradições. Há um fenômeno mundial. Os países, de certo modo, mantêm as suas características iniciais, abrandadas por institutos estrangeiros, como, por exemplo, a preocupação de incorporar a tentativa de uniformização dos julgados, por meio da citada teoria dos precedentes, além de manter um código detalhado acerca da previsibilidade de todos os procedimentos que serão aplicados.

Essa é a característica da citada interconexão no processo civil: não há abandono drástico da essência inicial, mas, sim, uma coexistência de elementos originários de tradições distintas no bojo de um só ordenamento, em graus mais ou menos diferentes.

Todavia, no tocante ao processo penal, é pertinente dizer que os efeitos da globalização das informações entre os estudiosos existem, porém não necessariamente são os

mesmos. Ou seja, ao invés de haver uma verdadeira coexistência, pode-se visualizar, no âmbito penal, uma certa padronização no sentido de romper com as características iniciais de vários países, e acolher uma certa resposta penal como única forma a ser adotada.

Essa desconfiguração, no Brasil, de forma particular, pôde ser observada ao longo deste trabalho. Como visto, as características iniciais brasileiras estão sendo trocadas pela forma de resposta penal realizada principalmente pelos Estados Unidos. O processo regular em busca de uma suposta verdade está sendo abalado, hoje, com o citado processo evolutivo. O referido abalo se manifesta pelo trâmite e pela possível aprovação do Projeto de Lei do Senado n. 156.

Isso foi desenvolvido por este trabalho. De certo modo, analisando pontualmente, é possível identificar uma influência de um determinado país. Porém, agora, concentrando os esforços na análise do fenômeno mundial, cabe refletir sobre o seguinte aspecto: além dessa influência pontual norte-americana, será que o Brasil estaria inserido no contexto mundial?

Preliminarmente, cabe dizer que não se trata, basicamente, de uma microcomparação¹⁴². Melhor dito, deve-se, basicamente, realizar uma análise mais ampla, em relação à atual forma de resposta penal padronizada, e não uma mera comparação entre institutos afins de ordens jurídicas distintas. Isso porque, por evidente, há, em qualquer país, algumas importações de institutos alheios à realidade inicialmente considerada. Há vários exemplos na realidade brasileira de institutos provenientes de outra tradição, como o julgamento pelos populares no tribunal do júri, ou mesmo o sistema de inquirição *cross examination*, previsto no artigo 212, CPP¹⁴³.

No tocante à delação estudada, interessante observar que, nesse âmbito de microcomparação, esse instituto foi incorporado em várias legislações, inclusive de origens diferentes, como o direito espanhol, o italiano, o colombiano e o norte-americano. Em cada um desses países, por exemplo, esse instituto foi se aperfeiçoando em virtude de alguma peculiaridade, como o combate à máfia na Itália; o combate ao narcotráfico na Colômbia; o

¹⁴² “A macrocomparação realiza-se pela comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade. Sistemas que devem ser vistos como conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas, vigentes em relação a um dado espaço e/ou comunidade. Já a microcomparação seria a comparação entre institutos jurídicos afins, em ordens jurídicas diferentes” (FERREIRA DE ALMEIDA, apud AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: modelo romano-germânico e de *Common Law*. *Revista de Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 40, n. 2, p. 206, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17348>>. Acesso em: 07 jul. 2015)

¹⁴³ “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)” BRASIL. Decreto-Lei n.3.689, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

combate ao tráfico ilícito de drogas na Espanha; ou mesmo dentro da lógica adversarial norte-americana.

Ainda nisso, interessante observar também a tentativa de regulamentação da essência da *plea bargaining*, de origem já estudada, na realidade alemã, cuja tradição é originalmente da *Civil Law*. Ilustrativamente, nesse país, em 2013, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha foi provocado acerca da constitucionalidade da lei de julho de 2009, que disciplinou benefícios para o acusado que confessa o crime e colabora com a acusação. De modo a identificar como cada instituto é aplicado em níveis distintos em cada país, pertinente sinalizar que ficou decidido, em apreço às garantias constitucionais, que a transação penal deve ser seguida de um julgamento. Dessa forma, mesmo aplicando um instituto nascido em outro continente, a jurisprudência alemã estabeleceu que os acordos entre réu e promotor dependem de um juiz para valer, sendo a colaboração do acusado um mecanismo apenas para tornar o processo mais rápido, porém não apto a desconsiderar nenhuma etapa ou prova¹⁴⁴.

De outro lado, interessante mesmo é analisar a situação sob a ótica da macrocomparação, o qual consiste em comparar sistemas jurídicos na sua totalidade, como um conjunto de normas reguladoras de todo ordenamento, e não institutos considerados isoladamente.

Nessa lógica ampla, mister se faz tecer alguns comentários sobre o citado fenômeno ocidental atual, a fim de contextualizá-lo com a realidade brasileira.

Inicialmente, cabe destacar que essa tentativa de generalização se pauta em dois marcos: primeiro, no âmbito dessa macrocomparação, deve-se concentrar os estudos no sistema do ocidente, subdividido basicamente na *Common Law* e *Civil Law*, diferente dos sistemas penais da China e do Islã. Além do mais, diferente do direito do leste europeu, a generalização também se concentra os estudos na parte ocidental do continente europeu¹⁴⁵.

Enfrentado isso, nos últimos tempos, é possível identificar uma certa modificação nos países europeus, envolvendo um atuar, até certo ponto, padronizado dos seus aparatos punitivos. A grande maioria desses países europeus, ainda que de forma não idêntica, busca solucionar os seus problemas sociais mais hodiernos. Em virtude disso, alguns estudiosos

¹⁴⁴ PINHEIRO, Aline. Na Alemanha, transação penal depende de juiz para valer. *Consultor Jurídico*. São Paulo, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/alemanha-permite-transacao-penal-participacao-juiz>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

¹⁴⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 206.

estrangeiros passam a sinalizar a existência de um moderno Direito penal, concatenado na modificação da política criminal, mais adaptável à criminalidade de tempos modernos¹⁴⁶.

Nessa linha, identificada uma nova política criminal, possível relacioná-la com suas novas consequências no âmbito do direito material e do direito processual.

Diante de uma maior descrença nas soluções tradicionais de resolução de conflito, face aos novos problemas sociais mundiais, tais como corrupção, terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de pessoas, crimes econômicos, entre outros, cresce o interesse de usar o direito penal como instrumento simbólico na busca por uma resposta mais eficiente. Ou seja, sob a justificativa da eficiência, a moderna política criminal, de certa forma, induz a utilização do aparato penal, não mais como *ultima ratio*, mas sim como *prima* ou *sola ratio*.

Nessa nova política criminal, na parte material, mesmo que de forma não unânime, é possível identificar, não uma descriminalização ou um menor atuar penal, mas, sim, uma expansão do direito repressivo em áreas não disciplinadas tradicionalmente. Ou seja, novos setores, que antes possuíam somente uma regulação administrativa, passaram a ser regidas pelas reprimendas do direito penal, como crimes envolvendo o meio ambiente; as drogas; o processamento de dados eletrônicos; a criminalidade organizada; e o terrorismo¹⁴⁷.

Além do mais, é possível sinalizar também um interessante instrumento que vem sendo ampliado. Distintamente das formas tradicionais de cometimento do delito, qual seja, crime de lesão, há um fortalecimento e aprimoramento de outras formas, como fraude e delitos de perigo abstrato. Assim, no intuito de aumentar o viés preventivo, essas formas de descrever condutas típicas são cada vez mais utilizadas.

Ligado a isso, há também, na parte material, a aceitação cada vez maior da proteção a bens jurídicos que ultrapassam os limites de um determinado indivíduo. Nessa lógica preventiva, há uma maior proteção aos bens jurídicos universais, como a saúde popular; a economia; a segurança nacional; ou o meio ambiente.

Na seara material, portanto, é pertinente citar que está ocorrendo uma maior flexibilização da aplicação do aparato repressivo, alheio às formas tradicionais anteriormente adotadas¹⁴⁸.

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista eletrônica de direitos humanos e política criminal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, abr. 2008, n. 2, p. 5. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32318-38755-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

¹⁴⁷ *Ibidem*; p. 2.

¹⁴⁸ *Ibidem*; p. 3.

Como não se pode desvincular a parte material da processual, interessante notar que as regras processuais também se encontram na tendência de agravamento e desformalização dos meios tradicionais de resolução de conflito.

Nesse contexto de política criminal, se antes as produções legislativas caminhavam no sentido de proteger as garantias individuais, passaram a utilizar o processo penal como forma de garantir uma maior efetividade repressiva e uma redução de custos da justiça criminal¹⁴⁹.

Esses são os novos objetivos: maior efetividade com menores custos. Não muito diferente de uma lógica privada de mercado.

Diante da importância dessa nova realidade processual, extremamente relevante citar algumas características, a fim de fomentar a reflexão dos estudiosos brasileiros.

Em relação ao procedimento investigativo preliminar, há um abrandamento das formas tradicionais de investigação. Nessa lógica de novos métodos investigativos, pode-se identificar que as investigações estão cada vez mais estendidas a pessoas que *a priori* não são consideradas suspeitas. Há cada vez mais uma relativização, na tentativa de encontrar rastros de crimes complexos perpetrados por pessoas ainda que aparentemente desinteressadas.

Além do mais, há uma maior utilização de procedimentos sigilosos na investigação. Ou seja, em resposta à complexidade cada vez maior da criminalidade, os Estados passaram a utilizar mais meios como monitoramento das comunicações; investigador infiltrado ocultamente; observação à distância; interceptação de conversas telefônicas; monitoramento acústico de residências¹⁵⁰.

Quanto ao processo penal em si, como uma série de atos destinados a uma resposta penal ao final, este também está sofrendo bastante mitigação. Não é possível desconsiderar o fenômeno de desformalização dos procedimentos judiciais. Em apreço à efetividade, cada vez mais procedimentos tradicionais de resolução de conflitos estão sendo antecipadamente encerrados por meio de mecanismos, tais como a suspensão de um processo em virtude de uma colaboração, ou até mesmo a extinção ou não propositura de uma ação, graças ao acordo celebrado entre acusado e acusador.

Outro dado de extrema importância é a mitigação dos limites entre o atuar dos sujeitos investigativos e sujeitos propriamente processuais. Ou seja, na busca de uma resposta mais rápida, eficiente, o sujeito processual da acusação, que detinha uma função mais fiscalizadora,

¹⁴⁹ Ibidem; p. 4.

¹⁵⁰ Ibidem.

passa se valer cada vez mais de funções investigativas diretas. Há, portanto, uma relativização entre as figuras policial e acusadora¹⁵¹.

Identificada essa europeização do direito penal¹⁵², principalmente no movimento todo articulado em prol do fortalecimento da eficiência da resposta penal, interessante voltar o foco à realidade brasileira.

A intenção deste trabalho foi demonstrar, além do fenômeno internacional, as consequências das atuais reformas legislativas na realidade pátria. Viu-se a importância das recentes produções legislativas, principalmente no tocante ao abalo, à ruptura da tradição, de forma que não se pode desconsiderar o alto grau de alinhamento da recente legislatura brasileira com esse fenômeno internacional.

Nesse contexto de abalo, fica claro que o Brasil está conectado com a movimentação mundial. Em virtude dessas alterações, percebe-se, ao seu modo, que os legisladores brasileiros estão encampando esse movimento de desformalização do direito processual penal, a fim de buscar cada vez mais eficiência da resposta penal, em detrimento do tradicional processo regular.

Impõe-se sinalizar essa desformalização, com a inclusão da transação penal; com a nova roupagem dada à histórica delação premiada; e com o teor do projeto que chancelará a *plea bargaining*, de uma vez por todas, no cotidiano nacional. Além do mais, há uma forte tendência de relativização das figuras acusatória e investigativa no Brasil.

A observação de tais fenômenos não parece fazer parte de uma mera coincidência.

Justamente por isso, é totalmente pertinente dizer que se trata de um fenômeno internacional influenciando a realidade pátria. Tal influência demonstra-se pela singela observação da evolução legislativa, no sentido de visualizar o quanto esse fenômeno de desformalização ganha força. Diante disso, cumpre caracterizar tal processo como inevitavelmente irreversível, pois dificilmente haverá retorno às características originárias. O mundo ocidental está indo para o caminho da busca da eficiência penal. Logo, entendível, agora, explicitar o porquê de este trabalho acreditar que o instituto da *plea bargaining* será incorporado necessariamente à realidade brasileira, seja no bojo desse projeto, seja em outra reforma futura, pois, enquanto não seja positivado, tal processo de padronização estará em aberto no Brasil.

Dentro de todo o esforço argumentativo em torno desse instituto estrangeiro, retornando ao foco macro, interessante, aqui, observar um detalhe: no meio desse fenômeno

¹⁵¹ Ibidem, p. 5.

¹⁵² Ibidem, p. 15.

européu, conectado a esse ideário de efetividade, totalmente adaptado a essa realidade, há, de certa forma a *plea bargaining*. Toda essa lógica de dispensabilidade do processo penal, principalmente com a fuga da busca de uma verdade, se deu pelos esforços dos doutrinadores norte-americanos.

Assim sendo, em que pese a grande importância da influência mundial dos estudos europeus em relação às teorias do direito penal e às teorias da pena, curioso notar que, quando se trata desse fenômeno de desformalização, o Brasil, ou até mesmo esses países europeus, estão optando por utilizarem um mecanismo cunhado em outro continente. Ou seja, diferente das teorias do direito material, a parte processual está sendo influenciada pelo modo norte-americano ao dispor da produção da prova, por uma confissão de culpa provocada.

Como visto anteriormente, em relação à *plea bargaininig* até pode ser dito que é um instituto proveniente da *Common Law* como um todo. Até por esse motivo foi desenvolvida anteriormente a tese de ruptura da tradição brasileira, com a real adoção da tradição da *Common Law*. Todavia, aqui, é importante sinalizar mais detalhadamente que tal ruptura foi provocada principalmente pela *Common Law* além-mar. Ou seja, partindo da premissa de que houve uma certa especificação entre a *Common Law* estudada na Inglaterra e a estudada nos Estados Unidos¹⁵³, impõe-se trazer a relevância da contribuição dos estudiosos norte-americanos para o mundo. Essa foi a importância de estudar toda a evolução histórica desse instituto naquele país, ainda mais porque esse instituto não foi proveniente dos primórdios desse país.

Interessante notar, assim, que, em se tratando de acordos entre as partes, não há como não reconhecer a elevada contribuição dos estudiosos dos Estados Unidos, vide, não só a *plea bargaining*, mas também o citado acordo de leniência no combate à concentração de mercado.

Nessa lógica, sob o foco internacional, ousa-se realizar uma separação. No intuito de provocar maiores reflexões, sugere-se a seguinte divisão: no âmbito do direito penal material, adota-se a já mencionada expressão europeização do direito penal material, em virtude do citado fenômeno. Por outro lado, no âmbito do direito penal processual, em apreço à origem histórica, deveria ser adotada a expressão americanização do direito penal processual, visto que, mesmo sendo um fenômeno que parte da Europa para influenciar o mundo, os próprios países europeus se utilizam dessa fórmula de acordos para desformalizar os procedimentos.

¹⁵³ DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7.

Dessa forma, ainda que uma nova política criminal esteja sendo desenvolvida no velho continente, no âmbito processual, o mérito deve ser atribuídos aos norte-americanos.

Por óbvio, surgirão críticas, porém a intenção deste estudo é justamente contribuir para o enriquecimento do debate. Debate esse que o presente trabalho já se posiciona no sentido de sugerir que a *Common Law* além-mar teria “vencido”, pois não haveria como dizer europeização do direito penal processual, em virtude de a história americana ter se destacado do seu colonizador inglês. “Vencido”, pois, como visto no desenvolvimento interno, o surgimento e o fortalecimento desse instituto baseado na amplitude do acordo ganhou progressivamente prestígio no seu próprio país¹⁵⁴, para depois “ganhar o mundo”. Os europeus também se curvaram para a interessante estratégia processual pensada no outro lado do oceano Atlântico. “Vencido”, pois os norte-americanos estão provocando, no bojo de um movimento europeu, uma certa padronização mundial, eliminando as bases originais de outra tradição jurídica que outrora se contrapunha a ela.

Por conclusão, não seria impertinente dizer que no processo penal está havendo essa padronização, ao invés da citada coexistência ou interconexão das tradições. É nesse aspecto que o presente estudo pretende dar a sua contribuição.

¹⁵⁴ O sistema criminal norte-americano não poderia ficar sujeito à morosidade do julgamento pelo Tribunal do júri. Assim, de início, por pressões doutrinárias, as negociações entre acusação e defesa tornaram-se uma resposta para toda essa política punitiva escolhida a partir da década de 60. Logo, a negociação, conforme visto em momento anterior, originalmente bastante limitada, passa a ganhar força e adaptar-se aos ideários, tanto do Ministério Público, quanto daquela classe média. Nessa linha de pensamento, para caracterizar a importância de tal negociação no cotidiano da justiça desse país, é necessário evidenciar que, segundo o próprio Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1992, 94% da totalidade das condenações por delitos graves foram oriundos da declaração de culpa por parte do acusado, calculados nos 75 maiores condados norte-americanos. Em Nova York, no mesmo período, a porcentagem para condenações decorrentes da declaração de culpabilidade chegou a 93% do total de condenações desse local. Tais dados obtidos em ALSCHULER, Albert; DEISS, Andrew. Breve historia del jurado criminal en los Estados Unidos. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, ano VIII, n. 14. Buenos Aires, Ad Hoc, p. 189.

CONCLUSÃO

O direito é fluido e mutável, na esteira de se adequar às constantes alterações vivenciadas nas sociedades. Os tempos mudam. As pessoas mudam. Os conflitos mudam. E a ciência do direito, diante desse panorama, procura se adaptar a isso.

Significa dizer que há uma constante busca de soluções para situações às vezes nunca antes vivenciadas. Até mesmo os temas já conhecidos estão se tornando progressivamente mais complexos. A quantidade mudou. O volume de demandas em busca de uma resposta judicial aumentou exponencialmente. O crime, por sua vez, que sempre foi objeto de interesse jurídico, necessita cada vez mais, agora, de *experts* de outras áreas do conhecimento humano para que possam ser desvendados. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes de sonegação, lavagem de dinheiro, crimes cibernéticos, dentre outros.

Tudo isso está alterando os alicerces das tradições jurídicas que foram sendo construídas ao longo de séculos. Como a circulação de informações se dava na velocidade de mensageiros ou navios a vapor, em um passado não tão distante, estuda-se o direito, tendo por base a fidelidade a determinada tradição jurídica à luz da dualidade rígida entre *Civil Law* e *Common Law*.

Isso é um olhar do passado. Oportuno dirigir o olhar agora para o direito dos tempos de internet. Não se pode mais ficar restrito ao saudosismo das fórmulas tradicionais, visto que está havendo uma relevante alteração provocada, dentre outros fatores, pela evolução dos meios de comunicação, diante do fenômeno da globalização. A globalização, assim, muda a realidade do cotidiano das pessoas e, indiretamente, o direito posto.

Um maior intercâmbio entre os estudiosos de várias partes do mundo alterou o processo civil brasileiro e está alterando o processo penal também.

Aqui se encontra o presente trabalho. A preocupação inicial em se trazer o processo evolutivo da legislação processual brasileira, teve o propósito de demonstrar a relevante transformação do direito nacional.

Segundo se pôde perceber, não se encontra o processo penal em mais uma fase cíclica de endurecimento/abrandamento da resposta penal estatal. Desta vez, está ocorrendo uma ruptura. A história cultural de mais de quinhentos anos está sendo substituída verdadeiramente por um modelo estrangeiro de resposta penal estatal.

Tal ruptura, contribuída pelo advento da Lei n. 12.850/13, foi sinalizada pelo fato de haver, na realidade brasileira atual, a incidência maior de valores originários da *Common Law* do que da *Civil Law*. Ou seja, há um relevo maior dos institutos surgidos sob a tradição da *Common Law* em terras brasileiras, vide o Tribunal do Júri, a transação penal e a delação premiada. O que antes foi a incorporação de institutos esparsos, passou a ser um conjunto qualitativamente maior do que os institutos oriundos da própria *Civil Law*.

Isso se demonstra, em parte, pelo relevo que a delação premiada vem ganhando na prática brasileira. Do ano de 1992, com a previsão de mera redução da pena na Lei n. 8.072, até a Lei n. 12.850/13, ficou evidente o crescimento da figura do acordo no Brasil. Acordo esse, que vinha sendo aplicado de forma tímida, ganha *status* de protagonista nos noticiários, em virtude de sua maciça utilização na condução da operação “lava jato”.

Sob críticas e elogios, a utilização desses acordos por parte dos acusados representa um verdadeiro marco de como a instrução probatória, no aspecto temporal, foi encurtada em virtude da ampla colaboração. Em um processo dessa magnitude e complexidade, as primeiras sentenças de mérito não seriam prolatadas nesse lapso de tempo, caso não fossem inseridas essas colaborações diretas na persecução criminal do caso concreto.

Entretanto, se porventura não se aceite essa premissa, é possível dentro dessa lógica, sustentar a tese de real abalo, a partir da constatação de haver a coexistência de duas Tradições no cotidiano pátrio. Os citados questionamentos, gerados após as repercussões dos julgados nos casos do “mensalão” e “lava-jato”, denotam a relevante presença dos institutos oriundos de outra tradição no Brasil, capaz de corroborar com a tese de não haver apenas uma fase cíclica.

Esse momento de incertezas provocado por essa coexistência parece ser apenas o estágio de uma opção já adotada anteriormente pelo legislador brasileiro. Ou seja, com base em uma análise histórica, não há como desconsiderar a marcha em direção ao abrandamento da necessidade de instrução probatória. Ao longo desses últimos 20 anos, introduziu-se aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos baseada em um acordo, conforme artigo 76, Lei n. 9.099/95.

Nesse caminhar, que parece ser não retornável, há o citado Projeto de Lei do Senado Federal n. 156/09, cujo conteúdo é de extrema relevância para o presente trabalho, uma vez que vem chancelar, por meio da figura da *plea bargaining*, o processo iniciado há 20 anos.

Nesse sentido, este trabalho buscou demonstrar como a presença desse instituto em um projeto de tamanha relevância, como o novo Código de Processo Penal, está relacionada com um fenômeno global.

A preocupação de conectar o fenômeno nacional ao mundial possui o escopo de demonstrar que nada é por acaso. Dizer que a tradição nacional está sendo desconfigurada, possui a pretensão de situar o processo penal na nova dinâmica provocada pela globalização. O que começou nos Estados Unidos pequeno, cresceu e se propagou para o mundo. A força da confissão, como proposta de acordo entre as partes processuais, que surgiu nos Estados Unidos e não na Inglaterra, está se tornando o principal modelo da moderna desformalização presenciada em todo mundo ocidental. Por isso a relevância de contextualizar um dispositivo presente em um projeto no Brasil à origem remota em outro país.

Além de relacionar a atual faceta do direito processual penal nacional à ordem mundial, interessante também seria construir um entendimento comparativo a respeito das influências do intercâmbio entre os estudiosos de várias partes do mundo.

Somente agora, após o esforço de trazer como a ciência do direito, em especial o processo penal, está reagindo às novas necessidades diante de uma criminalidade mais complexa e interligada mundialmente, é possível responder aquela indagação inicial: De fato, não é possível traçar uma mesma linha de raciocínio ao deparar com as atuais manifestações legislativas, tanto do processo penal brasileiro, quanto do processo civil brasileiro. Isso porque, como demonstrado, no âmbito do processo penal, caminha-se para uma padronização das respostas punitivas estatais, ao passo que, no âmbito do processo civil, é possível identificar uma coexistência ou interconexão/intercomunicação dos elementos que compõem as tradições jurídicas conhecidas.

Nesse ponto que se encontra o moderno estudo daquela dicotomia da Tradição *Civil Law* e *Common Law*. O intercâmbio provocado pela facilitação dos meios de comunicação altera sensivelmente o direito posto, mas de forma diferenciada. Pertinente dizer, nessa lógica, que os estudiosos do ramo do processo penal estabeleceram uma forma distinta de solucionar os seus casos, prevalecendo uma tradição em detrimento da outra.

Sob um aspecto mais interno, até possível visualizar uma semelhança, no tocante ao fato de ambos os citados ramos estarem cada vez mais propensos a utilizarem acordos para diminuir o tempo de tramitação das suas demandas.

Entretanto, indubitavelmente os aspectos distintivos se revelam bem mais salientes que eventual semelhança. Internamente, além daquela influência global, é possível sinalizar

que na prática não há um paralelo entre os dois ramos processuais, pois, toda lógica civil se pautará na busca por uma padronização, uniformização de tratamento entre os jurisdicionados, com a teoria dos precedentes. Há a tentativa de dar um tratamento igualitário aos casos que baterem à porta do judiciário, na busca de segurança jurídica. No âmbito civil, evita-se a jurisprudência lotérica, com o tratamento igual aos casos iguais.

Por outro lado, a lógica penal está cada vez mais sendo guiada por uma diferenciação, distinção entre os casos que chegarem ao crivo do poder judiciário. Haverá neste um destaque às características de cada parte nos diversos processos. Seres humanos, por óbvio, não são iguais, possuindo, cada um, sentimentos, experiências, desejos distintos. Logo, com essa desformalização do procedimento, aumenta-se o subjetivismo, a diferença entre os réus, principalmente quando a capacidade econômica interfere na obtenção de uma defesa eficaz. As respostas penais, diferentemente das civis, não serão as mesmas quando se estiver em situações idênticas. Um mesmo tipo penal poderá ser guiado por várias opções segundo as vontades ou interesses dos seres humanos.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALSCHULER, Albert; DEISS, Andrew. Breve historia del jurado criminal en los Estados Unidos. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, ano VIII, n. 14. Buenos Aires, Ad Hoc.

ANDRADA, Doorgal. A delação premiada tem limites na Lei nº 12.850/2013 e não se confunde com o *plea bargaining*. *Revista Justiça & Cidadania*. n. 175, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/03/a-delacao-premiada-tem-limites-na-lei-no-12-8502013-e-nao-se-confunde-com-o-plea-bargaining/>> Acesso em: 7 jul. 2015.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: modelo romano-germânico e de *Common Law*. *Revista de Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 40, n. 2, p. 206, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17348>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Decreto-lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 05 jun.2015.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 jun.2015.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 398.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7492.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8862.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

_____. Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9080.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.269, de 02 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9271.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

_____. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

_____. Lei n. 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 de jun.2015.

_____. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111449.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.322, de 09 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Lei n.12.694, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

_____. Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

_____. Lei n.12.850, de 12 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 01 jun.2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Disponível em: <www.justica.gov.br/portaldpadrao> Acesso em: 07 jul. de 2015.

_____. Projeto de Lei n. 156 do Senado Federal, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 07 jul. de 2015.

_____. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 324 a 326. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 77.771. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700418799&dt_publicacao=22/09/2008>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96.007. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.736. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=99736&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada em los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Editorial Comares, 1996.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5426>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei de crime organizado*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001, p. 563.

FERREIRA DE ALMEIDA, apud AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: modelo romano-germânico e de *Common Law*. *Revista de Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 40, n. 2, p. 206, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17348>>. Acesso em: 07 jul. 2015

FISHER, George. *Plea bargaining's Triumph: a history of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado em el Brasil imperial, 1808-1871*. México: Fondo de cultura econômica, 1986.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista eletrônica de direitos humanos e política criminal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, abr. 2008, n. 2, p. 1-16.

JESUS, Damásio Evangelista de. Anotações à Lei 8.072/90. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Forense, n. 4, mês 1990.

_____. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

LIMA, Roberto Kant de. Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.16, n. 1/2, p.94-113, 1992.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. *Temas Atuais de Processo Civil*, v.01, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->>. Acesso em: 05 jun. 2015.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogelio Pérez. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Safe, 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Como é possível ensinar processo penal depois da operação "lava jato"? *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, jul. 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova Lei de Tóxicos: aspectos processuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 825, jul. 2004, p. 458-459.

NASCIMENTO, Vanessa Urquiola do. A delação premiada no Brasil: críticas à ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: *Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Edição III, 2012, Porto Alegre. *Trabalhos Apresentados*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/3.pdf>>. Acesso em: 07 de jul. 2015.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 785, p. 46-47, mar. 2001.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PINHEIRO, Aline. Na Alemanha, transação penal depende de juiz para valer. *Consultor Jurídico*. São Paulo, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/alemanha-permite-transacao-penal-participacao-juiz>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SUN-TZU. *A arte da guerra*. 34. ed. Tradução José Sanz. Rio de Janeiro: Record, 2005.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História para o ensino médio: história geral e do Brasil*. São Paulo: Scipione, 2001.