

DELAÇÃO PREMIADA E PLEA BARGAINING: uma análise microcomparativa à luz das normas jurídicas brasileiras e ianques

Eduardo Correia Gouveia Filho¹

RESUMO: O presente artigo possui como finalidade realizar uma microcomparação entre a delação premiada, instituto jurídico que possui guarida na legislação brasileira e o plea bargaining, instituto que possui guarida nas normas jurídicas ianques, tendo em vista que ambos obedecem a lógica efficientista do processo penal, uma vez que visam a celeridade e o menor custo dos julgamentos. Para isso, dividiu-se o texto em três partes: na primeira, foi realizado o enquadramento histórico dos institutos, em que se levou em consideração, no cenário americano, questões culturais e históricas que indicam o surgimento do plea bargaining e no contexto brasileiro a evolução legislativa do tratamento conferido à delação premiada. Na segunda parte, realizou-se análise do enquadramento jurídico dos institutos, culminando com a apresentação de uma tabela contendo diferenças e semelhanças entre os institutos estudados, todas fundamentadas nas respectivas normas jurídicas e jurisprudências correlatas. Por fim, concluiu-se que a compreensão das tradições jurídicas de Brasil e Estados Unidos é fundamental para o exame dos institutos jurídicos objetos do artigo, bem como fez-se referência a uma das críticas essenciais à utilização dos citados institutos, qual seja, a afronta ao sistema acusatório de processo penal.

Palavras-chave: Delação Premiada; Plea bargaining; Processo Penal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to perform a micro comparison between the "delação premiada" - a legal Brazilian institute - and the plea bargaining - an institute with Yankee juridical norms - since both obey the efficientist logic of the criminal process and aim the speed and lowest cost of judgments. In order to do it, the text was divided into three parts: in the first, the historical framework of the institutes was carried out, which took into consideration, in the American scenario, cultural and historical issues that indicate the emergence of plea bargaining and in the Brazilian scenario, the legislative evolution of the treatment conferred to the "delação premiada". In the second part, an analysis of the legal framework of the institutes was carried out, culminating in the presentation of a table containing differences and similarities between the institutes studied, all based on their respective legal norms and related jurisprudence. Finally, it was concluded that the understanding of the legal traditions of Brazil and United States is fundamental for the examination of both legal institutes. Moreover, a reference was made to one of the main critiques to the use of the mentioned institutes, that is the affront to the accusatory system of the criminal procedure.

Key words: "Delação premiada"; Plea Bargaining; criminal procedure.

INTRODUÇÃO

A temática penal é especialmente cara a qualquer tipo de sociedade, sobretudo as democráticas, por conta do seu caráter aflitivo e coercitivo que atinge o indivíduo "de carne

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal) na área de especialidade Ciências Jurídicas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, na área de concentração Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. E-mail: eduardocgfilho@gmail.com

e osso”. A punição estatal deve respeitar a um elenco de garantias que todo e qualquer cidadão possui contra as arbitrariedades que possam ser cometidas pelos agentes estatais. Atendendo por demandas de mais segurança a partir da difusão (sobretudo através da mídia) da noção de que se está em permanente guerra contra a criminalidade, bem como a partir da manipulação do sentimento de medo, é propagada a ideia de que só a repressão penal (e a conseqüente expansão do sistema penal) pode servir de caminho para a paz social. A política criminal, não raramente, lança mão de instrumentos de cunhos eficientistas² que, a partir da flexibilização da aplicação de direitos fundamentais do imputado, servem aos incessantes anseios de uma população aflita. É neste cenário que será feita a microcomparação, objeto do presente texto, entre dois institutos jurídicos que se enquadram perfeitamente no processo de expansão do sistema punitivo e anseio por mais segurança. Os institutos são a delação premiada que possui guarida na legislação brasileira e o instituto do *plea bargaining* que está inserido no sistema normativo ianque. Embora o embrião da justiça negociada tenha surgido na Inglaterra, foi nos Estados Unidos da América que o *plea bargaining* ganhou prestígio, teve o uso estimulado e aperfeiçoado ao ponto de se tornar fundamental para a administração da justiça até os dias atuais, para conferir mais celeridade aos procedimentos penais e se obter um custo menor ao Estado na resposta penal.

No Brasil, a partir da década de 90, a justiça negociada foi inserida na legislação penal com o mesmo objetivo eficientista e pautado na lógica neoliberal, no sentido de usar a celeridade do procedimento penal como justificção da política criminal. Ambos os institutos, a partir de uma celeridade que perpassa pela expressa exigência de renúncia a garantias processuais penais por parte do imputado, visam resolver o caso penal ao menor tempo, tendo o menor custo para o Estado. De acordo com o estudo realizado pelo Institute for Criminal Police Research (vinculado à University of London – Birkbeck), denominado “World Prison Popular List” e divulgado em novembro/2018, a maior população carcerária do mundo é a dos Estados Unidos da América, enquanto a terceira maior população carcerária do mundo é a do Brasil. Esses dados ajudam a compreender a preocupação, por parte dos Estados escolhidos, no sentido de buscar alternativas para tratar o problema da criminalidade e dos encarceramentos. Isto, aliado ao fato que os

² Sob a perspectiva do eficientismo, cumpre esclarecer que é feita uma relação de custo *vs* benefício do processo, em que o que se almeja é o maior benefício (promover, ao menos pelo discurso, a maior segurança por meio de um penal eficiente) ao menor custo, através da facilitação da instrução probatória e julgamento mais célere (BRITO, 2016, p.89).

Estados Unidos, com sua importância econômica e cultural, influencia de sobremaneira os demais países da América e à utilização dos institutos no sentido de resolver processos penais em um menor tempo e ao menor custo, foram os motivos que justificaram a escolha dos países analisados no presente texto.

Quando da comparação que irá ser realizada, cumpre-se efetuar uma observação primacial: o Brasil obedece a uma tradição de *civil law*, tendo, ao longo dos anos, tratado da justiça consensual em inúmeras leis federais, até a promulgação da lei 12.850/2013 que tratou do procedimento legal pelo qual a delação premiada deve ser submetida. Especificamente no caso brasileiro, far-se-á referências principalmente ao Código processual penal e leis federais. Do outro lado, nos Estados Unidos da América tem-se a *common law* como tradição jurídica. O presente texto trará como norma primordial no tratamento da matéria a lei federal denominada “Federal Rules of Criminal Procedure”, ao lado de algumas emblemáticas decisões judiciais de tribunais ianques. Em ambas as análises dos sistemas normativos, também serão feitas referências às suas Constituições. É necessário ressaltar que no caso dos Estados Unidos da América, a análise se deu em relação ao sistema normativo no âmbito federal, logo, não teve por objeto as eventuais diferenças no tratamento do *plea bargaining* no interior de cada Estado e, conseqüentemente, de suas legislações específicas.

ENQUADRAMENTOS HISTÓRICOS

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O instituto jurídico *plea bargaining* surge nos Estados Unidos da América ainda no século XIX, sendo fortalecido com o passar do tempo³ e chegando ao conhecimento geral da população apenas nos anos 20 e 30 do século XX (ALBERGARIA, 2007, p.28). O aumento da relevância do instituto, nos Estados Unidos, deve-se principalmente à quantidade de processos, que se elevou a partir da efervescência cultural e social experimentada pelo país a partir do século XIX. O enquadramento histórico vai levar em consideração, ainda que de forma amiadada, a importância de certos fatores sociais e culturais, os papéis do Ministério Público e dos arguidos, bem como o reconhecimento do

³ Teria surgido nos Estados Unidos, propriamente, no século XIX, mas em casos excepcionais e o que não pode ser considerado como uma utilização contumaz do instituto (ALBERGARIA, 2007, p.29).

instituto pela Suprema Corte. Inicialmente, há de se falar que inúmeras questões sociais e econômicas promoveram o desenvolvimento do *plea bargaining*, sendo uma delas, a industrialização americana pós-guerra civil, que ocasionou um grande aumento populacional (principalmente da população urbana), o que gerou uma nova roupagem dos conflitos interpessoais pela utilização mais recorrente aos meios formais de resolução de conflitos (ALBERGARIA, 2007, p.30).

A demora dos julgamentos realizados pelo júri não era um problema até meados do século XIX. Todavia, com o surgimento do “sistema adversarial” e a entrada em vigor das emendas à constituição relacionadas ao processo penal, os juristas, quer atrelados à defesa, quer à acusação, implementaram na prática dos julgamentos as novidades processuais formalmente introduzidas, fazendo com que os processos ficassem mais morosos e que a busca por soluções mais rápidas fosse um imperativo. Assim, houve uma clara divisão no processo penal: de um lado, o júri recebendo um menor número de casos por conta da atuação de um tribunal cada vez mais moroso/intricado, do outro, o processo célere trazido pelo *plea bargaining*. Assim, percebe-se que a complexidade jurídica dos julgamentos, por conta da presença de advogados representando ambas as partes, a utilização de peritos e o surgimento de questões mais complexas envolvendo matéria de Direito, fizeram com que fosse enfraquecida a utilização dos júris nos Estados Unidos da América (ALBERGARIA, 2007, p.31-32).

Em relação aos atores processuais e suas importâncias para a utilização do *plea bargaining*, far-se-á enfoque nos papéis do Ministério Público e do juiz. No que tange ao órgão ministerial, tem-se que ele teve papel fundamental quando no fortalecimento deste instituto jurídico, por conta do aumento do seu trabalho, fruto de uma série de fatores, como o incremento no número de casos que lhe chegavam, a morosidade dos julgamentos e o gradativo aumento da complexidade dos processos. Além desses fatores, há de se mencionar que nos Estados Unidos⁴ o promotor (*prosecutor*) é eleito pelo povo, exercendo mandato. Muitas vezes, usam sua carreira no Ministério Público apenas para conseguir altos cargos políticos. A responsabilidade política acaba sendo um controle ao *prosecutor*. Ele age de acordo com as atitudes e anseios da população. Assim, os promotores que possuem a fama de “eficientes”, portanto, os que gozam de prestígio perante a sociedade

⁴ Os Estados de New Jersey, Alaska, Connecticut, Rhode Island e Delaware são exceção, não tendo promotores sendo eleitos pelo voto popular (NEUBAUER; FRADELLA, 2014, p.157).

(que sustenta financeiramente seus gabinetes), são aqueles que possuem altas taxas de condenações penais (ALBERGARIA, 2007, p.35-36).

Em relação ao arguido, tem-se que o acordo faz com que ele possua uma previsibilidade no que tange à pena aplicável a determinado crime, quando acusação e defesa se dispõem à negociação. O que ocorre, na prática forense, é que os operadores do Direito já sabem qual pena será cominada em determinada infração. O imputado não passa incólume à demora (sobretudo quando está preso preventivamente), aos custos de um julgamento, bem como à estigmatização social de estar em juízo. Com o acordo, ele se distancia deste cenário. Além de todos estes fatores, tem-se o mais relevante: a possibilidade de diminuição da pena, seja na cominação legal do fato, seja no modo de execução da sanção penal (ALBERGARIA, 2007, p.42-43).

Nos Estados Unidos da América, sobretudo na década de 60, houve o denominado “*crime wave*”, que a partir de um contexto de crise, veio confrontar a utilização dos meios tradicionais de resolução dos conflitos penais (principalmente a utilização do júri). Na época, havia um aumento na taxa de criminalidade, que teria sido gerado pelo aumento demográfico no pós segunda guerra mundial e o aumento no uso de drogas nos centros urbanos. Os Estados Unidos da América iniciaram uma “guerra às drogas” e este foi um fator relevante para o aumento expressivo de processos criminais. Houve o processo de expansão legislativa, que culminou na criminalização de condutas que antes não eram alvo da persecução penal, ao mesmo tempo em que se recrudesceram as sanções para delitos relacionados ao álcool, uso de drogas e os que envolviam violência doméstica (RAPOZA, 2013, p.220).

Neste cenário, a Suprema Corte americana foi fundamental a partir de seu “encorajamento” ao uso do instituto⁵, com a exaltação de suas virtudes. Entre os motivos, estava a ponderação realizada acerca da impossibilidade de levar todos os casos a julgamento, sob pena de se romper completamente o sistema e assim, aumentar a impunidade. Logo, o *plea bargaining* foi a alternativa encontrada a oferecer o que o sistema penal almejava (ALBERGARIA, 2007, p.45-47). De acordo com Rapoza (2013, p.207), o julgamento realizado pelo júri, como previsto na Constituição ianque, passou a ser a exceção, enquanto que a utilização do *plea bargaining* passou a ser a regra.

⁵ Usa-se como caso paradigmático para esta “aceitação” do *plea bargaining* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América o caso *Santobello v. New York*, em que o Chief Justice Burger afirmou que o acordo entre promotor e acusado é componente essencial da administração da justiça (ALBERGARIA, 2007, p.47). O caso é do ano de 1971.

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO NO BRASIL

Como foi apreendido no tópico acima, o instituto do *plea bargaining* aparece nos Estados Unidos da América há bastante tempo, ainda no século XIX. A utilização da delação premiada, como forma de absorver e transplantar algumas soluções jurídicas dadas pela política criminal do país mais poderoso economicamente da América, dar-se-á no Brasil apenas na década de 90, com grande influência do clamor popular a partir de casos de grande apelo midiático⁶. Por isso, em relação a este tópico, se focará mais na evolução legislativa que trata do uso da delação premiada no país, do que propriamente em suas origens ontológicas, por assim dizer. A introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro deu-se por meio da lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos). Ao analisar as circunstâncias que envolveram o seu processo legislativo, percebe-se que ele contém elementos típicos da “legislação de emergência”. Para tornar mais eficiente a resposta penal e atender aos apelos midiáticos, criou-se a figura da delação premiada que, em seu nascedouro, passou a conferir meios adequados para o combate dos delitos que incomodam as mais altas classes sociais, qual seja, os delitos patrimoniais, notadamente o crime de extorsão mediante sequestro (BRITO, 2016, p.29).

Por conta da intensa expansão legislativa que o Brasil experimentou, far-se-á análise das leis penais que possuem alguma referência ao instituto aqui analisado. Iniciando pela lei 8.072/90, que possui como base o art. 5º, XLIII da Constituição brasileira⁷, tem-se que ela trouxe o rol dos delitos que seriam considerados como sendo “crimes hediondos”. No que diz respeito à delação, ela foi implementada para ser aplicada ao crime de extorsão mediante sequestro, nos termos do art. 7º, §4º, prevendo a hipótese de diminuição da sanção de um a dois terços, quando, na presença de concurso de agentes, o coautor do crime fornecesse informações que facilitassem a liberação do sequestrado. Posteriormente, a partir do art.8º, parágrafo único, da mesma lei, a delação premiada passou a ser aplicada nos crimes hediondos praticados por quadrilha, desde que a colaboração resultasse no desmantelamento da quadrilha, situação em que o delator seria “merecedor” de uma redução da sanção de um a dois terços.

⁶ Os casos foram os crimes de extorsão mediante sequestro dos quais foram vítimas o Sr. Abílio Diniz, no ano de 1989 e o Sr. Roberto Medina, no ano de 1990. Ambos são famosos empresários brasileiros.

⁷ Necessário trazer o art.5º, XLIII da Constituição em sua literalidade: “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”.

Em um exíguo intervalo de tempo, foram promulgadas as leis 9.034/95, que trata do crime organizado e a lei 9.080/95, que amplificou a aplicação da delação premiada aos crimes contra o sistema financeiro nacional (plasmados na lei 7.492/86) e aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (previstos na lei 8.137/90). Com o acréscimo de dispositivos legais às respectivas leis, foi viabilizada a aplicação do instituto nos delitos por elas tipificados, desde que fossem cometidos em quadrilha ou coautoria. A redação, idêntica em ambas as leis, indica que “o coautor 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”. Vale ressaltar que não é feita qualquer distinção no que tange à gravidade do crime (a delação seria aplicada a qualquer crime previsto nas leis 7.492/86 e 8.137/90). De acordo com Brito (2016, p.93), foi com esta lei que houve a banalização do instituto no país.

A lei 9.613/98 trouxe como grande inovação o aumento dos prêmios a serem dados ao delator⁸. No ano de 2012, houve uma ampliação nesta lista de benesses que poderiam ser destinadas ao imputado, pois previu a possibilidade do início do cumprimento da pena em regime semiaberto e facultou ao juiz isentar de pena o delator ou substituí-la por pena restritiva de direitos a qualquer tempo. No Brasil, se fazia inúmeras críticas à legislação, por não haver qualquer lei que previsse formas de proteção ao delator. A lei 9.807/99 teve como finalidade extinguir esta preocupação. Ao tentar atingir seu desiderato, ampliou muito o campo de aplicação da delação premiada. Desta forma, Brito (2016, p.96) afirma que esta lei possibilitou a aplicação irrestrita do instituto a qualquer delito⁹ e previu, inovadoramente, a possibilidade de perdão judicial e consequente extinção da punibilidade do réu delator a partir de seu art.13¹⁰.

⁸ O artigo 1º, §5º da referida lei, que traz a listagem dos prêmios indica que “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.

⁹ Art. 14 da lei 9.807/99 : O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores 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.

¹⁰ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente 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 coautores 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

A lei 12.850/13 atendeu à pedido antigo de grande parte da doutrina e tribunais no que concerne, principalmente, a definição do conceito de “organização criminosa” e outras disposições sobre a investigação criminal e aos meios de obtenção de prova. Entre estes meios de prova, há a previsão da delação premiada (nesta lei chamada de colaboração premiada). Pode-se dizer que o maior avanço trazido na supracitada lei foi a disciplina procedimental do referido instituto jurídico. Além de todos os prêmios já previstos nas leis anteriores, houve a inovadora previsão legal no sentido de possibilitar ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia se o delator não fosse o líder da organização criminosa e fosse o primeiro a colaborar efetivamente (art.4º, §4º da lei 12.850/13¹¹). De acordo com Brito (2016, p.98), na possibilidade de existir uma organização criminosa que venha a cometer crimes plasmados em outras leis, o que geraria conflito de normas, deve-se aplicar a lei 12.850/2013, pelo fato de ser mais benéfica quando à possibilidade dos prêmios a serem oferecidos ao réu.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO *PLEA BARGAINING* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Primacialmente, é importante trazer a conceituação do instituto aqui trabalhado. Para Rapoza (2013, p. 212), *plea bargaining* é o processo através do qual o arguido e o Ministério Público, em um processo penal, procedem à regulação mutuamente satisfatória do caso, sujeita a aprovação do tribunal. Via de regra, envolve a admissão da culpa do acusado relativamente a um crime menos grave ou só um ou alguns vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave. O instituto pode ser dividido entre a *charge bargaining*, que seria o acordo versando sobre a definição do tipo legal usado na acusação (no caso, há desclassificação para um delito com sanção mais amena) e a denominada *sentence bargaining*, que trata propriamente da negociação acerca do cumprimento da sanção (ALBERGARIA, 2007, p.22).

judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

¹¹ Art. 4º, §4º da lei 12.850/13 “§ 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.

Por fim, há o chamado *nolo contendere*, que consiste em um ato do arguido em que não admite expressamente sua culpa, ainda que renuncie ao direito ao julgamento pelo júri, autorizando que o tribunal, para o caso concreto, o trate como se culpado fosse (ALBERGARIA, 2007, p.90). É relevante mencionar que nesta opção, a posição do réu tem repercussão na esfera cível, uma vez que assim, não confessaria a sua responsabilidade civil. Dois fatores são muito relevantes para a compreensão do instituto: a separação entre os poderes e a grande liberdade que o órgão acusatório tem na sua atuação. No que condiz ao primeiro, há, na Constituição ianque, em seus artigos 1º, 2º e 3º, o tratamento específico e separado dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Isso é extremamente importante na medida em que, pelo menos no que se refere ao enquadramento geral do processo penal, não haja, formalmente, uma confusão/acúmulo nas funções de julgar e acusar. O modelo respeita esta (democrática) separação, que é o mais incensado elemento definidor do sistema processual penal acusatório.

Quanto à liberdade do Ministério Público, tem-se que o órgão acusatório possui disponibilidade e discricionariedade na sua atuação. A norma jurídica 28 U.S.C §547 (I)¹², ao contrário do que pode inicialmente parecer através da leitura, deve ser compreendida como que afirmando o caráter público da ação penal, deixando-a exclusivamente a cargo do Ministério Público, mas não como lhe impondo a obrigação de a exercer em todos os casos. Não obriga o exercício do seu papel acusador em todos os casos penais (não consagra o princípio da obrigatoriedade). A disponibilidade não está explícita na lei. Neste caso, percebe-se que não há, legalmente, a indisponibilidade na atuação das acusações formais, motivo pelo que se reconhece sua liberdade de atuação, que é tão relevante quando do ato de barganhar com o réu. O próprio poder judiciário ianque, tão vigilante no que tange à atuação dos demais poderes, em relação a esta liberdade do Ministério Público não se opõe (ALBERGARIA, 2007, p.54). O *plea bargaining* pode ser aplicado para qualquer delito.

Como a ação penal fica ao completo alvedrio do Ministério Público, certamente pensa-se em formas de combater uma eventual inadequada inércia. Neste ínterim, reforça-se a relevância da atuação do ofendido, no sentido de querer ver seu ofensor sendo punido exemplarmente. Quanto ao mencionado, percebe-se a falta de um ato coercitivo que gere

¹²Em sua literalidade: Except as otherwise provided by law, each United States attorney, within his district, shall—(1) prosecute for all offenses against the United States.

uma atuação positiva do Ministério Público no sentido de ter que acusar. Um caso paradigmático que indica isso é o *Linda R. S. v. Richard D. et al*¹³.

Nos Estados Unidos da América, não há a obrigação que o arguido confesse o crime, uma vez que o *plea of nolo contendere* é uma opção (ainda que o imputado autorize o tribunal a lhe tratar como se culpado fosse)¹⁴. No âmbito do acordo, momento em que é preciso se levar em conta vários fatores e possibilidades para formular a proposta, cabe ao Ministério Público definir sua atuação pautado em elementos estabelecidos, ao nível federal, pelo “Principles of Federal Prosecution - Plea Agreements: Considerations to be Weighed - The United States Department of Justice¹⁵”, como por exemplo: A vontade do réu de cooperar na investigação ou julgamento de outros; a natureza e gravidade da ofensa ou ofensas cobradas; a despesa de julgamento e recurso; a necessidade de evitar atrasos na disposição de outros casos pendentes. Na negociação, o elemento mais importante para o êxito de uma ou outra parte é o que se tem a oferecer. Diante da imensa desigualdade entre os dois lados, percebe-se que o Ministério Público, sustentado pelo Estado, possui amplas ferramentas na obtenção da prova e na manipulação de algumas delas, que podem impor grande constrangimento ao imputado, que em uma situação de flagrante vulnerabilidade e inferioridade, é levado a confessar.

Quando da realização do acordo, algumas regras relacionadas às garantias processuais do imputado devem ser respeitadas. A primeira que será tratada no presente texto, será a garantia de publicização dos atos e documentos. A aceitação do acordo deve

¹³Neste caso, a recorrente foi a mãe de “um filho ilegítimo”, que interpôs ação para combater a “aplicação discriminatória” de um artigo do código penal do Texas, que estabelecia que o pai que não apoiasse seus filhos estaria sujeito a processos judiciais, mas que por construção judicial, ela só valeria para pais casados. A recorrente visava impedir a abstenção do promotor público no sentido de processar o pai do seu filho. Em decisão judicial, a ação dela foi rejeitada.

¹⁴Rule 11 (a) (1) (2) e (3) da Federal Rules of Criminal Procedure: 1) *In General*. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's consent) *nolo contendere* (2) *Conditional Plea*. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or *nolo contendere*, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea.(3) *Nolo Contendere Plea*. Before accepting a plea of *nolo contendere*, the court must consider the parties' views and the public interest in the effective administration of justice.

¹⁵The defendant's history with respect to criminal activity; the defendant's remorse or contrition and his/her willingness to assume responsibility for his/her conduct; the desirability of prompt and certain disposition of the case; the likelihood of obtaining a conviction at trial; the probable effect on witnesses; the probable sentence or other consequences if the defendant is convicted; the public interest in having the case tried rather than disposed of by a guilty plea; the interests of the victim, including any effect upon the victim's right to restitution.

ser realizada em audiência pública¹⁶, exceto quando o tribunal, mediante justa causa, permita a confecção do acordo a portas fechadas¹⁷.

Outra garantia do arguido é ser assistido por um defensor, que é direito albergado na VI emenda à Constituição¹⁸. Todavia, há a possibilidade do réu renunciar a este direito¹⁹ e atuar *pro se*²⁰. Sobre a necessidade desta defesa não dever ser puramente formal, mas sim efetiva, o caso *Strickland v. Washington* foi paradigmático²¹, pois indicou padrões para que a defesa pudesse ou não ser considerada efetiva, são eles: a defesa não pode ficar abaixo do padrão de razoabilidade; é necessário que exista probabilidade de que, caso não houvesse a ineficiência na prestação da defesa, o resultado do julgamento fosse distinto.

A rule 11 (C) (1) da Federal Rules of Criminal Procedure trata da obrigação da observância do caráter voluntário da assunção do acordo realizado com o órgão persecutório. Ainda assim, tem-se que é possível que o acordo seja realizado enquanto o arguido está cumprindo prisão preventiva. Em relação ao arguido aceitar o acordo estando encarcerado, Langbein (1978, p.15) compara esta prática à tortura, pautando sua fala no sentido de que ambas, ainda que inflijam quantidades de dor distintas, retiram o discernimento do acusado, potencializando o risco de falsas declarações e a declarações de culpa de pessoas inocentes. Em busca do fim do seu sofrimento, dá um falso testemunho contra si próprio por medo de permanecer por muito mais tempo em sofrível condição. O

¹⁶Rule 11 (B)(1) da Federal Rules of Criminal Procedure: Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court.

¹⁷Rule 11 (C) (2) da Federal Rules of Criminal Procedure :The parties must disclose the plea agreement in open court when the plea is offered, unless the court for good cause allows the parties to disclose the plea agreement in camera.

¹⁸In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

¹⁹ Rule 44(a) das Federal Rules of Criminal Procedure: A defendant who is unable to obtain counsel is entitled to have counsel appointed to represent the defendant at every stage of the proceeding from initial appearance through appeal, unless the defendant waives this right.

²⁰ Rule 11 (C) (1) : *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will (...).

²¹O réu, acusado de três homicídios, confessou o crime, alegou não ter histórico criminal significativo e que no momento dos assassinatos, estava em uma fase de perturbação psíquica, pois possuía dificuldades em sustentar sua família. O advogado de defesa, ao se preparar para a audiência não procurou testemunhas ou solicitou exame psiquiátrico ao seu cliente, bem como não solicitou relatório de apresentação, pois havia incluído o seu histórico criminal aos autos do processo. No entanto, o juiz do caso encontrou inúmeras circunstâncias agravantes e o condenou à pena capital. Após uma série de recursos, a Corte de Apelações afirmou que a sexta emenda à Constituição americana concedeu aos réus o direito a uma assistência razoavelmente eficaz.

caso *Bordenkirsher v. Hayes*²² definiu o que deveria ser considerado no sentido da não desnaturação do caráter voluntário da declaração do imputado.

Em relação ao papel do magistrado, em um primeiro momento, afirma-se que ele não participa da elaboração do acordo²³. Uma vez promovido o acordo entre o Ministério Público e o réu, tem-se que o tribunal a ele fica vinculado, se o aceita. Todavia, o magistrado pode recusá-lo. Antes do procedimento de análise judicial do *plea bargaining*, por certo, o magistrado deve esclarecer o imputado em relação ao procedimento e visa assegurar se a declaração é voluntária e informada. Assim, realiza uma averiguação preliminar, no sentido de apreender se o réu é apto para compreender e participar do procedimento em questão. O juiz informa o réu quais são as acusações que ele assumiria²⁴ e as consequências penais que pode enfrentar²⁵. Por fim, há declaração expressa do réu no sentido de que renuncia a certos direitos, na medida em que aceita a declaração de culpa²⁶.

²² No julgado, o Ministério Público, mesmo não tendo acusado inicialmente o arguido como reincidente, fez-lhe saber que, caso não se declarasse culpado do crime de por em circulação um cheque falso e não aceitasse a pena, dispensando o tribunal da inconveniência e necessidade de um julgamento, tentaria obter do júri, uma condenação ao abrigo de lei que punia a reincidência com a prisão perpétua. O arguido não aceitou o acordo. Como não havia dúvidas de que Hayes já tinha sido condenado, a Suprema Corte concluiu que o caso não teria sido diferente se o júri houvesse acusado ele como reincidente desde o princípio. Assim, conclui-se que o limite colocado pelo Tribunal, no sentido de “ameaçar” o réu por um crime mais grave, é que o acusador não pode mentir. Seu blefe é ilícito, se não assente em elementos probatórios que sustentem. É lícito, se é sustentado por elementos probatórios (ALBUFEIRA, 2007, p.84). Sobre a possibilidade do blefe da defesa, afirma Alschuler (1968, p.68) que os advogados de defesa às vezes também blefam, mas não seriam concorrentes iguais aos promotores neste “jogo do engano”. As oportunidades lhes são limitadas por conta, sobretudo, da dificuldade das suas investigações independentes, fazendo com que o Ministério Público geralmente lhes impeça a tomada de iniciativa.

²³ Rule 11 (C) (1) : *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding *pro se*, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions.

²⁴Sobre as informações que são passadas ao réu no momento que antecede a sua *plea guilty* ou *plea of nolo contendere*, há a Rule 11 (A)(B)(1)(G) da Federal Rules of Criminal Procedure: *Advising and Questioning the Defendant*. Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following (...) (G) the nature of each charge to which the defendant is pleading.

²⁵ Rule 11 (a) (b) (1) (H) (I) (K) (M): (a) ENTERING A PLEA; b) *Advising and Questioning the Defendant*. Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following: (H) any maximum possible penalty, including imprisonment, fine, and term of supervised release; (I) any mandatory minimum penalty; (K) the court's authority to order restitution; (M) in determining a sentence, the court's obligation to calculate the applicable sentencing-guideline range and to consider that range, possible departures under the Sentencing Guidelines, and other sentencing factors under 18 U.S.C. §3553(a);

²⁶ Rule 11 (a) (b) (1) (B) (C) (D) (F) (N): (a) ENTERING A PLEA; b) *Advising and Questioning the Defendant*. Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following: (B) the right to plead not guilty, or having already so pleaded, to persist in that plea; (C) the right to a jury trial; (D) the right to be

Uma vez que o réu demonstra ter compreensão de tudo o que irá ocorrer, inclusive no que tange à sua renúncia de direitos, o juiz considerará se houve matéria fática²⁷ para o *guilty plea* e averigua se o declarante não estaria sob efeito de nada que lhe diminuísse o discernimento. Aceito o acordo por parte do juiz, a ele é vinculante²⁸.

É lícito realizar uma pequena análise do caso *United States v. Ammidown*, do ano de 1973, que colocou em cheque até mesmo a ideia da existência de separação dos poderes e atuação do magistrado. Em apertada síntese, o caso versa sobre o fato de Robert Ammidown que conspirou para assassinar sua esposa, na medida em que contratou uma pessoa para fazê-lo. Ele realizou um acordo com o promotor, por isso, seria punido de forma mais branda. Todavia, o juiz de primeira instância rejeitou a barganha entre a acusação e a defesa, alegando que o interesse público exigia que o réu fosse julgado por uma acusação maior. No caso tratado, a Corte de Apelações (*Court of Appeals*) do Distrito de Columbia infirmou que só seria lícito sobrepor-se ao promotor quando ele incorresse em “abuso de discricionariedade”. Assim, o juiz não deveria substituir o que seria a noção de interesse público do órgão acusador, pela sua própria noção do que seria o interesse público (o que poderia ser configurado como um abuso de discricionariedade do próprio juiz).

Sobre o caso, afirma Albergaria (2007, p.99) que quando se trata do juiz entrar na atuação do poder reservado ao órgão acusador, principalmente no que tange a imputação dos crimes, o poder do magistrado só deve aparecer em situações em que o Ministério Público atue guiado por uma “discricionariedade abusiva”. Assim, chega-se a conclusão que o caso analisado mostra o reconhecimento do domínio do Ministério Público sobre a aplicação das penas, em uma ameaça a separação de poderes.

Uma vez realizado o acordo, é possível que o arguido realize a sua retratação livremente antes da aceitação da *plea guilty*²⁹. Também há a possibilidade de retratação

represented by counsel—and if necessary have the court appoint counsel—at trial and at every other stage of the proceeding; (F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or nolo contendere; N) the terms of any plea-agreement provision waiving the right to appeal or to collaterally attack the sentence.

²⁷ Rule 11 (B) (2): Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea.

²⁸ Rule 11 (C) (1) (c): Agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).

²⁹ Rule 11 (d) (1) before the court accepts the plea, for any reason or no reason.

após aceitação do *plea guilty* e antes da aplicação da pena³⁰. Depois da aplicação da pena, as possibilidades de retratação inexistem legalmente³¹.

ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Inicialmente, cumpre esclarecer duas questões preliminares: no tratamento jurídico a ser considerado nas próximas linhas, será feito o uso, preponderantemente, da lei 12.850/13, uma vez que, como já apontado, é a que deve ser utilizada quando dos casos de delação premiada, pois oferece os melhores prêmios ao réu. A segunda questão versa sobre a terminologia adotada, uma vez que a tradição legislativa brasileira foi sempre denominar o instituto de “delação premiada”, todavia, na supracitada lei, a terminologia utilizada foi “colaboração premiada”. Ambos os nomes tratam do mesmo instituto e fez-se a opção, no presente texto, de chamá-lo de “delação premiada” por ser o seu nome mais difundido. Como realizado no tópico anterior, é fundamental trazer o conceito de delação premiada, que consiste na concessão de um prêmio ao imputado, que varia da redução da pena até o perdão judicial, pela sua confissão e pela sua colaboração com os procedimentos persecutórios, realizadas de forma espontânea.

Inserida em uma política criminal cujo discurso primordial é o da eficiência do sistema punitivo, a delação premiada possui como pressuposto lógico a confissão do colaborador, o que se justificaria, para alguns, na medida em que, ao pleitear os benefícios os benefícios da redução de pena ou perdão judicial, o acusado já estaria admitindo sua culpa (BRITO, 2016, p.27). É notório o caráter efficientista, na medida em que a partir da extração de informações do delator, o grande percurso investigatório que deveria ser feito pelo Estado é encurtado de forma significativa, o que possibilita atender aos clamores de julgamentos mais céleres e punição dos réus. Aqui, é importante ressaltar que a lei 12.850/13 expressamente trata o instituto não como prova, mas como meio de prova³².

³⁰Rule 11(d) (2) A defendant may withdraw a plea of guilty or nolo contendere: after the court accepts the plea, but before it imposes sentence if the court rejects a plea agreement under 11(c)(5) or (B) the defendant can show a fair and just reason for requesting the withdrawal.

³¹ Rule 11 (E) da Federal Rules of Criminal Procedures: After the court imposes sentence, the defendant may not withdraw a plea of guilty or nolo contendere, and the plea may be set aside only on direct appeal or collateral attack.

³²Art. 3 da lei 12.850/13: Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I) colaboração premiada.

No Brasil, também há a separação dos poderes, o que é expresso na Constituição Federal de 1988³³. Há uma divisão de tarefas dos atores processuais, no sentido de quem acusa, não julga. Aqui, adianta-se, também há uma vivaz discussão acerca da invasão, por parte do Ministério Público, na delimitação das penas. Em relação ao Ministério Público, tem-se que ele não possui a disponibilidade que possui o seu órgão análogo nos Estados Unidos da América (o que justifica, em grande parte, a diferença entre os institutos ora examinados). Sua atuação é vinculada e possui grandes limitações legais, como a de não poder desistir de uma ação penal³⁴. Esta indisponibilidade pode ser considerada como decorrência do princípio da obrigatoriedade, em que está presente a noção de que os órgãos da persecução penal são obrigados a atuar quando verificados os permissivos legais.

Logo, a regra é que, tanto os promotores de justiça, como os delegados de polícia estão obrigados a agir, não podendo exercer juízo de conveniência em relação ao início da persecução penal (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p.62). Ainda que exista esta obrigatoriedade, existem os casos em que o Ministério Público não atua e a sua inércia precisa ser corrigida. Há na legislação processual penal brasileira e na Constituição formas de se confrontar a inação do órgão persecutório. Assim, será permitida a ação privada nos crimes que seriam de ação pública, se esta não for oferecida no prazo legalmente previsto, cabendo ao Ministério Público, posteriormente, aditar a queixa, repudiá-la, oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, enfim, ter uma total liberdade no sentido de retomar a ação como sendo a parte principal³⁵. Percebe-se, portanto, uma grande diferença entre as atuações dos órgãos persecutórios brasileiro e ianque. Como se depura da conceituação trazida, há exigência no sentido de que o delator confesse o delito a ele imputado. Os prêmios a ele dirigidos dependem do atingimento de um ou mais resultados contidos no rol do art. 4º da lei 12.850, sendo o primeiro resultado buscado é que a colaboração deve identificar os “demais coautores e partícipes” da organização criminosa e os delitos por eles praticados. Assim, por uma questão semântica, percebe-se a exigência de que o delator se coloque como sendo um dos membros do grupo criminoso, o que serve de condição ao recebimento dos prêmios oferecidos.

³³Art. 2º, Constituição Federal: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁴Art.42 do Código de processo penal: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

³⁵Art. 29, CPP: Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Em qualquer caso, independentemente dos resultados da delação premiada (que deve ser “efetiva”), o juiz deverá analisar alguns fatores quando da concessão dos benefícios, entre eles: a personalidade do delator, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do delito³⁶. No que concerne aos documentos e seus sigilos, a lei exige que o termo do acordo seja feito por escrito. No mais, o pedido de homologação da delação será distribuído sigilosamente, contendo tão somente informações que não identifiquem nem o delator e nem o seu objeto³⁷. O acesso aos autos será restrito, cabendo apenas ao magistrado, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como garantia do êxito das investigações. Também é assegurado ao defensor amplo acesso aos elementos de prova que estejam relacionados ao direito da defesa do representado, devidamente precedido de autorização judicial (ressaltados os referentes às diligências em andamento³⁸). A delação premiada deixa de ser sigilosa assim que for recebida a denúncia penal³⁹. A voluntariedade da delação é exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro⁴⁰. Ainda que exista esta imposição legal, há a possibilidade dela ser realizada enquanto o colaborador esteja preso preventivamente. Neste sentido, está a jurisprudência do Supremo Tribunal Brasileiro, sobretudo a partir do relevante julgamento do HC 127.483/PR⁴¹ de relatoria do ministro Dias Toffoli. No acordo de delação, é exigida a renúncia por parte do acusado ao direito ao silêncio⁴².

³⁶Art.4º, §1º da lei 12.850/13 § 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.

³⁷Art. 5º da lei 12.850/13: São direitos do colaborador: (...)V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.

³⁸Art.7º, § 2º da lei 12.850/13: 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.

³⁹Art.7º, § 3º da lei 12.850/13: O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

⁴⁰Art. 4º da lei 12.850/13: 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 (...).

⁴¹ Um fragmento da decisão é muito esclarecedor: “Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física”.

⁴² Art.4º, §14 da lei 12.850/13: 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.

O magistrado tem sua participação vedada⁴³ durante o acordo de delação premiada. Em relação ao exame que pode fazer acerca da delação, a lei exige que ele o faça apenas a análise dos requisitos legais, portanto, análise da regularidade formal do processo (podendo adequar o acordo ao caso concreto⁴⁴), devendo, por exemplo, analisar no ato da homologação, a legalidade e voluntariedade da convenção realizada, não devendo valorar o conteúdo declarações prestadas pelo delator. O Ministério Público ao inserir certas cláusulas no acordo que dizem respeito à forma de cumprimento da pena, acaba por, na prática, substituir o poder judiciário, em uma violação à separação dos poderes e afronta ao sistema acusatório, uma vez que, neste cenário, quem acusa também julga. Existe a possibilidade do réu realizar a retratação do acordo que fez⁴⁵. A partir da lei 12.850/13, percebe-se que ambas as partes podem retratar, não se exigindo nenhuma finalidade específica para isso, nem análise por parte do magistrado. Este ato poderá advir tão somente da vontade ou do Ministério Público ou do imputado. Em relação ao momento adequado que este ato deveria ser levado a cabo, a lei é omissa. É necessário ressaltar, por fim, que há o instituto da anulabilidade (não previsto expressamente na lei) do acordo, que existirá quando o ajuste contiver defeito, como por exemplo, se restar provada a existência de coação ao delator, desnaturando a necessária voluntariedade. Existe também a hipótese de rescisão do pacto (também não expresso na lei), por ambas as partes, situação ensejada pelo descumprimento das cláusulas convencionadas.

SÍNTESE COMPARATIVA

No que tange à comparação especificamente dos enquadramentos jurídicos, tem-se que em ambos os Estados há separação entre os poderes (conforme previsão constitucional), ainda que, nos acordos entre Ministério Público e réu, muitas vezes o órgão acusador ao inserir cláusulas que delimitam o cumprimento da pena, acabam por, na prática, julgar.

⁴³Art. 4º, §6º da lei 12.850/13: 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.

⁴⁴ Art.4º, §8º da lei 12.850/13: § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

⁴⁵ Art.4º, §10º da lei 12.850/13: § 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.

Uma diferença fulcral entre os dois sistemas normativos comparados é a disponibilidade (ou ausência dela) na atuação do Ministério Público. O órgão acusatório ianque é detentor de uma ampla liberdade quando da feitura dos acordos, tendo a possibilidade de atuar conforme sua conveniência, o que não ocorre no Brasil, em decorrência da sua indisponibilidade plasmada na legislação processual penal e do princípio da obrigatoriedade. No que tange aos mecanismos de combate a inação deste órgão, meios existem na tentativa de constrangê-lo a atuar, ainda que no caso norte-americano, como visto, seja considerado ineficaz. Portanto, percebe-se que a questão da disponibilidade (ou indisponibilidade) da atuação do órgão persecutório é extremamente relevante para compreensão das diferenças entre os institutos analisados. Não há, propriamente, a exigência da confissão nos Estados Unidos da América, quando da realização do acordo. No caso específico norte-americano, existe a possibilidade do *nolo contendere*, que implica em uma autorização do imputado para que o Tribunal o considere culpado (na prática, o resultado penal é o mesmo da confissão). Já no caso brasileiro, a exigência de confissão existe. Caso não existisse, em absolutamente nada o ato do delator se distinguiria da *notitia criminis* ou da *delatio criminis*.

Quando da celebração da avença, deve ser observado um rol de elementos, como as circunstâncias em que o delito foi cometido e fatores que envolvem a personalidade do réu. Em relação ao acordo, nos Estados Unidos a regra é que seja público e não sigiloso. Ao revés, no Brasil, o procedimento é sigiloso até o recebimento da denúncia. Em ambos os países, há exigência de que o imputado esteja acompanhado de defensor e que a declaração seja voluntária (ainda que, em ambos, admita-se o ajuste sendo realizado enquanto o imputado esteja preso preventivamente). Em ambos os sistemas normativos, percebe-se a possibilidade dos institutos poderem ser usados em qualquer espécie de delito. Em relação à atuação do magistrado, em ambos os sistemas normativos, ela é impossibilitada durante o acordo. Igualmente em ambos, aos juízes existe a faculdade de recusar o acordo firmado entre réu e Ministério Público. Por fim, o imputado pode se retratar da convenção que realizou, tendo a legislação brasileira sido omissa em relação ao momento juridicamente adequado para fazê-la. Já nos Estados Unidos, a legislação não foi omissa, indicando que se a retratação advier depois do início da pena, ela não é será aceita.

Tabela Comparativa

Países analisados	Brasil	Estados Unidos da América
Institutos jurídicos comparados.	Delação Premiada;	Plea Bargaining;
Separação dos Poderes.	Sim (artigo 2º da Constituição Federal de 1988);	Sim (Artigos 1º, 2º e 3º da Constituição americana de 1788);
Atuação do Ministério Público.	Indisponibilidade (art.42, Código de Processo Penal);	Disponibilidade (28 USC §547);
Controle da atuação do Ministério Público.	Possível (art.29, Código de Processo Penal; Art. 5º, LIX, da Constituição Federal de 1988);	Possível (Linda R. S. v. Richard D. Et. Al [410 U.S. 614 (1973)]);
Delitos que podem ser objeto do acordo.	Todos os delitos, desde que praticados em concursos de agentes (art. 14 da lei 9.807/99);	Todos os delitos, diante da inexistência de restrição do uso do instituto;
Necessidade da confissão do imputado.	Obrigatória (art. 4º, I da lei 12.850/13); considerada meio de prova (art.3º, I, da lei 12.850/13);	Não obrigatória, pois existe a possibilidade do <i>Nolo Contedere</i> (Rule 11 (a) (1) (2) e (3) da Federal Rules of Criminal Procedure);
Fatores levados em consideração quando da concessão do benefício.	O rol contido no Art. 4º, §1º da lei 12.850/13;	O rol contido no “Principles of Federal Prosecution - Plea Agreements: Considerations to be Weighed do The United States Department of Justice”.
Publicidade dos documentos que fazem parte do Acordo.	Documentado e sigiloso ao público em geral até o recebimento da denúncia (Art. 7º, <i>caput</i> e §3º da lei 12.850/13;	Documentado e Público (Rule 11 (b)(1) da Federal Rules of Criminal Procedure). Há exceção, quando o tribunal pode restringir o acesso mediante justa causa (Rule 11 (c) (2) da Federal Rules of Criminal Procedure);
Direito do imputado ser assistido por defensor.	Obrigado a ter defensor (art. 4º, §15º da lei 12.850/13);	Obrigado a ter defensor (VI emenda á Constituição americana), mas há exceção. O imputado pode decidir renunciar ao defensor (rule 44 (a)) e atuar <i>pro se</i> (rule 11 (C) (1), ambas da Federal Rules of

		Criminal Procedure; a defesa necessita ser efetiva (caso <i>Strickland v. Washington</i>);
Voluntariedade da Declaração.	É necessário ser voluntária (Art.4º, <i>caput</i> , da lei 12.850/13);	É necessário ser voluntária. Rule 11 (b) (2) da Federal Rules of Criminal Procedure; caso <i>Bordenkirsher v.Hayes</i> ;
Participação do magistrado no acordo.	Impossibilidade da participação (Art. 4º, §6º da lei 12.850/13);	Impossibilidade de participação (Rule 11 (C) (1) da Federal Rules of Criminal Procedure);
Apreciação do magistrado acerca do acordo realizado.	Pode recusar. Faz análise dos aspectos legais (art. 4, §8º da lei 12.850);	Pode recusar (rule 11 (C) (5) da Federal Rules of Criminal Procedure). O magistrado informa o réu sobre o procedimento legal do acordo (Rule 11 (A) (B) (1) (B) (C) (D) (F) (H) (I) (K) (M) (N) da Federal Rules of Criminal Procedure); Se o Ministério Público e o imputado acordam no sentido de cumprimento de determinada pena ou forma de cumprimento de específica sanção, o tribunal vincula-se ao acordo sobre a pena, na medida que o aceita (Rule 11 (C)(1)(C) da Federal Rules of Criminal Procedure);
Retratação, por parte do arguido, do acordo aceito pelo tribunal.	É possível (art.4º, §10º da lei 12.850); A lei é omissa quanto ao momento juridicamente adequado para que ocorra a retratação.	É possível antes da aplicação da pena (Rule 11 (D)(1) da Federal Rules of Criminal Procedure); Inexistente a possibilidade de retratação após o início da aplicação da pena (Rule 11 (e) da Federal Rules of Criminal Procedure).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, conclui-se que há inúmeras semelhanças entre a aplicação dos dois institutos e algumas marcantes diferenças. Quando da análise das últimas, percebe-se que as tradições jurídicas dos dois países é fator crucial para compreendê-las, principalmente pela influência na forma de atuação do órgão persecutório, que no Brasil, orientado pela *civil law*, tem a obrigatoriedade e indisponibilidade como marcas do exercício do seu desiderato, enquanto que nos Estados Unidos da América, cuja tradição jurídica é a *common law*, o órgão persecutório tem ampla liberdade na atuação. Por fim, faz-se referência a uma das críticas que são feitas pela doutrina no que tange à utilização dos institutos e que atinge seu elemento mais essencial: a possível afronta ao sistema processual penal acusatório (adequado aos Estados pretensamente democráticos). As críticas perpassam pelo distanciamento do sistema acusatório quando o próprio Estado, a partir do oferecimento de prêmios, estimula o réu a renunciar direitos em um cenário que, ao fim, o levará a uma condenação penal (ainda que mais amena). Além, é claro, da já comentada confusão das tarefas de acusar e julgar (marca do sistema inquisitório) a cargo do Ministério Público, o que muitas vezes ocorre no âmbito da justiça negociada.

Neste sentido, ao tratar da *plea bargaining*, afirma Langbein (1978, p.13) que a Constituição não concede aos cidadãos qualquer imunidade de processo criminal, mas concede-lhes o direito ao julgamento. Coerção autorizada por lei é diferente da coerção destinada a superar as garantias previstas na lei. Impor aos cidadãos um julgamento é distinto de coagi-los a desistir dele e fazer sobre si mesmos autoacusações que gerarão sanções penais que só deveriam ser impostas por um julgamento imparcial. De forma peremptória, afirma que a *plea bargaining*, como a tortura, é coercitiva, portanto, consiste em um forte ataque à desejada voluntariedade que deve estar presente na declaração de culpa. Ao tratar da delação premiada no Brasil, Brito (2016, p.63-69) efetua interessante aproximação do uso do instituto com o sistema inquisitorial do medievo, no sentido de que a busca da confissão ainda é uma condicionante do processo penal, sendo que a sua busca conta com diferentes mecanismos, mas conserva o mesmo objetivo: a condenação mediante o menor esforço do Estado na produção de provas contra o imputado. Assim, a delação premiada apenas modifica o instrumento para se alcançar a “verdade”: da tortura, ao prêmio; do constrangimento à “liberdade de contratar” com o Estado. A lógica

inquisitorial permanece inalterada, portanto, também aqui não haveria de se falar de voluntariedade no acordo realizado.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert. The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining, 36. University of Chicago Law Review - 1968. Disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1901&context=journal_articles> acesso em 12 jan. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Vade Mecum ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Código de processo penal (1941). Vade Mecum. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei 8.072/90. Vade Mecum. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei 9.080/95. Vade Mecum. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei 9.807/99. Vade Mecum. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Lei 12.850/13. Vade Mecum. ed. 26. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Criminal Procedure. 1944. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11> acesso em 15 jan. 2019.

_____. Principles of Federal Prosecution – The United States Department of Justice. Disponível em <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.001>> acesso em 15 jan. 2019.

_____. U.S Constitution - Amendment 6 – right to speedy trial, confrontation of Witnesses. 1791. Disponível em <https://www.usconstitution.net/xconst_Am6.html> acesso em 16 jan. 2019.

_____. The Constitution of United States. 1787. Disponível em <<http://constitutionus.com/>> acesso em 16 jan. 2019.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICE. World Prison Popular List. 2018. Disponível em <<http://www.icpr.org.uk/news-events/2018/icpr-launches-12th-edition-world-prison-population-list>> acesso em 19 jan. 2019.

LANGBEIN, John. Torture and plea bargaining. 46, University of Chicago Law Review, 1978. Disponível em <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>> acesso em 16 jan. 2019.

NEUBAUER, David W.; **FRADELLA**, Henry F. America's courts and the criminal justice system. 11 ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2014.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra. Revista Julgar, n.19.Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

TÁVORA, Nestor; **ALENCAR**, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito processual penal. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2013.

JURISPRUDÊNCIA

BORDENKISCHER V. HAYES 434 U.S 357 (SUPREME COURT – 1978) - disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/>> - acesso em 15 jan. 2019.

HABEAS CORPUS 127.483/PR (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2015). Relator: Min. Dias Toffoli. DJE de 04/02/16. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>> acesso em 17 jan. 2019.

LINDA R.S. V. RICHARD D. ET. AL 410 U.S 614 (SUPREME COURT – 1973) – disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/614>> - acesso em 15 jan. 2019.

STRICKLAND V. WASHINGTON 466 U.S 668 (SUPREME COURT- 1984) – disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/668/>> acesso em 12 jan. 2019.

SANTOBELLO V. NEW YORK 404 U.S 257 (SUPREME COURT – 1971) – disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>> acesso em 13 jan. 2019.

UNITED STATES V. AMMIDOWN (COURT OF APPEALS – COLUMBIA – 1974) disponível em <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/497/615/220738/>> acesso em 15 jan. 2019.