

A DELAÇÃO NOS SISTEMAS PUNITIVOS CONTEMPORÂNEOS

THE BETRAYAL IN SYSTEMS PUNITIVE CONTEMPORARIES

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS.
guto_jobim@hotmail.com

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS.
ricardogloeckner@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2016

Aprovado em: 20.10.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Importa ao presente trabalho questionar qual o sentido que conduz atualmente as práticas de delação e, sobretudo, qual o mote confessional que a orienta. Para tanto, analisa, diante dos regimes de verificação, as estratégias aduzidas e desdobráveis da delação pelo operador da confissão: (1) recordar o princípio reinstaurando o pacto implícito sobre o qual se funda a soberania da instituição judicial e constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta; e (2) por uma espécie de "contrato de verdade", permitir a quem julga saber com um saber indubitável, por isso sua deriva à banalização. Em suma, por estes contornos da história do pensamento jurídico-criminal, melhor se amparam as reflexões sobre as munições do poder punitivo advindas dos mecanismos delatórios.

ABSTRACT: Matter to this work question what meaning currently leads the plea bargaining practices and, above all, which the confessional motto that guides. It analyzes, before veridiction schemes, the considerations and rollaway strategies tipoff by confession operator: (1) remember the principle reinserting the implicit pact on which is founded the sovereignty of the judicial institution and is a punitive commitment giving meaning the penalty imposed; and (2) a kind of "real contract" allowing who understands with a knowing beyond doubt, so its drift to the trivialization. In short, for these outlines the history of legal and criminal thinking, better bolster the reflections on the ammunition of the punitive power of the resulting mechanisms of plea bargaining.

PALAVRAS-CHAVE: Delação – Regimes de verificação
– Confissão – Poder punitivo.

KEYWORDS: Plea bargaining – Veridiction regimes
– Confession – Punitive power.

SUMÁRIO: 1. Introdução – do atual estado de arte no processo penal brasileiro. 2. Confissão e o governo pela verdade na prática judicial. 3. A delação como novo regime de verdade no processo penal brasileiro. 4. Permeabilidade delatória e regimes de heteroverificação. 5. Palavras conclusivas. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO – DO ATUAL ESTADO DE ARTE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dado o profundo caldo cultural autoritário que experimentamos por tradição, a partir de uma rotina naturalizada de violências institucionalizadas e amparada categoricamente – não apenas por largo espectro midiático, mas por discursos criminológicos prontos a legitimar o poder punitivo –, algo emerge destacado e com (certo) ar de novidade no contexto brasileiro: as práticas de *delação*, que atualmente ganharam protagonismo inédito e – difícil negar – acabam por orientar a perseguição criminal.

Não será exagerado afirmar que o tão cindido campo de discussão sobre o conteúdo (objeto) do processo penal, que poderia ir, ao menos, desde o debate sobre a inexistência nele de *lide* através do *caso penal*¹ ou descrito desde uma *pretensão acusatória*,² hoje – a rigor por uma fenomenologia rigorosa – inegavelmente pode ser resumido, em grande medida, como tendo seu lastro numa espécie de “pretensão delatória”. Arrisca-se a afirmar que a dinâmica das megaoperações policiais e seus megaprocessos nada menos arbitrários, vertidos sob o *slogan* do “combate à corrupção” – que a justiça criminal brasileira aprendeu a importar tardiamente, pouco importando ao menos se questionar o que tais práticas acarretaram de concreto nas experiências dos países que as realizaram,³ a saber, nada de decréscimo nas práticas

-
1. Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
 2. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
 3. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. New York/San Francisco/London: Academic Press, 1978 e DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institucional approach*. Farnham/Burlington: Ashgate, 2012.

de corrupção, todavia um sensível aperfeiçoamento nas suas performances⁴ –, constroem algo como que um arcabouço narrativo de arranque sobre o qual irá se debruçar toda e qualquer hipótese no processo penal, seja ela acusatória ou defensiva, e orientará todos seus movimentos e estratégias. Se a luta travada através do processo penal deveria representar uma pretensão deflagrada desde um movimento acusatório mínimo que precisará ser comprovado, o atual estado da arte processual penal no Brasil não dista de possuir como epicentro, ou como polo atrator, o próprio conteúdo das delações ou de seus desdobramentos conexos com as mesmas propriedades.⁵ Em suma, seu objeto mais íntimo, nem tão obscuro assim, ou seja, aquilo sobre o que se deverá esgrimir a teia argumentativa diz respeito ao curso delatatório apresentado, sobretudo posto como existente até que se consagre o contrário. A presença do “*primato dell’ipotesi sui fatti*”, como afirmava Cordero,⁶ ademais representa uma inclinação do magistrado numa espécie de autodoação, aproximando-se de uma *convicção apressada*. Portanto, passando longe de qualquer *pré-ocupação de inocência*⁷ democraticamente concebida e mais próximo o julgador do componente alucinatório da *evidência* – pois passa por cima das *condições de esteio* e adere prontamente ao polo da *aceitação*⁸ – produzem-se subjetividades jurídicas (atores político-criminais) que, forjadas oportunisticamente e sem perder tempo, pois angustiados pela eficiência, amparam-se no cinismo dos “jogos processuais” e destilam o medo como estratégia. Cinismo e medo, eis os afetos político-criminais centrais nestes contextos.

Sendo assim, o roteiro de uma *criminologia midiática*⁹ dinamizadas por um autoritarismo *cool* é bem conhecido por todos. A pornografia penal terá um du-

4. Sobre o legado da tão afamada “operação mãos limpas” na Itália e suas objetivas consequências nefastas, cf. o já clássico VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of “Mani Pulite”: a critical analysis of italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, 2009, p. 233-264.
5. AMARAL, Augusto Jobim do. A cultura inquisitiva na justiça criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos *Boletim IBCCRIM*, n. 274, set. /2015.
6. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986, p. 51.
7. AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.
8. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 496 ss.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 193 ss.

plo e complementar cenário: para a patuleia, costumeira clientela do sistema penal, ela será ambientada por vasto cardápio de programação de alguma televisada “polícia em ação”, entretanto, para a casta privilegiada, a ode punitiva deverá ter outra roupagem, afinal deve ser retratada através de capítulos diários como qualquer novela e finamente contornada por “delações” vazadas e veiculadas por telejornais de uma grande mídia anêmica de democracia.

Daí o uso tático da história da corrupção e a necessidade de se entender a estratégia manipuladora envolvida. Não obstante, de forma muito mais profunda que uma mera intuição, já não surpreende mais a âncora das práticas punitivas atuais, qual seja, qualquer meio insidioso de investigação: rompimento de algum sigilo telefônico, fiscal, contábil etc. conectado quando, não imediatamente, a uma prisão temporária para mobilizar algum indício mais concreto; ato contínuo, se tudo correr a contento, há a formação do “acordo de delação”. Portanto, a *governabilidade de um dispositivo inquisitivo*¹⁰ não cessará em demonstrar suas reconfigurações.

2. CONFISSÃO E O GOVERNO PELA VERDADE NA PRÁTICA JUDICIAL

Não obstante, por ora, ao nosso interesse importa questionar qual o sentido que conduz as práticas de delação e o mote confessional que a orienta, bem como as estratégias aduzidas por elas, para que melhor se entenda os desdobramentos do poder punitivo munido por estes mecanismos delatórios.

Para tanto, cabe lembrar que, entre os meses de abril e maio de 1981, Michel Foucault ministrou um seminário na Universidade Católica de Louvain chamado “*Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*”¹¹ (Presses Universitaires de Louvain/University of Chicago Press, 2012). O “curso de Louvain” fora dado a criminólogos interessados em interrogar a história da *confissão* como forma de vínculo e relação entre veridicação e jurisdição. Como que em uma banda de Moebius, o político e o filosófico se integram neste estudo para realizar uma *etnologia do dizer verdadeiro*. De um modo geral, da ligação dos indivíduos feita pelas formas de veridicação, Foucault concebe a *confissão* como

10. AMARAL, Augusto Jobim do. *O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016 (no prelo).

11. Para fins pedagógicos, utilizaremos a excelente versão espanhola, quando necessário, com nossa tradução: FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: función de la confesión en la justicia*. Curso de Lovaina, 1981. Edición original establecida por Fabienne Brion y Bernard E. Harcourt. Edición en español al cuidado de Edgardo Castro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

“um ato verbal mediante o qual o sujeito põe uma afirmação sobre o que ele mesmo é, comprometendo-se com essa verdade, pondo-se numa relação de dependência com relação ao outro e, por sua vez, também transforma a relação que tem consigo mesmo”.¹²

Neste instante, nem a nós, muito menos a Foucault, dentro de uma filosofia crítica das veridicações, cabe investigar sobre que condições pode haver um enunciado verdadeiro, não obstante parece mais importante perguntar diretamente sobre as *formas de veridicação*, quer dizer, quais são os diferentes jogos de verdade/falsidade que se instauram nos diversos modos do *dizer verdadeiro*. Em suma: qual seriam o lugar e o papel do *dizer verdadeiro* na prática judicial?¹³ Nesta história política das veridicações é que se poderá perceber como pôde aparecer, e em que condições, determinado modo de veridicação (*Wahrsagen*), bem como o que isso representa. Estudar o *governo pela verdade* acaba sendo a reflexão sobre o *dizer verdadeiro* como prática social, ou seja, pensá-lo como uma arma nas relações entre os sujeitos, um modificador de força entre aqueles que falam e como elemento dentro de uma estrutura institucional. Assim, no aspecto judicial, no instante em que a *palavra de verdade* e a *palavra de justiça* se conectam, precisamente, é que esses contornos chamam ainda mais a atenção e ganham importância inédita.¹⁴ Será desde a *parelha veridicação-jurisdição* foucaultiana, ou noutros termos, como o *dizer a verdade* passa também a *dizer o justo*, que arriscaremos brevemente deslizar para, ao final, perceber no que vem a calhar o pensamento acerca da *confissão* como técnica de autoveridicação e as práticas de *delação*, particularmente no contexto brasileiro.

Dentro dos marcos da etnologia política-institucional do *dizer verdadeiro*, Foucault perpassa no seminário ao menos três importantes domínios históricos: a antiguidade clássica grega, o momento cristão medieval e, por fim, o domínio moderno contemporâneo. Ao nosso foco imediato, neste longuíssimo e complexo trajeto, quanto ao momento medieval cristão, cabe destacar inicialmente o *instante anterior* ao da *juridificação da penitência* (dada só depois através da sua sacramentalização no século XIII). No *cristianismo primitivo* (que vai até Santo Agostinho), porém, a penitência era um recurso não renovável

12. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 27.

13. Tema em geral também concebido diretamente no projeto do curso dos anos 1979-1980. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. Curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

14. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 38.

para o sujeito reintegrar-se à comunidade, uma espécie de reconhecimento da condição de pecador (*exomologesis*), centrado em um grande ritual de suplicio, em que a verificação advinha da *mortificação do corpo*.¹⁵ Nada desta manifestação espetacular de martírio (central até o século V) ainda se assemelhava com a enunciação verbal dos pecados ligada à confissão.

No entanto, o panorama modifica-se com as práticas monásticas (monacato entre os séculos IV-V) em que o *dizer a verdade* torna-se central neste movimento ascético ligado às relações de obediência, submissão e direção contínua e infinita. O central agora é o *exercício de linguagem: deve-se falar* – verbalização para implicar domínio, daí o nascimento do *princípio da confissão perpétua* ligado diretamente ao princípio geral de obediência.¹⁶ Foucault destaca que este programa irrealizável de confissão permanente de si verificada no monacato, juntamente com o trabalho como valor espiritual/econômico de hierarquia e regulação, permite surgir nos monastérios uma codificação rigorosa das faltas e principalmente de castigos. Em outras palavras, há um duplo movimento,¹⁷ do século IV ao VII, que levará à chamada *penitência tarifada* (uma penitência = uma falta) a partir do século VII: por um lado, a dificuldade de aplicar nas comunidades monásticas a confissão permanente faz ingressar outras técnicas, como a do castigo diante da falta cometida. Já, em outra parte, nas comunidades não monásticas viu-se a atenuação do princípio da *exomologesis*, em que a penitência passa a ser ajustada às novas funções de direção espiritual (*função pastoral*), ou seja, a obrigação de verdade com relação ao outro passa por uma série de codificações de condutas e sanções. Portanto, explica-se como o monacato agregado ao direito germânico da época acaba por ser fundamental para a formação da ideia de proporção entre pecado-satisfação. Pode-se dizer que emerge um sistema econômico de transação de penitências, sobretudo determinante na história da jurisdicionalização da Igreja convertida como Poder a infringir penas civis/canônicas.¹⁸

Será assim, com a Igreja convertida em poder jurisdicional que, a partir do século X, haverá a juridificação da penitência por meio da sua sacramentalização (consagrada por intermédio do Canon XXI no Concílio IV de Latrão em

15. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 121 ss. e FOUCAULT, Michel. *Do governo...* cit., p. 177 ss.

16. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 156.

17. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 193.

18. FOUCAULT, Michel. *Do governo...* cit., p. 85 ss.

1215).¹⁹ Tal obrigação universal de confessar, independentemente se pecado há, é a estampa da *confissão* como operador primordial para entender desde lá a superposição da *forma sacramental* e da *forma judicial da penitência*. A cena judicial se estabelece como estrutura da própria relação Homem/Deus, quase que como condição do poder temporal da Igreja. A introdução deste “sujeito confessante”, incitado a dizer o que se pergunta, ademais de ter podido manter unidas ambas as dimensões, como se sabe, teve papel indispensável na maquinação penal, consolidando o poder punitivo e a institucionalização da sua prática judicial.²⁰

Em uma precisa curva de análise, foi a inquisição (pouco afeita a simplificações)²¹ – com a juridicização das práticas eclesiásticas e com o desenvolvimento das monarquias desde um “Estado de Justiça”, mormente deslocando o peso do *enfrentamento* característico dos modelos germânicos (adversariais) para a *decisão* (resolução do soberano desde o estabelecimento da verdade, decidindo-se por uma sanção a partir do apurado) – que elevou a *confissão como peça central* da prática judicial a partir do século XII.²² Aqui, sua importância também reside por se situar na fronteira entre os processos acusatório e inquisitório.²³ Lembremos que, de alguma maneira, nas ordálias a confissão era extraída dos desafios e enfrentamentos, ligada às *práticas de prova*. Porém a base da confissão dada pela inquisição fará com que ela seja uma estranha mescla entre *constatação da prova* e a *própria corroboração da verdade*, ou seja, ao mesmo tempo *verdade e prova* – daí por que *extrair a* “confissão é (...) a prova inquisitorial da verdade”.²⁴ A seu turno, o método da *tortura* que permite arrancar tal verdade, nunca esqueçamos, dever ser visto, não como mera prática selvagem, mas com uma espécie de jogo, profundamente regulamentado em seu procedimento, bem determinado seus meios, formas e intensidades. Por óbvio, um duelo profundamente desigual e nefasto, mas que guarda em si um esquema de jogo sob o qual se podia, desde as regras, ceder

19. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 201 ss. e FOUCAULT, Michel. *Do governo...* cit., p. 177 ss.

20. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 218.

21. Cf. *Discurso penal e política da prova: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

22. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Machado e Eduardo Morais, supervisão Léa Novaes et. al. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 55 ss.

23. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 221.

24. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 222.

ou resistir para ganhá-lo.²⁵ Para além da retomada da tortura quando do estabelecimento das grandes estruturas estatais, nos séculos XVI e XVII, cabe frisar através disso a inclusão da confissão (como “prova plena”) nos então sistemas de “provas legais”. Em apertada síntese, até o século XVIII, há um vínculo essencial da *confissão* tanto com a *tortura* quanto com a *prova legal*.

Não obstante, o ponto de giro importante ao nosso argumento pode ser apontado desde a seguinte questão: o que aconteceu, porém, a partir da segunda metade do século XVIII com o crepúsculo dos elementos *tortura* e *prova legal*? Poder-se-ia indagar diretamente se, com os ditos códigos modernos, a confissão perdeu a importância? Resposta peremptória: não!²⁶ Muito pelo contrário, a confissão ganhou valor ímpar sustentado plenamente até hoje nos sistemas penais contemporâneos. Para tanto, há que se atentar ao novo significado geral do sistema penal dado à época. Ao menos duas dimensões são fundantes aqui.

Primeiro, em linhas gerais, para os contratualistas de então, o que deveria fundar a lei era a vontade de todos.²⁷ Assim, o traço de permanência nas teorias penais surgidas na época (mantido até hoje), é a ideia de que, quando alguém comete um crime, será punido em conformidade a uma lei querida por ele, ou seja, uma espécie de autocastigo. *Desde a premissa de que lei estampa a vontade geral, nasce a ficção de que aquele que cometeu o crime deve se reconhecer na lei que o afeta, validando o castigo que irá sofrer.* Como se, pela confissão, não dissesse apenas “sim, cometi/cometemos o crime”, mas, sobretudo, ao dizer, expressasse de alguma forma o princípio mesmo da lei penal, legitimando-o. Trata-se, com a argúcia própria da chamada ilustração penal, de uma refundação da defesa social, agora nos limites de um rito de soberania, que fará permanentemente recordar um místico pacto social, tendo a confissão como elemento inafastável. Sem termos claro que isso hodiernamente se mantém como exigência operativa exatamente porque diz respeito ao fundamento mesmo do poder de punir exercido por meio do sistema penal, pouco se entenderá do papel simbólico e central da confissão, e da delação, por conseguinte, em nosso cotidiano judicial.

A confissão, desta maneira, passa a ser vista como ato que deve manifestar como verdade o que é o exercício do suposto “direito de punir”. Diretamente

25. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19. ed. Tradução Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987.

26. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 224 ss.

27. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 225.

aí a importância atualíssima em nossos sistemas penais, em que se têm recorrido ostensiva e compulsivamente às técnicas de confissão, delação e afins, como que para *retomar o fundo perdido de legitimidade de um poder punitivo* vagando na busca de restaurar e recordar o pacto que fundaria a soberania da sua instituição judicial. Por último, não se olvide que a confissão, dentro do panorama descrito, mormente dos discursos de legitimação da pena, resumidos mediante a dupla função, castigar e corrigir próprias do período, acaba por envolver também outra valência. Se a pena, sob tais discursos de uma nova economia da punição do século XVIII, além de punir, deve corrigir, o ato de confessar do agente, muito para além de representar a assunção de sua culpa em que há o reconhecimento do castigo como algo justo, ainda mais, há nesta confissão a aceitação desde logo em participar dos efeitos corretivos que se atribui ao castigo. Enfim, aqui a confissão paira como a primeira prenda do pacto punitivo.

A confissão, noutro aspecto, dentro desse *novo regime de verdade*,²⁸ acaba assumindo ainda propriedade outra. Naquele momento, ao sair do modelo probatório tarifado definido por um código prévio, o que entrava em jogo era o vetor da consciência do julgador. Toca a ele dizer o que é convincente ou não, alijado de complicados cálculos sobre elementos de prova, em que a verdade não se pondera mais conforme unidades de medida dadas de antemão. Na prática penal, a partir da segunda metade do século XVIII, a verdade deveria se definir por elementos de demonstração ponderados racionalmente pelo julgador, o que quer dizer que a verdade que passa a atuar nesse terreno é da sorte de um assunto comum a todos, devendo ser produzida como assunto patente a todo homem soberano em sua racionalidade e consciência. Não se precisará deduzir disso a importância inédita que a confissão toma como prova irrefutável, equivalente à evidência em matéria penal e, por consequência, convertendo-se na forma de prova mais buscada judicialmente.

Em apertada síntese, deve-se destacar que o operador da confissão (1) recorda o princípio, reinstaura o pacto implícito sobre o qual se funda a soberania da instituição judicial e constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta; e (2) por uma espécie de “contrato de verdade”, permite a quem julga saber com um saber indubitável, por isso sua deriva à banalização, representada por alguns sintomas os quais cabe sempre percebê-los.²⁹

28. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 226.

29. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 227.

3. A DELAÇÃO COMO NOVO REGIME DE VERDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Portanto, o que a confissão, traduzida em necessidade fundacional do sistema penal, ao menos desde o século XVIII, tem a nos dizer sobre suas práticas desdobradas, como a *delação* (ou seus eufemismos de colaboração), nestes e noutros contextos sistemas judiciais penais, que talvez ainda não tenham sido suficientemente exploradas? Ademais, por que em cenários de crises naturalizadas por demandas constantes de punição e por populismos instrumentalizados midiaticamente e recepcionados pelos atores jurídico-penais, o recurso a seus métodos são recorrentes? Por que em certas conjunturas os processos criminais movem-se como que máquinas a serem impulsionadas por delações consecutivas apostas com o valor de verdade ou como premissas a conduzir o juízo?

A *delação* por si só caberia vê-la, em contornos genéricos, por um lado, como uma espécie ou mesmo a partir da finalidade mesma da *confissão*, qual seja, alcançar o maior número de culpáveis possível para impulsionar a eficácia da maquinaria persecutória; por outro não obstante, a *delação* revigora o que a confissão carrega em sua gênese, principalmente em momentos de grande influxo autoritário, quer dizer, inflaciona uma valência ao mesmo tempo da ordem da *verdade* e da *prova*: joga tanto como *constatação probatória* quanto principalmente como *verdade ratificada*, fazendo surgir a verdade não apenas para o criminoso, requalificando a relação de adesão legítima à punição que se sofre, mas também capaz de forjar por seu mecanismo uma nova condição em que a palavra dita no “acordo de delação” é revestida de *palavra da verdade* ou, no mínimo, aposta como premissa a orientar até mesmo as presunções no processo penal. Mais do que declarar algo novo sobre si ou sobre alguém, há na *confissão*, sendo profundamente ampliado na *delação*, um enorme *custo de enunciação*³⁰ envolvido, em que se reforça radicalmente a relação de submissão ao poder punitivo. Sobretudo, este custo de enunciação qualifica o *dizer confesso*, que passa a travestir-se como *compromisso de verdade*.

Assim, a *delação* acaba por se tornar atualmente o eixo sobre o qual gira um *novo regime de verdade no processo penal brasileiro*. A sua importância é evidenciada, portanto, pela tamanha submissão a qual tanto a investigação quanto a sentença devem a ela obedecer. O que se instrui, em maior ou menor medida, é delimitado pelo delatado e desde aí será formado o juízo, de acordo com o que não for supostamente entendido como refutado. Se, como afirmado, desde

30. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 25.

a segunda metade do XVIII, com a nova posição que a confissão assume e com o sistema do chamado “livre convencimento”, o julgador é jogado para fora das premissas da prova tarifada e centrada a prática do julgamento desde uma verdade entendida não desde pedaços a serem calculados, mas se está frente a uma sorte de verdade indivisível, apurável de maneira comum por qualquer ser humano racional e consciente. O que isso importou não foi apenas a soberania da consciência do julgador, mas a proximidade e o nivelamento da decisão à percepção comum a todos de uma verdade que desde então, evidenciada pela confissão, é prova irrefutável e deve ser patente a todos. Por este motivo fundamentalmente que desde lá passa a ser a confissão a forma de prova mais buscada. Nada diferente ocorre com a delação convertida no âmago do processo penal hoje. Portanto, isso talvez demonstre, ademais, o porquê da enorme adesão e cooptação realizadas pelos meios massivos de comunicação nos chamados megaprocessos, a partir das delações exaustivamente exibidas, afinal, estão ambos a trabalhar sob o mesmo material: um *senso comum que demanda uma verdade de fácil assimilação em que precisamente qualquer distância entre prova e verdade se esfumaça*. Novamente um processo penal retroalimentado pelo combustível midiático.

Isto só faz adiantar talvez a principal pista característica que a *confissão* carrega acima de qualquer outra: a *confissão* é da ordem da *dramaturgia*.³¹ Segundo Foucault, ponto sensível da “dramática” judicial-penal será todo o elemento que num cenário ponha em manifesto o fundamento de legitimidade e o sentido daquilo que nele se desenvolve. Por isso a intensidade ímpar encontrada na *confissão/delação*, e o recurso a ela e a sua lógica, sempre em instantes peculiares.

Nada ornamental, portanto, o exame que queira pensar sobre como vêm operando as práticas de delações e o porquê de sua posição de destaque na grande escala dos processos criminais atualmente. Diga-se diretamente: sempre que a cada instante de exposição de sua falência e ilegitimidade o poder punitivo venha a ser confrontado, algum de seus principais aparatos, caso da lógica da *confissão/delação* – tal como se fossem baterias de defesa blindadas pelos mais diversos atores (políticos) que se prestem a este papel –, sua dinâmica indicará movimentos na direção da tentativa de restaurar algum fundo de soberania perdido ou alguma justificação fracassada ao seu poder.

Se estamos hoje às voltas, quiçá como nunca, da permeabilidade a uma rotina que acaba por reconduzir a confissão ao trono da rainha das provas,

31. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 228.

pouco avançaremos se tais figuras forem encaradas apenas sob argumentos comuns. Se premiar a delação é escancaradamente transmitir valores tão negativos quanto o que se supõe enfrentar, encerrando atitudes profundamente reprováveis no plano ético chanceladas pelo Estado, já pouco se consegue esconder seu parentesco com a chantagem institucionalizada. Tudo isso, e muito mais, à exaustão, já fora criticado sem talvez se chegar ao ponto nodal. O que parece não ter sido explorado adequadamente é, frise-se, o que representa as agências de punição lançarem mão compulsivamente, como prática generalizada, de meios que tentam viabilizar a pena mediante a colaboração daquele que irá sofrê-la, ou seja, o que há por detrás da lógica do binômio confissão/tortura que vimos?

Tentamos aqui lançar alguma direção. As pulsões concentradas nas atuais práticas de delação, por exemplo, apenas poderão ganhar contornos profícuos de análise se forem vistas, além de tudo, como sintoma de algo pouco mais profundo e desafiador: a percepção de que um poder punitivo, carente de legitimidade, quem sabe nos seus estertores (“em busca das penas perdidas”, como se poderia dizer),³² e por intermédio de quem esteja disposto a se lançar nessa cruzada, tenta restaurar e revalidar, a todo instante, algum mítico fundamento de existência.

A hipótese central esboçada, ainda que rapidamente, daquilo que a história dos jogos de verdade e de poder nos indica é: *a confissão/delação, por seu caráter de dramaturgia que põe de manifesto o fundamento da punição em si, desnuda-se como elemento central de adesão à legitimidade do poder punitivo, podendo-se surpreender e entender o recurso a estes dispositivos pelas maquinarias jurídico-penais autoritárias preocupadas em garantir seu exercício.* Sob o adágio da confissão, vê-se reiteradamente os fascismos sociais tomarem protagonismo, ou seja, *diretamente conectadas estão o maior recurso a tais práticas e a tamanha intensidade autoritária de seu sistema de justiça.* Será exatamente em instantes de elevada exposição da ilegitimidade do poder punitivo que ele próprio, por meio de estratégias múltiplas, lançará mãos de diferentes linguagens autoritárias, prontas a se expandirem por meio de alguma gramática, como a da *confissão/delação*, representantes privilegiados que são da permanente tentativa de recobrar a validade e a soberania do poder punitivo.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.* Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

4. PERMEABILIDADE DELATÓRIA E REGIMES DE HETEROVERIFICAÇÃO

Como visto, através da confissão não se chega unicamente a um dizer sobre aquilo que se é. Nem tampouco se trata de um dizer sobre um fato determinado. Através da confissão, forma-se um compromisso, no qual o confidente se obriga não apenas a falar de si, mas a ser aquilo que afirma.³³ Evidentemente, a justiça criminal não se constitui como um local privilegiado da confissão, à medida que a sociedade ocidental inventou o dispositivo confessional,³⁴ um dispositivo pelo qual o poder opera através da individualização.³⁵ Assim sucede na psiquiatria, na psicanálise e no direito. Essa confissão se trata de uma forma do dizer verdadeiro, posto que se a confissão é falsa, deixa de ser uma confissão.³⁶ É, portanto, um modo de verificação. Contudo, uma verificação de si mesmo, uma hermenêutica de si, a obrigação de alguém dizer a verdade.³⁷ Eis como a confissão pode ser apresentada no Ocidente.

Como afirma Foucault,³⁸ o problema da instalação da confissão como um modo de se produzir a verdade está intimamente ligado à maneira como o sistema inquisitório substitui o acusatório (a partir do Estado soberano). Evidentemente, já não se trata de se produzir a verdade através da contenda entre dois competidores. Mas operar-se-á a instalação de um dispositivo em que a resolução do conflito se dá através de uma decisão do soberano ou de seu representante. Uma vez que o estabelecimento da verdade se torna absolutamente necessária, aquela emanada do próprio acusado se transformará em elemento essencial, em elemento primordial. A confissão retorna (não se deve esquecer os cânones romanos) como a manifestação da verdade por parte daquele que cometeu o delito. Temos a justaposição entre a externalização da verdade

33. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 26.

34. “A confissão passou a ser, no Ocidente, uma das técnicas mais altamente valorizadas para produzir a verdade. Desde então nos tornamos uma sociedade singularmente confessanda”. FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 1988, p. 67.

35. “O indivíduo, durante muito tempo, foi autenticado pela referência dos outros e pela manifestação de seu vínculo com outrem (família, lealdade, proteção); posteriormente passou a ser autenticado pelo discurso de verdade que era capaz de (ou obrigado a) ter sobre si mesmo. A confissão da verdade se inscreveu no cerne dos procedimentos de individualização pelo poder”. FOUCAULT, Michel. *A história...* cit., p. 67.

36. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 29.

37. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 109.

38. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 221.

(o confitente como meio de prova) e o sujeito sobre o qual deverá recair a punição. Este sistema híbrido permitirá que ao mesmo tempo, o confitente ratifique, homologue uma acusação, através da corroboração da acusação, garantindo o testemunho sobre si mesmo.

A relevância que confissão teve no sistema inquisitorial jamais poderia ser comparada àquela que se encontra no direito ocidental contemporâneo.³⁹ O primeiro fundamento, de acordo com Foucault, que outorga esta ampla importância à confissão nos sistemas de justiça criminal contemporâneos, diz respeito às próprias bases do sistema criminal, isto é, aquilo que lhe estrutura e o legitima. Partindo-se do pressuposto de que o que funda a sociedade (e evidentemente o sistema de justiça criminal) é a vontade geral – vontade de todos – aquele que pratica o delito não receberá uma pena vinda de alguma entidade exterior. Trata-se, antes, de uma pena autoinfligida, de um autocastigo. A enunciação da confissão será, não apenas um meio de prova, mas também, no registro simbólico, o próprio reconhecimento da autoridade do Estado, de sua soberania. Como acentua Foucault,⁴⁰ a confissão será um rito de soberania, onde o culpado concede aos juízes os fundamentos jurídicos e políticos para a condenação. A confissão será uma *laudatio* do pacto social e um instrumento útil para que o magistrado se livre de toda e qualquer carga psíquica no ato de condenar (é como se o confitente estivesse pedindo a punição, que viria de bom grado).

A segunda razão⁴¹ que torna a confissão tão importante na estrutura judicial contemporânea reside no modo e na forma de verificação que se apresenta, uma vez que a confissão e o regime de verdade devem ser colocados sob o escrutínio da sentença e dos mecanismos investigatórios e de produção probatória. Ausente o sistema das provas legais (ao menos do ponto de vista formal), deverá agora o magistrado avaliar, subjetivamente, os elementos probatórios que se apresentam como suficientes para uma condenação. Será, portanto, a decisão, proferida pelo juiz (ou jurado), que julgará o conjunto de elementos hábeis a condenar ou absolver o imputado. A confissão estabelecerá uma verdade que é manifestada de modo irrefutável, que se colocará no regime de evidência, pelo que garantirá a idoneidade não apenas da decisão, mas dos próprios elementos de investigação recolhidos. A confissão purga, assim, eventuais erros e omissões contidos na investigação e no processo. Através da confissão não

39. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 224.

40. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 226.

41. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 226.

será mais necessário ao órgão decisório recolher os fragmentos de verdade, as pequenas narrativas, nem tampouco decifrar as entrelinhas do caso. A verdade se manifestará radiante, inevitável. Assim, por mais que os códigos afirmem a inexistência de um meio de prova superior aos demais, as práticas confessionais demonstram o contrário. Obter a confissão garante a emanção de uma verdade a todos constatável.

A terceira razão da relevância da confissão nos sistemas de justiça criminal contemporâneos, de acordo com Foucault,⁴² reside no reforço dos efeitos ressocializadores próprios da pena. Ao confessar, o acusado não apenas dá o primeiro passo no sentido de buscar a emenda como também adere, subjetivamente, ao “tratamento” que lhe será aplicado mais adiante. Seja como efeito mnemotécnico do pacto social, como contrato de verdade que permite colocar a decisão fora de qualquer dúvida ou como aderência psíquica ao castigo, a confissão se apresenta como elemento ineliminável do sistema de justiça criminal.⁴³

A essencialidade da confissão para o sistema de justiça criminal obrigou a um novo tratamento, que se daria sobre um conjunto de casos. Desde o sujeito que se recusa a confessar até o sujeito incapaz de confessar (os casos de loucura), tornou-se necessário duplicar o sistema confessional. Diante da impossibilidade de se obter a confissão, à evidência, aqueles três níveis distintos sobre os quais a confissão operaria distintos efeitos – todos eles indispensáveis – acabariam se ausentando do sistema judicial. Assim, uma lacuna não suscetível de preenchimento se abriria, impedindo a construção simbólica da soberania, frustrando o contrato de verdade e impedindo a atribuição de efeitos disciplinadores à pena. A necessidade de se colocar algo como um fantasma da confissão produziu um novo regime, não mais regido a partir de uma hermenêutica de si mesmo. Seria necessário *alguém confessar por outrem*, assegurar a verdade quando o confidente se negasse ou mesmo fosse incapaz de confessar. Assim, mecanismos de heteroverificação se encarregariam de colmatar aquela lacuna que não poderia permanecer aberta. No plano do processo penal, o exame psiquiátrico se encarregaria de assegurar a verdade do crime. No campo da execução da pena, o laudo psicológico se encarregaria de assegurar a adesão do apenado aos regimes disciplinares da correção. São, como acentua Foucault,⁴⁴ pontos de difração, permitindo que o sistema caísse para fora de

42. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 226.

43. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 227.

44. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 229.

seus trilhos.⁴⁵ Foucault afirmará que este movimento permite destacar aquilo que estava implícito ou invisibilizado nas práticas penais: se tratava, também, de construir uma subjetividade, que ligasse o crime ao criminoso, o que, segundo o autor, provocará um descarrilamento da confissão no sistema penal contemporâneo. O exame psiquiátrico e o psicológico se constituirão como desdobramentos da confissão, seus dúplices, garantindo a produção de uma subjetividade criminal. Assim, tais elementos exercerão um papel dramaturgico que escapa à confissão, pois representam dimensões que inserem um hiato entre a mecânica do crime e aquela da responsabilidade criminal. O ocaso da confissão nasceria da impossibilidade de o sujeito criminoso assegurar os motivos pelos quais cometeu o crime, quais as suas finalidades, seus interesses, tudo aquilo que foge à alçada do estabelecimento de uma verdade no campo do processo penal. Estas funções não poderiam ser desempenhadas pela confissão, pelo que, portanto, encontraremos mecanismos que a multiplicam.

A leitura de Foucault a despeito das técnicas e modos de veridicação no processo penal parece acertada. Entretanto, deixamos entreaberto um ponto. Se a adesão do criminoso à proposta de emenda representada pela pena e o ritual mnemotécnico de se celebrar a soberania podem ser colocados em xeque pelos elementos dúplices que se arrastam por detrás da confissão, comprimindo-a e relegando-a a um papel secundário, o mesmo não se pode dizer acerca da confissão como um contrato de verdade.

Não se deve desconhecer que a confissão jamais consistiu em um ato descolado de outro, o testemunho. Como Foucault intuía, à confissão é reservado um papel ratificador do crime, ao colocar a palavra falada do criminoso como prova inconcussa, incorruptível. Sabemos também que a confissão trabalhou a partir de um testemunho de si mesmo. Esta conjunção de fatores é que a torna tão diversa de outros tantos meios de prova. A confissão, de regra, operava em par com a delação, de sorte que o fenômeno não poderia ser fracionado sem se prestar a devida atenção. A confissão, portadora de uma veridicação, permitia o florescimento instantâneo de seu dúplice: a heteroveridicação. E aqui, muito embora Foucault apresente importantes fundamentos e razões para que tais regimes inundem o cenário jurídico do processo penal, o germen da heteroveridicação já se encontrava instalado ali, justamente naquele contrato de verdade instalado na emersão da confissão. A confissão, ao permitir o florescimento de uma verdade inabalável, permitia que se usasse, de forma a extrapolar seus limites, tal manifestação. Da confissão que brotava já blindada, seria possível

45. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal...* cit., p. 229.

atingir terceiros nominados pelo confidente. Se de fato, o confidente falava a verdade de si, nada mais justo que tal uso fosse expandido para outros casos. Neste momento, o testemunho também seria revestido pela imaculada verdade que brotava do confidente. Sendo a verdade unitária, sem fragmentos, parece muito claro que aquela parcela da confissão conecta ao testemunho pudesse ser inundada por aquela aura, por aquele revestimento que envolvia o falar-de-si do confidente. Como uma dobra interna à confissão, o testemunho era inebriado pelo valor de verdade. O que pode parecer contraditório ou paradoxal se transformou em um elemento que percorre os dois modelos processuais – acusatório e inquisitório. Da confissão inserta na estética inquisitorial aos pontos nevrálgicos do sistema adversarial, com as nuances contratuais que o processo anglo-saxão lhe outorgou.

A comunicação de tradições jurídicas permitiu que a delação ocupasse espaço cada vez maior nos processos de natureza inquisitória. Também se desenvolveu, com incrível adaptação aos mecanismos processuais menos rígidos próprios do modelo adversarial norte-americano, uma força indiscutível. Como contrato de verdade, a delação ocupou um espaço que, independentemente do modelo processual penal, se constituiria como essencial e indispensável aos processos criminais nas democracias ocidentais contemporâneas.

A justaposição entre confidente e testemunha permite à delação duplicar o efeito de verdade que brota da confissão, estendendo-o ao testemunho. Enquanto no sistema adversarial a delação corresponde a um sistema de negociação do próprio processo, os sistemas inquisitoriais contemporâneos tiveram de proceder a adaptações, criando novas figuras ou ao menos, figuras à primeira vista estranhas, quiçá incomunicáveis.

5. PALAVRAS CONCLUSIVAS

O processo penal brasileiro, nos últimos anos, tem sido extremamente receptivo à incorporação de institutos próprios do sistema de justiça criminal norte-americano. Podemos apontar ao menos alguns institutos que acabaram por penetrar no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de modificar dramaticamente o cenário no processo penal.

Na reforma de 2008, o legislador alterou o código de processo penal para introduzir questões relativas à prova ilícita, claramente se inspirando em precedentes criados através de julgamentos da Suprema Corte Americana. Na mesma reforma, o legislador tratou de regular a técnica de coleta da prova testemunhal, introduzindo uma versão fraca – porém inspirada – no exame cruzado (*cross examination*) norte-americano. O novo código de processo civil

claramente orientou-se na fixação de precedentes judiciais, seguindo o modelo do *stare decisis*. Em 1995, o Brasil permitiu a renúncia ao processo mediante a aplicação de uma pena restritiva de direito, não privativa de liberdade, supostamente inspirada no *plea bargaining* americano (transação penal). Nesta mesma década, se consolidou a importação de mecanismos americanos, através do que se convencionou denominar como “delação premiada”, posteriormente denominada como “colaboração premiada”.

Em síntese, não iremos discutir aqui em que consiste o *plea bargaining* nem como ele se constituiu nos Estados Unidos em uma peça ineliminável do sistema de justiça criminal (integrante dos *alternative dispute resolution*)⁴⁶.

-
46. Recomendamos sobre o tema LANGBEIN, John H. Torture and plea bargain. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 543, 1978; LANGBEIN, John H. Land without plea bargain: how the Germans do it. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 534, 1979; LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 544, 1979. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n.1, 2004; LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. *American Journal of Criminal Law*. v. 33, 2006; KAGAN, Robert. *Adversarial legalism: the American way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2001; SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 77, 1986; FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*. v. 70, 1987. HESSICK III, F Andrew. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*. v. 16, 2002; ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. *William & Mary Law Review*. v. 39, 1998; PADGETT, John F. The emergent organization of plea bargaining. *American Journal of Sociology*. v. 90, 1985; SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system”. *Rationality and Society*. v. 24. n. 2, 2012; FEELEY, Malcolm M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *Berkeley Law Scholarship Repository*; NAGEL, Stuart S; NEEF, Marian. Plea bargaining, decision theory and equilibrium models I. *Indiana Law Journal*. v. 51, 1976; DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*. v.7. n.4, 2011; CHAMPION, Dean J. Felony. Plea bargaining and probation: a growing judicial and prosecutory dilemma. *Journal of Criminal Justice*. v. 16, 1988; RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*. v. 34, 2011. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury Trials and Plea Bargaining: a true history*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2005; TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Compa-*

Para efeitos deste ensaio, o que importa destacar é a capacidade adaptativa deste contrato de verdade, que acaba por se instalar como elemento-chave na lógica inquisitória brasileira.

A delação premiada (posteriormente chamada de colaboração premiada) apareceu em diversas legislações dos anos noventa, no Brasil. Mas é substancialmente nos últimos anos que ela adquire um contorno mais amplo, confundindo-se com a própria prática da justiça criminal brasileira para determinadas modalidades delituosas, em especial, quando diante de crimes ligados a organizações criminosas.

Fundamentalmente, tanto a jurisprudência quanto a doutrina são claudicantes na computação dos requisitos e dos limites jurídicos no que concerne à delação. Isto tem levado a constantes dilemas processuais, contribuindo para a sua integração ao universo inquisitório. Em que pese grande parte da doutrina asseverar que a sua adoção representa uma demonstração inequívoca do avanço dos espaços negociais no processo penal brasileiro, o que traduziria uma tendência americanizadora, a delação se colocou como uma operação metáfrica do inquisitório, não a sua negação.

Assim, devemos ter muito claramente as diferenças existentes entre o modelo processual penal americano, que lentamente vai incorporando alguns

ative Law. v. 94, 2006; BURKE, Alafair S. Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargainig. *Marquette Law Review*. v. 91, 2007; FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: A history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University, 2003; McCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. *Stanford Law & Policy Review*. v. 26. n. 61, 2015; SMITH, Bruce P. Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review Law and Society*. v. 1, 2005; BROWN, Darryl K. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*. v. 100, 2014; DERVAN, Lucien E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*. v. 27, 2010; BOLL, Mathias. *Plea bargaining and agreement in the criminal process: a comparison between Australia, England and Germany*. Hamburg: Diplomic Verlag, 2009; WRIGHT, Ronald F. Trial distortion and the end of innocence in federal criminal justice. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 154. n. 79, 2006; BURNS, Robert P. The death of the American trial. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*. Paper 176, 2009; SLOBOGIN, Cristopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *Vanderbilt University Law School Working Paper Number 15-4*; ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*. v. 50, 1968; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça negocial criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo criminal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

elementos do sistema continental (assim como permite que outros tantos modelos processuais agreguem institutos processuais americanos que serão posteriormente adaptados).⁴⁷ A inevitável hibridização⁴⁸ das culturas processuais penais permite que encontremos distintos processos de adaptação e reelaboração de instrumentos processuais alienígenas. Se no modelo americano clássico (sistema adversarial), o acordo expressa a penetração da lógica econômica e de categorias como a autonomia da vontade, de forma profunda na estética do processo, a ponto de o júri se transformar em um elemento residual e subsidiário do sistema de justiça criminal (não obstante a sua alegação de ser um elemento fundamental da justiça americana), como deveria ser pensado o fenômeno brasileiro?

As pistas podem ser trabalhadas a partir de um muito breve comparativo com o sistema italiano, a fim de que possamos compreender como houve o contato e a comunicação com a cultura jurídica adversarial. A reforma italiana se deu em 1988-1989, através da construção de um código de processo penal (código Vassali) que procurou superar a estrutura inquisitória e o legado do período fascista. Na base de o processo já se encontravam diversos institutos baseados no ideário adversarial. Contudo, com o advento da famosa Operação *Mani Pulite*, aquela estrutura processual adversarial entra em colapso, mediante o advento do que se convencionou chamar de legislação de emergência.⁴⁹ Como se pode notar, a inspiração adversarial italiana foi soterrada por uma avalanche de leis que recriaram a cultura inquisitória, própria da legislação pretérita. Foram necessários muitos anos para se recuperar o tempo perdido.

No Brasil, como se sabe, há a vigência de um código autoritário – apesar das constantes reformas que foram sendo feitas ao longo dos anos – sobre o qual posteriormente foram depositadas legislações que também podem ser chamadas de emergenciais. Enquanto na Itália havia um claro e manifesto choque de “espíritos legislativos” entre o Código Vassali e as leis emergenciais (leis anti-máfia), no Brasil a legislação especial não tencionou um sistema vigen-

47. Cf LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 1, 2004; KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism: the american way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

48. Em específico sobre a delação Cf. SLOBOGIN, Cristopher. Op. cit.

49. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000; RICCIO, Giuseppe. *Politica penale dell'emergenza e costituzione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1982; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

te. Não havia contradições a serem reconfiguradas, nem, tampouco, diatribes expressas, seja pela legislação, seja pela jurisprudência. A legislação especial, no Brasil, mesmo após o advento da Constituição de 1988, não hibridizou um sistema. Reforçou aquele já existente. Enquanto na Itália o uso abusivo das técnicas delatórias adicionou um elemento adversarial a uma estrutura adversarial (embora governada por uma mentalidade ainda inquisitorial), no Brasil, o incremento da delação foi uma estratégia inquisitorial (embora baseada em um modelo adversarial), para um processo inquisitorial, governado por uma mentalidade inquisitorial.

Ao se atribuir determinada centralidade à delação na fase de investigação preliminar, o processo penal, de nítidos contornos inquisitórios e autoritários, foi atingido frontalmente. Sua função acabou sendo a de homologar confissões e delações, servindo, nas mais das vezes, como um mecanismo de projeção e multiplicação de delações. A possibilidade de se ampliar o rol de delatores através do processo, a ausência de limites processuais (possibilidade da delação em grau recursal), a utilização da prisão para delação (encontrada em diversas ocasiões na Operação Lava-Jato), a especialização de alguns advogados em intermediar delações, tudo isso transformou a delação em um ato judicial, ou seja, centralizou a figura do magistrado no tratamento da delação. Se, com efeito, o enfeixamento de poderes nas mãos de uma parte configura o sistema inquisitorial (Schunemann), a delação, no processo penal brasileiro, exsurge justamente neste panorama, o da ampliação de poderes judiciais já excessivos, segundo a lógica do Código vigente. Em síntese, a delação acresceu novos poderes judiciais aos já (excessivamente) existentes.

A delação ingressa no Brasil, não como um contrafator adversarial em um regime inquisitorial. Antes o reforça, através de uma tendência a justapor eficiência em um sistema inquisitório. Se no sistema adversarial o *plea bargaining* já causou irreparáveis estragos ao funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano, imagine-se o que poderá advir de um sistema inquisitório, em que a delação cumprirá a tarefa de se evitar processos, tudo centralizado nas mãos do juiz. Inclusive, em projeto de Lei encabeçado pelo Ministério Público Federal, propõe-se uma nova modalidade de prisão preventiva para que o preso forneça informações para recuperação do ativo (leia-se: prisão para confissão).

A forma de tratamento da delação se dá em meio ao protagonismo judicial e à transformação de o processo penal em mero apêndice pós-investigação preliminar (onde realmente tais acordos são feitos), cuja finalidade será a de homologar as versões dadas na fase preliminar, e se possível, obter novas confissões e delações.

Este contrato de verdade que se estabelece como uma projeção da verdade confessada se integra ao universo inquisitório, sendo dele, uma metástase. Uma confissão sem máculas (a jurisprudência de forma massiva nega os vícios na fase de investigação preliminar) e sem sujeição ao controle de validade (trata-se de um contrato de verdade derivado de coação obtida com a prisão, na maioria dos casos) somada a um testemunho irrefutável (reflexo projetivo da hermenêutica de si). Um processo inquisitório pautado por postulados de eficiência. Pode-se, portanto, afirmar, que a era das delações corresponde a uma nova fase do inquisitório brasileiro, demonstrando que, como metástase, o inquisitório evolui.

6. REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*. v. 50, 1968.
- AMARAL, Augusto Jobim do. A cultura inquisitiva na justiça criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos *Boletim IBCCRIM*, n. 274, set./2015.
- _____. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.
- _____. *O dispositivo inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016 (no prelo).
- _____. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- BOLL, Mathias. *Plea bargaining and agreement in the criminal process: a comparison between Australia, England and Germany*. Hamburg: Diplomatic Verlag, 2009.
- BROWN, Darryl K. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*. v. 100, 2014.
- BURKE, Alafair S. Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargainig. *Marquette Law Review*. v. 91, 2007.
- BURNS, Robert P. The death of the american trial. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*. Paper 176, 2009.
- CHAMPION, Dean J. Felony. Plea bargaining and probation: a growing judicial and prosecutory dilemma. *Journal of Criminal Justice*. v. 16, 1988.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.
- DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption: an institucional approach*. Farnhan/Burlington: Ashgate, 2012.

- DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*. v. 7. n. 4, 2011.
- _____. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*. v. 27, 2010.
- Discurso Penal e Política da Prova: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- FEELEY, Malcom M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *Berkeley Law Scholarship Repository*.
- FINE, Ralph Adam. Plea bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*. v. 70, 1987.
- FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: A history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. São Paulo: Graal, 1988.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Machado e Eduardo Moraes, supervisão Léa Novaes et. al. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- _____. *Do governo dos vivos*. Curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *Obrar mal, decir la verdad: función de La confesión en la justicia*. Curso de Lovaina, 1981. Edição original estabelecida por Fabienne Brion y Bernard E. Harcourt. Edição em espanhol al cuidado de Edgardo Castro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19ª ed. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HESSICK III, F Andrew. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*. v. 16, 2002.
- KAGAN, Robert. *Adversarial legalism: the american way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- LANGBEIN, John H. Land without plea bargain: how the Germans do it. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 534, 1979.
- _____. Torture and plea bargain. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 543, 1978.
- _____. Understanding the short history of plea bargaining. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 544, 1979.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 1, 2004.

- _____. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in american criminal procedure. *American Journal of Criminal Law*. v. 33, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- McCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. *Stanford Law & Policy Review*. v. 26. n. 61, 2015.
- McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury trials and plea bargaining: a true history*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2005.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.
- NAGEL, Stuart S; NEEF, Marian. Plea bargaining, decision theory and equilibrium models I. *Indiana Law Journal*. v. 51, 1976.
- PADGETT, John F. The emergent organization of plea bargaining. *American Journal of Sociology*, v. 90, 1985.
- RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*. v. 34, 2011.
- RICCIO, Giuseppe. *Politica penale dell'emergenza e costituzione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1982.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A study in political economy*. New York/San Francisco/London: Academic Press, 1978.
- _____; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system. *Rationality and Society*. v. 24. n. 2, 2012.
- SLOBOGIN, Cristopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *Vanderbilt University Law School Working Paper Number 15-4*.
- SMITH, Bruce P. Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review Law and Society*. v. 1, 2005.
- SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 77, 1986.
- TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*. v. 94, 2006.
- VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of "Mani Pulite": A critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, 2009.

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

WRIGHT, Ronald F. Trial distortion and the end of innocence in federal criminal justice. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 154. n. 79, 2006;

ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. *William & Mary Law Review*. v. 39, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984);
- Delação premiada e idoneidade probatória, de Tiago Cintra Essado – *RBCCrim* 101/203-227 (DTR\2013\2653);
- Delação premiada, de Jaques de Camargo Penteado – *RT* 848/711-736 (DTR\2011\2668); e
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), de Frederico Valdez Pereira – *RT* 879/475, *RBCCrim* 77/175-201, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/577-601 (DTR\2009\828).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2011\11381.