

O PROMOTOR E O ASSALTANTE: A QUESTÃO DA VOLUNTARIEDADE DOS ACORDOS PENAIS

Nikolai Olchanowski¹

Sumário: *Introdução; 1 Acordos penais e seu elemento coativo: o argumento de Kipnis; 2 Coação sob um sentido jurídico: o argumento de Wertheimer; 3 O teste moral: é injusta a ação do promotor?; 4 A forma das propostas do promotor; Conclusão: questionar a voluntariedade dos acordos tem algum sentido?; Referências.*

Resumo: Destaca-se a relevância dos espaços de negociação entre acusação e defesa para os aspectos processuais dos delitos econômicos, como forma de justificar o estudo de um recorrente argumento contrário aos acordos penais: a pretensa falta de voluntariedade na opção do acusado por negociar. O debate filosófico em torno da analogia entre as propostas do promotor e a ameaça do assaltante é acompanhado, com destaque para o pensamento de Kipnis e Wertheimer. A reflexão chega a um impasse, em razão da necessidade de um argumento normativo em separado, sobre a justiça da ação do promotor. São apresentadas fórmulas abstratas das propostas penais, o que aprofunda o questionamento da relevância da “questão da voluntariedade” na análise dos acordos. Sugere-se o abandono do argumento e a necessidade de uma abordagem diversa para a negociação penal.

Palavras-chave: Acordos penais; Voluntariedade; Coação; Justiça.

1. Doutorando em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professor pela FUNC (SC).

INTRODUÇÃO

Se a expansão de espaços de negociação entre acusação e defesa aparece como uma tendência geral para pensar toda a estrutura do processo penal², na realidade brasileira atual (a par dos crimes de menor potencial ofensivo, já há muito regulados pela Lei 9.099/95), a utilização desses espaços tem ganhado muita relevância para pensar o que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico.

Isso porque um dos elementos caracterizadores da criminalidade socioeconômica é sua complexidade, tanto em aspectos propriamente penais, quanto, no que aqui é pertinente, em aspectos processuais³. A complexidade afeta os métodos de investigação e persecução penal desses delitos, fortalecendo argumentos justificantes como a necessidade de se poupar recursos estatais e incentivar a colaboração dos investigados/acusados. Sintomáticas, nesse sentido, são as inovações das Leis 12.850/13 e 12.846/13.

Pretendo, neste espaço, enfrentar um dos argumentos mais recorrentemente utilizados por críticos dos acordos penais, qual seja, o de que tais acordos trariam consigo um caráter coativo, o que retiraria sua legitimidade. Trabalho a partir de um interessante debate filosófico sobre o próprio conceito de coação e formulo estruturas abstratas para os acordos. Os exemplos utilizados, em razão do caráter geral e abstrato da argumentação, tendem a ser simples. Essa generalidade, penso, torna o raciocínio aplicável a todo tipo de negociação entre acusação e defesa. Não há limitação, portanto, à fórmula da colaboração premiada (arts. 4º-7º da Lei 12.850/13), sendo plenamente possível, inclusive, pensar em casos de responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Ao entrar no debate acerca das regras, sejam elas jurídicas ou não, Frederick Schauer⁴ começa por apontar para a clássica distinção entre regras que criam obrigações, regras que criam proibições e regras que criam permissões. Desde logo, contudo, alerta que tais comandos estão longe de ser estanques e não é simples olhar para uma norma expressa em texto e afirmar se há ali uma proibição, uma obrigação ou uma permissão.

Para Schauer, a dificuldade é mais facilmente percebida ao levarmos em conta exemplos de normas ditas permissivas e obrigativas. De fato, a mesma ordem textual pode expressar uma obrigação, uma sugestão, um convite ou mesmo uma ameaça, a depender do contexto em que é aplicada:

As permissões podem variar desde a ausência de proibição,

2. BORGES, Clara Maria Roman. *Um olhar para além dos sistemas processuais penais* p. 7-9.

3. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de La Empresa*: p. 77.

4. SCHAUER, Frederick. *Las reglas del juego*. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. p. 64.

passando pela aceitação reticente, até um vigoroso estímulo a uma conduta, e, em verdade, o que é em sua forma é uma permissão pode tornar-se uma obrigação de fato, dado o incentivo suficiente. Uma regra que outorga ao destinatário uma opção de cumpri-la ou não, mas que recompensa o cumprimento com o pagamento de um milhão de dólares, é uma regra em que a opção formal não está disponível na prática. E, assim como as sanções podem converter as permissões formais em obrigações, do mesmo modo podem converter as obrigações formais em opções, obscurecendo a distinção entre um preço e uma penalidade⁵.

Creio que esta ideia serve como ponto de partida interessante para pensar a situação que é criada no momento em que o promotor oferece uma oferta ao acusado. Evidentemente, como adianta o próprio Schauer⁶, dizer que identificar a norma expressa por um comando depende do contexto em que é aplicada ou, mais precisamente, de “condições externas às próprias regras”, não significa que não haja diferenças significativas mesmo entre uma permissão meramente nominal e uma obrigação claramente formalizada⁷. Ainda que se conclua em dada situação que o benefício oferecido ao acusado foi irrecusável a ponto de se tornar uma obrigação, é difícil dizer que tal acordo é análogo a uma simples imposição de pena.

Justamente por essas circunstâncias é que penso ser importante trabalhar com modelos abstratos dos acordos, a fim de articular o que significam moralmente os atos praticados. Essa operação parece extremamente útil para mostrar a força ou a fraqueza do argumento que aqui discuto, a afirmação de que os acordos são ilegítimos por apenas nominalmente apresentarem escolha ao acusado, o qual, na prática, seria forçado a aceitar a oferta que lhe é apresentada.

Destaco que os argumentos que serão expostos não levam em conta o que se poderia chamar de funcionamento “aberracional” dos acordos, isto é, casos em a atuação dos atores foge àquela que declaradamente lhes foi

-
5. SCHAUER, Frederick Op. Cit. p. 66. Tradução minha. No original: “Las permisiones pueden variar desde la ausencia de prohibición, pasando por la aceptación reticente, hasta el vigoroso aliento de una conducta, y en verdad lo que en su forma es una permisión puede tornarse en una obligación en los hechos con el incentivo suficiente. Una regla que otorga al destinatario una opción entre cumplirla o no, pero que recompensa el cumplimiento con el pago de un millón de dólares, es una regla en la que la opción formal no esta disponible en la practica. Y así como las sanciones pueden convertir a las permisiones formales en obligaciones, del mismo modo pueden convertir a las obligaciones formales en opciones, oscureciendo la distinción entre un precio y una pena”.
 6. SCHAUER, Frederick Op. Cit. p. 66.
 7. Para referências sobre o intercâmbio abstrato entre normas permissivas e obrigativas, ver: ZIMMERMAN, David. *Coercive Wage Offers*. p. 121-145; LYONS, Daniel. *Welcome Threats and Coercive Offers*; NOZICK, Robert. *Coercion*. In: MORGENBESSER, White (ed.). *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*. p. 440-472; WESTEN, Peter. “Freedom” and “Coercion” - Virtue words and vice words.

designada. Ficam de fora, por exemplo, questões como o *overcharging*⁸, ou as diferentes disposições dos atores em negociar, por influências externas ao procedimento⁹.

Isso dito, é comum que defensores explícitos da justiça penal negocial reconheçam, sem muita preocupação com o que afirmam, que, como o acusado sempre pode optar por não acordar, não há sentido em questionar a presença da voluntariedade no aceite por parte do acusado. Implicitamente, isso significa que situações em que um observador externo seria capaz de afirmar que houve coação retirariam a voluntariedade do acordo e, conseqüentemente, o tornariam ilegítimo.

Nesse sentido, apenas a título de ilustração:

Deve-se considerar que a involuntariedade existirá quando não houver qualquer possibilidade de escolha por parte de quem tem de agir e/ou omitir, pois os fenômenos acontecerão de qualquer forma, como ocorrem em situações nas quais a pessoa encontra-se completamente fora do domínio de qualquer escolha (no caso das compulsões psicológicas irresistíveis, porque se está fora do domínio racional de escolha). Também quando o indivíduo tem a devida compreensão da escolha; porém, há uma força externa que impõe uma resposta, como no caso da coação imposta entre a vida e o dinheiro, por exemplo, em que há uma alternativa desagradável como forma de não acontecimento de uma outra infinitamente mais gravosa, o que torna a escolha involuntária¹⁰.

O exemplo utilizado por Brandalise para se referir a uma situação de involuntariedade não poderia vir mais a calhar nesse momento. Chamo a atenção para o fato de que soa como mero truísmo dizer que, também no caso de um acordo penal, o acusado encontra-se diante de “*uma alternativa desagradável como forma de não acontecimento de uma outra infinitamente mais gravosa*”. Ora, se o promotor oferece uma pena baixa como alternativa à não recomendação de uma pena alta, por exemplo, a situação, excluídos quaisquer outros elementos relevantes, é análoga à utilizada para descrever uma escolha involuntária.

Em ambas as situações, no caso do assaltante que pede dinheiro em troca de não tirar a vida, bem como no caso promotor que baixa a pena em troca de não recomendar a pena mais severa, os ofertados (vítima e acusado) devem escolher entre um pequeno mal certo (perda do dinheiro e pena baixa) e um grande mal incerto (vida ou pena alta).

8. Ver, especialmente: ALSCHULER, Albert. *The prosecutor's role in the plea bargaining*. p. 50-112

9. Como no caso da desconfiança no sistema de justiça por parte da população negra: SAVITSKY, Douglas. *Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system*. p. 131-167.

10. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. p. 48

Apresento e discuto, na sequência, a forma como a analogia entre o assaltante e promotor vem sendo utilizada como fio condutor no debate acerca da voluntariedade dos acordos penais.

1 ACORDOS PENAIS E SEU ELEMENTO COATIVO: O ARGUMENTO DE KIPNIS

A analogia entre o assaltante e o promotor quanto às consequências morais das propostas que ambos oferecem está longe de ser nova. Ela serviu, em verdade, para fomentar uma interessante discussão filosófica, a qual gira em torno da (in)voluntariedade como elemento essencial dos acordos penais. Seu marco inicial pode ser apontado em um curto, mas bastante provocativo artigo de Kenneth Kipnis¹¹, datado de 1976, período subsequente às decisões dos casos Brady vs. US e North Carolina vs. Alford (quando a Suprema Corte americana julgou como constitucional a prática da *plea bargaining*), em que as discussões de cunho moral sobre os acordos parecem ter atingido seu auge.

Kipnis, após reconhecer que a *plea bargaining* tem relação imediata com práticas de mercado, afirma ser um caminho inevitável analisá-las sob a ótica de contratos e mesmo “sob as cores da proteção consumerista”¹². Nesse passo, Kipnis afirma que uma das características centrais dos contratos é, para reputá-los válidos, a necessidade de exarar um juízo negativo sobre a presença de quaisquer vícios de voluntariedade.

Voltando sua atenção para as práticas de negociação penal, Kipnis afirma ser possível enxergar um elemento coercitivo inevitável. E, tomando o caso do assalto (é dizer, a situação na qual uma vítima é abordada com o seguinte dizer <<sua bolsa ou sua vida>>) como paradigma de uma decisão sob coação, passa a analisar as semelhanças e diferenças com relação às ofertas do promotor frente ao acusado:

Tanto o assaltante como o promotor exigem das pessoas difíceis decisões entre uma imposição menor muito certa e uma imposição maior incerta. Na situação do assaltante, eu devo escolher entre a muito certa perda do meu dinheiro e a difícil de calcular probabilidade de que meu agressor está disposto e apto para me matar caso eu resista. Como acusado, sou forçado a escolher entre a muito certa imposição de uma pena menor e uma pena substancialmente maior, cuja probabilidade é difícil de calcular. Na medida em que o tamanho da imposição menor diminui e em que a probabilidade da imposição maior cresce, torna-se mais e

11. KIPNIS, Kenneth. *Criminal Justice and the negotiated plea*. p. 93-106.

12. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 96. Esta ideia, que é apenas sugerida por Kipnis, ganha muita força em décadas posteriores. Para uma explanação geral da questão: BIBAS, Stephanos. *Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection*. p. 1117-1161.

mais razoável optar pela primeira¹³

Creio ser muito clara a proximidade do raciocínio de Kipnis com a ideia de Schauer, em relação à lógica das regras. A mesma situação, é dizer, a oferta do promotor em relação ao acusado, pode significar uma permissão para transigir o direito ao procedimento pleno de defesa ou uma verdadeira obrigação em fazê-lo, sob pena de o acusado agir irracionalmente.

Contudo, a mera constatação de que o promotor, de fato, impõe ao acusado uma escolha entre uma ação racional e uma absurda é suficiente para afirmar que os acordos realizados sob coação? Ou, de forma mais direta e para me utilizar de um contundente crítico do raciocínio de Kipnis, essa constatação faz com que (1) sejam involuntárias e por isso ilegítimas em um sentido legal (sob coação, por exemplo) e (2) sejam involuntárias e por isso contrariem princípios razoavelmente aceitos para orientar políticas sociais¹⁴?

Em Kipnis, essas questões merecem respostas positivas óbvias, como demonstra seu posterior artigo, já se defendendo das primeiras críticas que recebeu¹⁵. Penso que tais conclusões são apressadas. De fato, o próprio Kipnis, na sequência de seu *Criminal Justice and the negotiated plea*, passa a uma argumentação distinta, muito mais atinente ao debate acerca da compatibilidade das práticas de negociação com os objetivos aceitos para o sistema de justiça criminal e, em última análise, com a ideia de que a pena só se justifica com relação ao merecimento individual do acusado. Se tendo a concordar com essa direção tomada por Kipnis em relação às críticas aos acordos penais (creio ser impossível pensá-los sem referência às justificações da pena), não há relação direta entre argumentos dessa natureza com argumentos pertinentes a enfrentar a questão da (in)voluntariedade dos acordos.

No fundo, todo o raciocínio de Kipnis, quando afirma que a *plea bargaining* possui um insuprível elemento coativo, foi competentemente resumido por Gorr:

1. “Concordar” com a proposta do Promotor de assumir a culpa em troca de uma sentença mais leniente é análogo, em todos os aspectos morais relevante, a “concordar” com entregar seu dinheiro ao Assaltante em troca dele poupar sua vida.

13. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 96. Tradução minha. No original: “Both the gunman and the prosecutor require persons to make hard choices between a very certain smaller imposition and an uncertain greater imposition. In the gunman situation I must choose between the very certain loss of my money and the difficult-to-asses probability that my assailant is willing and able to kill me if I resist. As a defendant I am forced to choose between a very certain smaller punishment and a substantially greater punishment with a difficult-to-asses probability. As the size of the certain smaller imposition comes down and as the magnitude and probability of the larger imposition increases, it becomes more and more reasonable to choose the former”.

14. PHILIPS, Michael. *The question of voluntariness in the plea bargaining controversy: a philosophical clarification*. p. 207-208

15. KIPNIS, Kenneth. *A Critic's Rejoinder*.

2. Um aspecto moralmente relevante do acordo com o Assaltante é que ele deveria ser invalidado¹⁶ porque é produto de coação e, portanto, involuntário.

Logo,

3. O acordo proveniente da *plea bargaining* também deve ser invalidado porque é produto de coação e, portanto, involuntário¹⁷.

Se, certamente, a intuição de Kipnis, ao ressaltar a proximidade da posição do acusado ao qual é ofertada uma proposta de acordo penal com aquela de uma pessoa diante de um ato de coação, proporcionou uma importante direção para debater a voluntariedade desses acordos, sua omissão quanto às implicações de seu próprio raciocínio faz com que seja necessário apresentar argumentos diversos.

Um caminho interessante para aprofundar a questão é sugerido no próprio argumento de Kipnis, embora não seja ali levado a fundo. Como visto, Kipnis, após concluir que a *plea bargaining* possui uma relação próxima com as práticas usuais de negociação comercial e, por isso, pode ser lida sob a ótica do direito contratual. Tal caminho, contudo, é empregado por Alan Wertheimer¹⁸ (1979a; 1979b), em dois artigos praticamente contemporâneos entre si, ambos em resposta a Kipnis.

2 COAÇÃO SOB UM SENTIDO JURÍDICO: O ARGUMENTO DE WERTHEIMER

A primeira orientação de Wertheimer é a necessidade de se encontrar uma adequada concepção de *coação (duress)*¹⁹. Sem essa concepção, dizer que um (a) acordo foi realizado sob coação e, portanto, (b) foi involuntário e, portanto, (c) deve ser reputado inválido (como é o raciocínio de Kipnis), torna-se vazio de sentido.

A conclusão de que é necessária a formulação de uma concepção de coação capaz de orientar a análise, em abstrato, da voluntariedade dos acordos decorre de um raciocínio simples. Para além de ser um dos argumentos mais

16. A tradução de “unenforceable” é bastante problemática.

17. GORR, Michael. *The morality of plea bargaining*. p. 131. Tradução minha. No original: “1. “Agreeing” to Prosecutor’s proposal that you plead guilty in return for a more lenient sentence is analogous, in all morally relevant aspects, to “agreeing” to surrender your money to Gunman in return for his sparing your life. 2. A morally relevant feature of the agreement with Gunman is that it should be unenforceable because it is the product of duress and hence not voluntary. So, 3. The plea bargaining agreement should also be unenforceable because it too is the product of duress and hence not voluntary.”

18. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court.*; WERTHEIMER, Alan. *The prosecutor and the gunman.*

19. WERTHEIMER, Alan. *The prosecutor and the gunman*. p. 271

utilizados por defensores da justiça negocial²⁰, a ideia de voluntariedade como elemento indispensável para a validade dos acordos foi expressamente posta à frente pela Suprema Corte Americana (lembro que tanto Wertheimer como Kipnis escrevem em período subsequente às manifestações da Corte que afirmaram a constitucionalidade da *plea bargaining*).

Ora, a Constituição americana prevê, em suas quinta²¹ e sexta²² emendas, respectivamente, o direito de não se autoincriminar e o direito de julgamento por júri em todos os processos criminais. Ao aceitar o acordo, o acusado abre mão de ambos esses direitos, é dizer, assume a responsabilidade pelo fato pelo qual é acusado (ou ao menos não o contesta) e aceita a imposição de consequências criminais sem o julgamento por júri. Nesse caso, haveria uma violação manifesta da Constituição americana caso os acordos entre acusação e defesa fossem realizados involuntariamente. A isso se convencionou chamar de *princípio da voluntariedade* (*voluntariness principle*)²³.

Este princípio não pode, contudo, ser desligado do contexto em que é aplicado. Na realidade americana, parece haver tão pouco sentido falar em um direito cujo exercício seria penalizado como em um direito cujo titular não possa dele dispor²⁴:

Um direito do qual uma pessoa pudesse ser induzida a renunciar involuntariamente dificilmente seria sequer um direito. Agora, proteger os direitos de X muitas vezes requer não apenas que se permita a X o exercício desses direitos, mas também que se permita a X renunciá-los, respeitando sua capacidade de decidir quando essa renúncia de direitos é apropriada. Um direito a que X não pudesse renunciar se aproxima mais de uma obrigação do que de um direito²⁵.

-
20. Ver a extensa argumentação, por vezes muito confusa, de Brandalise: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Op. Cit. p. 42-56
21. “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (destaque meu); (disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)
22. “In 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”. (destaque meu); (disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)
23. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court*. p. 203.
24. Se essa concepção de direito é compatível ou não com a tradição brasileira não é minha preocupação neste espaço. Sobre a questão, ver: Venturi, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*
25. WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 217. Tradução minha. No original: “A right which a person could be induced to waive involuntarily would hardly be a right at all. Now protecting X’s rights often requires not only that we allow X to exercise those rights, but also that we allow X to waive them and that we respect X’s capacity to

Wertheimer, provocativamente, afirma que, diante desse princípio, para concluir pela constitucionalidade da *plea bargaining*, a Suprema Corte americana deveria responder a complicados problemas filosóficos: que tipo de concepção deveria ser fornecida (problema meta-conceitual); qual a concepção de voluntariedade (problema conceitual); e sob quais condições os acordos penais seriam involuntários (problema legal)²⁶.

Algumas respostas poderiam ser esboçadas, a exemplo de uma concepção completamente empírica (ainda que de difícil, senão impossível verificação) – involuntário seria aquele ato livre de determinações externas – ou de uma análise pela ausência de penalidade – involuntário seria aquele ato cujas consequências fossem prejudiciais ao sujeito que com ele aquiesce²⁷.

Julgando ser um caminho menos problemático, contudo, Wertheimer toma emprestada a ideia legal de coação, isto é, aquela utilizada na argumentação jurídica americana, assim resumida:

Essa concepção sustenta que dizer que A compele B a aceitar fazer X sob coação implica fazer duas afirmações: (1) B deve ser psicologicamente compelido a fazer X; e (2) deve ser errado A psicologicamente compelir B a fazer X. Podemos dizer que valorações sobre coação envolvem um teste dúplice: um teste psicológico (que se aplica a B) e um teste moral (que se aplica a A)²⁸.

Evidentemente, essa concepção de coação não é única imaginável²⁹ e pode muito bem ser contestado se a escolha de Wertheimer de utiliza-la para avaliar a voluntariedade acordos penais é correta. Se aceitarmos a afirmação de que as práticas de negociação penal se aproximariam das práticas de negociação em geral, contudo, parece mais do que razoável tomar como base de análise uma concepção própria do direito civil contratual. Afinal, seja na posição conciliadora de MacCormick³⁰, seja na concepção abertamente moralizada de Dworkin³¹, a argumentação jurídica sempre recai sobre

decide when such rights waivers are appropriate. A right that X could not waive may seem more like an obligation than a right".

26. WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 205.

27. WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 209-214.

28. WERTHEIMER, Alan. The prosecutor and the gunman. p. 271. Tradução minha. No original: "This account holds that to say that A compels B to agree to do X under duress is to make two claims: (1) B must be psychologically compelled to do X; and (2) it must be wrong for A to psychologically compel B to do X. We may say that assessments of duress involve a two-pronged test: a psychological test (which applies to B) and a moral test (which applies to A)"

29. Ver, por exemplo, o excelente verbete <Coercion> na enciclopédia Plato: ANDERSON, Scott, "Coercion". ZALTA, Edward N. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition). <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/>>.

30. MacCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. p. 161-190.

31. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. p. 45-86; 225-275.

concepções disputáveis, mas sobre as quais a proximidade ou a pertinência ao ramo em análise tem um peso importante.

Parece-me interessante notar que a concepção de coação apontada por Wertheimer é muito próxima daquela usualmente adotada na argumentação jurídica brasileira. A ideia dúplice de que coação, em termos jurídicos, significa um vício de vontade provocado pela limitação *injusta* do poder de decidir por conta de uma *pressão psicológica externa* sobre o coagido encampa muito bem o que autores de direito civil brasileiro assumem como algo não problemático.

Assim, por exemplo, com base no texto do art. 151 do Código Civil brasileiro, um autor elenca como requisitos da coação a (a) ameaça como causa determinante do ato; (b) temor de dano; e (c) que esse temor seja fundado e injusto³².

Adotada esta ideia, torna-se evidente que a premissa de Kipnis, de que a escolha do acusado, por conta da atuação do promotor, seria mitigada não é capaz de levar à conclusão por ele apontada, de que os negócios penais seriam invariavelmente realizados sob coação, na forma da analogia do promotor com o assaltante. Isso porque, ainda que o acusado tenha sido psicologicamente compelido a aceitar o acordo, nada ainda foi dito sobre a justiça ou correição da ação do promotor.

Nos termos do teste dúplice de Wertheimer³³ para constatarmos uma situação de coação, foi superado o teste (1) psicológico, mas não o teste (2) moral. E, evidente, não se pode dizer que a ação do promotor é errada *porque* ele coage o acusado a aceitar o acordo. Afirmar isso seria simplesmente circular.

3 O TESTE MORAL: É INJUSTA A AÇÃO DO PROMOTOR?

Três ordens de argumentos poderiam ser imaginadas para responder adequadamente ao segundo teste. Se o objetivo de Kipnis é manter a analogia entre o promotor e assaltante, tal caminho é inevitável.

A) AS FORMAS ASSUMIDAS PELAS PROPOSTAS DO PROMOTOR E DO ASSALTANTE

A primeira delas é a mais crua e a menos produtiva (ao menos para a discussão presente): haveria uma diferença importante na forma de comunicação da proposta do assaltante para a proposta do promotor³⁴. O

32. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. p. 516. Em sentido semelhante, ver: TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. p. 230-233

33. WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 271.

34. WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 274.

primeiro realiza uma proposta imediata, com variáveis níveis de violência física para com a vítima, e espera uma resposta de pronto. A proposta do promotor, por sua vez, é realizada por meio de um procedimento razoavelmente formalizado, com diversas mediações imagináveis – presença de defesa técnica, possibilidade de contraproposta e tempo razoável de resposta parecem ser as mais importantes. Para me utilizar de uma noção interessante de Paul Ricoeur³⁵, ao serem inseridas num contexto procedimental, mesmo que se assumam com o objetivo de encurtar o tempo do processo ou mesmo poupar recursos, as práticas de negociação penal parecem manter a pretensão de dissociarem-se da violência imediata.

Algumas situações concretas são capazes de ilustrar esse modo de pensar. Em dois casos paradigmáticos que chegaram à Suprema Corte americana, o tipo de pressão alegadamente exercida sobre os acusados poderia ser tomada como semelhante àquela exercida pelo assaltante sobre sua vítima, em razão de circunstâncias concretas. Em *Brady vs. United States*, o acusado (então recorrente), afirmou que apenas acatara a proposta do promotor por conta da gravidade da pena, já que o crime de que era acusado era passível de ser apenado com a pena capital. A validade do acordo foi mantida, mesmo com a posterior declaração de inconstitucionalidade da pena de morte para o crime em questão. Em *North Carolina vs. Alford*, a situação é ainda mais paradoxal. O acusado afirmou que aceitara o acordo exclusivamente por medo da morte, mas manteve a declaração de que era inocente. O caso deu origem à chamada “*Alford plea*”, situações nas quais o acusado aceita a pena imposta, mesmo declarando-se inocente³⁶.

Wertheimer³⁷ nota ainda que essa ordem de argumentos foi posta à frente pela Suprema Corte americana no mesmo caso *Brady vs US*. A Corte ressaltou que uma das razões pelas quais o acordo firmado pelo acusado não poderia ser considerado involuntário foi o fato de que não houveram “ameaças face-a-face”. Logo, implicitamente, a Corte estaria fazendo uma distinção entre ameaças imediatas, como a do assaltante e ameaças mediatas, como usualmente é a do promotor.

De toda sorte, enveredar por essa ordem de argumentos parece implicar se afastar demais da ideia inicial em que se insere a polêmica Kipnis-Wertheimer. Para demonstrar, por exemplo, que a analogia entre promotor e bandido se mantém mesmo admitidas as diferenças na forma de comunicação das duas propostas seria necessário baixar a um nível de concretude suficiente para demonstrar que o funcionamento dos negócios penais mantém um

35. RICOEUR, Paul. *Justiça e vingança*. In: RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. p. 251-260.

36. Para interessantes análises desses e outros casos concretos, ver: CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades*. p. 169-179

37. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court*. p. 227-228.

elemento significativo de violência simbólica, cujos efeitos criariam uma imoralidade na ação do promotor. Nesse ponto, imagino que uma etnografia das práticas de negociação se mostraria extremamente frutífera³⁸.

B) A DIFERENÇA ENTRE OFERTAS E AMEAÇAS

A segunda direção é muito frequente em discussões acerca dos negócios penais e exige um exame mais detido. Trata-se de buscar estabelecer uma diferença abstrata entre *ofertas* e *ameaças*. Em princípio, ofertas seriam consideradas moralmente aceitas como rota de ação por parte do promotor. Ameaçar o acusado, por outro lado, esbarraria no teste moral e, portanto, constada uma ameaça do promotor em relação ao acusado seria possível constatar uma situação de coação, violadora do referido *princípio da voluntariedade*.

O argumento, em síntese, poderia ser assim descrito: a distinção entre ameaças e ofertas é relevante pois, enquanto ameaças pioram a situação do recipiente, e, portanto, são geralmente coercitivas, ofertas melhoram essa situação, e, portanto, sua aceitação é voluntária³⁹.

Uma resposta preventiva seria insistir no raciocínio do qual parti. Se a natureza de uma regra depende do contexto em que é aplicada, conforme Schauer e Kipnis⁴⁰ sustentam, as situações de ameaça e oferta seriam intercambiáveis e, portanto, apenas uma análise caso a caso das negociações entre acusação e defesa poderia oferecer a base necessária para avaliar a correção moral dos acordos decorrentes. Ocorre que não é esta a conclusão emanada por Kipnis e, mais uma vez, descer a este nível de concretude foge das expectativas a que me proponho neste momento.

A fim de sustentar uma distinção relevante entre ofertas e ameaças, seria necessário decidir qual a posição base (*baseline position*) de avaliação. Parece correto assumir que, dada esta posição base, caso a situação do ofertado piore, haveria uma ameaça. De outra parte, dada a mesma posição base, caso a situação melhore, a proposta configuraria uma oferta.

É exatamente com esses termos que trabalha Wertheimer:

38. Para propostas de etnografias dos acordos, com marcantes diferenças entre si, ver: MAYNARD, Douglas W. *Narratives and narrative structure in plea bargaining*; ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas. Uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro*.

39. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court*. p. 212.

40. Kipnis, inclusive, expressamente recorre a esse argumento: “No is it legitimate to distinguish the prosecutor from the gunman by saying that, while the gunman is threatening harm unless you hand over the cash, the prosecutor is merely promising benefits if you enter a guilty plea. For, in the proper context, threats and promises may be untranslatable. Brandishing his pistol, the holdup man may promise to leave me unharmed if I hand over the cash. Similarly, the prosecutor may threaten me to ‘throw the book’ at me if I do not plead guilty to a lesser charge. In the proper context, one may be compelled to act by either for of words”. KIPNIS, Kenneth *Criminal Justice and the negotiated plea*. p.100.

Promessas são geralmente distinguidas de ameaça pela referência à posição base do ofertado. Se o aceite da proposta é preferível à posição base, a proposta é uma promessa, se a posição base é preferível ao aceite da proposta, a proposta é uma ameaça. Como se vê, apontar a posição base do ofertado pode envolver complexos julgamentos fáticos e morais⁴¹.

A mesma ideia está presente em Gorr, para quem ameaças se diferenciam de ofertas por piorarem a situação do sujeito recipiente, em relação ao *status quo*, caso este não aja conforme a vontade do proponente⁴².

Se aceito, portanto, que a correição da proposta do promotor depende do estabelecimento da distinção entre oferta e ameaça – a primeira seria moralmente correta e, portanto, descartaria a existência de coação, já a segunda seria moralmente condenável e, portanto, evidenciaria coação por parte da acusação –, sou obrigado a apontar qual a posição base para avaliar a situação do acusado.

Ao discutir as diferenças moralmente relevantes entre ofertas e ameaças, Harry Frankfurt⁴³ aponta justamente para o exemplo do promotor que oferece um acordo. Na situação imaginada, o promotor afirma que pedirá a aplicação da pena de morte ao acusado, mas, caso haja uma admissão de culpa (*guilty plea*), pedirá uma pena substancialmente mais branda. Para Frankfurt, trata-se sem dúvida de uma ameaça, e não uma oferta. É que a distinção entre ofertas e ameaças se basearia na análise do que ocorreria sem a intervenção do proponente – no caso, do promotor.

Claramente, tal avaliação depende da resposta que dou à pergunta sobre quem é responsável por criar a situação que gerou a proposta. Se digo que é o acusado, a posição base de avaliação é posterior à acusação e, dadas as recompensas geralmente prometidas nos acordos, resta claro que a proposta só pode melhorar a situação do acusado. Logo, se entendo que o acusado é quem cria a situação, a proposta do promotor é uma oferta.

Se digo que é o próprio promotor quem cria a situação, o raciocínio é diametralmente oposto. Nesse caso, a posição base de avaliação migra para um momento anterior à acusação e, dado que nesse momento a posição do acusado é de liberdade plena, qualquer proposta, por mais vantajosa que pareça, só pode piorar sua situação.

Apesar de não o expressar, este raciocínio fica implícito mesmo em Kipnis. Ao comparar a situação entre o promotor e o acusado com aquela

41. WERTHEIMER, Allan. The prosecutor and the gunman. Tradução minha. No original: “Promises are usually distinguished from threats by referring to the recipient’s baseline position. If acceptance of the proposal is preferable to the recipient’s baseline, the proposal is a promise; if the recipient’s baseline is preferable to acceptance of the proposal, the proposal is a threat. Fixing the recipient’s baseline, it turns out, can involve complex factual and moral judgements”.

42. GORR, Michael. Op. Cit. p. 134

43. FRANKFURT, Harry. *Coercion and Moral Responsibility*. p. 69

entre um médico e um paciente cuja vida depende de uma intervenção imediata, Kipnis deixa claro que definir a posição base da avaliação depende de quem se considera responsável pela criação da situação⁴⁴.

Enquanto a condição do paciente é prévia a qualquer intervenção do médico, a condição do acusado é desenhada após a intervenção do promotor. Nesse caso, tanto o promotor que oferece um acordo após acusar, como o assaltante que pede a bolsa após ameaçar matar seriam responsáveis pela situação criada.

Contudo, o que efetivamente leva a situar a posição base do acusado a quem o promotor oferece um acordo se mantém sem explicação. Em Kipnis, a resposta passa por um argumento muito sugestivo de sua concepção de justiça criminal: se levarmos a sério a ideia de presunção de inocência, a posição base para analisar se a situação do acusado melhora ou piora só pode ser apontada em momento anterior à proposta do promotor⁴⁵.

A ideia, penso, tem força e vai ao encontro de uma concepção interessante de presunção de inocência. Ora, optar por tratar todos os acusados e investigados é uma escolha, uma escolha política. Trata-se de uma escolha carregada de uma ideologia que, acertadamente, desconfia da ação do Estado e procura guarnecer o indivíduo – nada mais caracteristicamente liberal, por óbvio.

Conforme Ferrajoli, que escreve com lastro em teóricos liberais clássicos:

Nesse sentido, o princípio de jurisdicionalidade – ao exigir em seu sentido estrito que não haja julgamento sem que a acusação seja submetida a prova e a refutação – postula a *presunção de inocência* do imputado até a prova em contrário, sancionada pela sentença definitiva de condenação. (...) A culpa e não a inocência deve ser demonstrada; e a prova da culpa – e não da inocência, a qual se presume desde o princípio – é o que forma o objeto do julgamento. Esse princípio fundamental de civilidade é fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpado⁴⁶.

44. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 100.

45. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 101.

46. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. p. 549. Tradução minha. No original: *En este sentido el principio de jurisdicionalidad – al exigir en su sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación – postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. (...) La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa – y no de la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto del juicio. Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable.*

Implícita nessa conotação está a ideia de que a presunção de inocência comporta uma opção política, mas também e mais concretamente, uma regra de julgamento e de tratamento daquele submetido ao juízo criminal.

Significa dizer que, até ser desconstituída a proteção conferida pela presunção de inocência, o que é possível exclusivamente por uma sentença condenatória dotada de definitividade, o acusado deve ser tratado da mesma maneira que um inocente.

Isso, entretanto, necessariamente implica, como quer Kipnis, em definir a posição base de avaliação dos acordos penais? É certo que há inúmeras aporias no tratamento da situação do acusado ao longo do processo. Basta citar as diversas obrigações que podem ser criadas para o sujeito que é acusado de algum crime, às quais os demais cidadãos não estão sujeitos. Desde restrições patrimoniais até a drástica prisão processual, é evidente – materialmente – que a situação de ser suspeito da prática de um crime é capaz de alterar o tratamento conferido ao sujeito, mesmo que ainda seja reputado inocente.

O texto constitucional brasileiro, por exemplo, condiciona explicitamente o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, marco que separaria claramente a diferença entre o tratamento entre acusados e inocentes: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (art. 5º, LVII, da Constituição da República). O mesmo documento, aparentemente sem enxergar qualquer contradição, trata, no mesmo artigo, de hipóteses de prisões anteriores ao trânsito em julgado (de inocentes, portanto): *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”* (art. 5º, LXI, da Constituição da República).

São por demais relevantes os estudos que demonstram os limites dessa construção⁴⁷, especialmente por apontarem como a concepção usualmente adotada para a concretização de princípios atinentes à justiça criminal acaba por contradizer o conteúdo desses mesmos princípios. No entanto, se considerarmos a facilidade com que o tratamento diferenciado entre inocentes não acusados e inocentes acusados é (pretensamente) justificado, a posição de Kipnis passa longe de ser óbvia e conclusiva.

Afinal, se majoritariamente não se percebe quaisquer problemas em justificar a prisão de inocentes, não é a alocação da posição base para avaliar se a proposta do promotor piora ou melhora a situação do acusado que causará espanto.

Embora pessoalmente tenda a ver na ideia de Kipnis uma coerência muito maior com qualquer concepção de presunção de inocência dotada de algum sentido, não surpreende que ela seja concebida como “exagerada”.

47. A título de exemplo: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 551-555; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*.

Vai nesse sentido, aliás, a resposta oferecida por Wertheimer:

Não creio que essa tentativa de desacreditar a distinção entre promessa e ameaça é bem-sucedida, porque Kipnis se apoia demais na presunção de inocência. A presunção de inocência é um princípio procedimental: ela fixa o ônus da prova; ela requer que um acusado não seja punido até que seja devidamente condenado. Se presumimos (em um sentido forte ou substancial) que acusados fossem realmente inocentes, não teríamos como justificar levá-los a julgamento, exigir fiança ou prendê-los no lugar da fiança. Em verdade, se um promotor acusa alguém, esperamos que ele tenha razoável certeza da culpa do acusado. Não estou afirmando que, para compreender a posição base do acusado, devemos assumi-lo como culpado. Entretanto, parece razoável assumir a posição base do acusado como *posterior à acusação*⁴⁸.

Kipnis poderia perfeitamente responder que, de fato, assumida uma concepção forte de presunção de inocência, dificilmente seriam justificadas grande parte das medidas exercidas sobre os acusados, sem que seu argumento perdesse nenhuma força. Em nenhum momento pareceu ser essa sua intenção, contudo. Kipnis não está argumentando contra as prisões processuais, por exemplo, mas sim fornecendo um argumento pela presença de elementos coativos nas práticas de negociação penal.

Se a concepção “procedimental” de presunção de inocência de Wertheimer merece críticas, ela é precisa em demonstrar como a distinção entre ameaça e oferta esbarra em um impasse. Isto é, ela é pouco ou nada produtiva para afirmar ou refutar a presença de coação na proposta do promotor, assim como pouco ou nada produtiva para afirmar ou refutar a analogia entre o promotor e o assaltante.

C) O DIREITO DO PROMOTOR

Os dois caminhos anteriormente tomados demandaram uma explicação razoavelmente complexa, apontavam para questões externas muito interessantes – se o funcionamento concreto dos sistemas criminais é capaz de se dissociar significativamente da violência imediatamente percebida na ação do assaltante e se, a depender da concepção de presunção de inocência

48. WERTHEIMER, Allan. Op. Cit. p. 276. Tradução minha. No original: “I do not believe that this attempt to defuse the threat-promise distinction succeeds, because Kipnis builds too much into the presumption of innocence. The presumption of innocence is a procedural principle: It fixes the burden of proof; it requires that a defendant shall not be punished until he is duly convicted. If we presume (in a strong or substantive sense) that defendants were actually innocent, we would not be justified in placing the on trial, requiring bail, or detaining them in lieu of bail. In fact, if a prosecutor brings charges, we expect him to be reasonably sure that the defendant is guilty. I am not arguing that in attempting to understand Defendant’s baseline, we should assume that Defendant is guilty as charged. However, it does seem reasonable to understand Defendant’s baseline as subsequent to accusation?”.

adotada, muito do que vemos como funcionamento regular desses sistemas não quedaria sem justificação –, mas não forneceram resposta para o problema que aqui me propus a enfrentar.

O terceiro caminho é o mais simples. Justamente por isso, e pela proximidade com o que chamei, com Wertheimer, de teste dúplice para a verificação de uma situação de coação, parece ser o mais promissor.

Lembro que foi definido, razoavelmente, que toda coação só poderia ser verificada após passar por um teste de duas vias, a primeira empírica e a segunda moral. Enquanto a primeira exigiria uma ação externa que efetivamente alterasse a ação de um sujeito, a segunda só seria superada caso se reputasse haver *injustiça* nessa ação externa.

O grande problema do argumento de Kipnis, como visto, é sua circularidade, consubstanciada na falha em demonstrar porque o fato de o promotor forçar o acusado a uma escolha difícil (entre uma pena grande incerta e uma pena menor incerta) seria moralmente errado.

Em face disso, uma resposta aparentemente óbvia é a de que, ao contrário do assaltante, o promotor tem pleno direito de apresentar uma proposta de acordo. Vale lembrar que, quando Kipnis e Wertheimer se referem ao direito contratual, obrigatoriamente, para falarem em coação, pensam na existência de um ilícito na ação do assaltante – justamente por isso, não há que se falar em validade de sua ameaça à vítima, a qual tem o direito de exigir a devolução de seu dinheiro. O que está em disputa é a licitude na ação do promotor que oferece um acordo ao acusado.

Admitindo que a tentativa de distinguir ofertas e ameaças acaba por esbarrar num impasse pouco produtivo, Wertheimer aponta exatamente para esse argumento, que, ao seu ver, desmonta por completo a analogia proposta por Kipnis:

Ademais, ao migrar para a discussão sobre o que o promotor tem direito de fazer, a fraqueza do argumento e da analogia de Kipnis é demonstrada.

Seguindo Kipnis, discutamos primeiro os direitos legais do promotor. Assumindo uma perspectiva positivista, se entendermos os direitos legais do promotor como aquilo que as cortes dizem o que ele pode fazer, então Kipnis está claramente equivocado. Como o médico, o promotor tem um direito bem estabelecido de fazer sua proposta. Assumindo uma perspectiva menos positivista, é possível ler Kipnis como afirmando que, apesar das (erradas) decisões das cortes, o promotor não tem o direito de negociar, por que a plea bargaining é inconstitucional. (...) Se Kipnis está errado como positivista, ele é circular como não positivista⁴⁹.

49. WERTHEIMER, Allan. Op. Cit. p. 276-278. Tradução minha. No original: “Moreover, in moving to a discussion of what Prosecutor has a right to do, the fundamental weakness of Kipnis’s argument and analogy

Abstraindo do entendimento de Wertheimer acerca do que qualifica uma leitura positivista do direito⁵⁰, seu argumento é muito forte. Ora, é evidente que, ao afirmarem rotineiramente que os acordos penais são válidos, as cortes conferem aos promotores uma autorização para realizá-los.

Curiosamente, essa mesma linha argumentativa está presente em Hobbes quanto à validade de acordos realizados sob efeitos externos:

É verdade que no Estado Civil (*Common-wealth*) uma vez instituído ou adquirido promessas decorrentes do medo da morte ou de violência, não formam pactos, nem obrigam, quando a coisa prometida é contrária às Leis; mas a razão não referente ao medo, mas sim ao fato de aquele que prometeu não tinha direito à coisa prometida⁵¹. (HOBBS, 1985, p. 252)

Isso não significa que todos os acordos são válidos. Significa dizer que, em termos gerais e, se seguidos os parâmetros juridicamente ditados aos promotores, não haveria em que se falar em coação nos acordos. Uma vez que, para afirmar a existência de uma coação, um observador externo deve demonstrar que uma parte influenciou a decisão da outra (teste psicológico) e que essa influência foi injusta (teste moral), ao se ressaltar o direito do promotor, a injustiça da influência não se verifica. Como o promotor tem pleno direito de oferecer um acordo, em situações ordinárias, o segundo teste não seria superado e a validade do acordo – ao menos com base no princípio da voluntariedade – não poderia ser questionada.

Adverti, preventivamente, que situações consideradas “aberracionais” não seriam levadas em conta na presente argumentação. Apenas para reforçar a ideia e precaver-me de eventuais críticas, fica claro que, ao afastar a ideia de involuntariedade com base no direito do promotor de oferecer o acordo, ficam excluídas situações em que o promotor abusa do próprio direito, maliciosamente ou não. Basta pensar no promotor que, na melhor

is laid bare. Following Kipnis, let us first discuss Prosecutor's legal rights. Assuming a positivistic perspective, if we understand Prosecutor's legal rights as what the courts have said the Prosecutor is entitled to do, then Kipnis is clearly wrong. Like Doctor, Prosecutor has a well-established legal right to make his proposal. Assuming a less positivistic perspective, Kipnis can be understood as claiming that despite the (erroneous) ruling of the courts, Prosecutor has no right to engage in plea bargaining, because plea bargaining is unconstitutional. (...) If Kipnis is wrong as a positivist, he is circular as a nonpositivist”.

50. Para ficar em apenas um ponto não explicado por Wertheimer, é bastante problemático dizer que apenas um não positivista poderia afirmar que as decisões das cortes estão erradas. Sobre o tema: RAZ, Joseph. *Legal positivism and the Sources of Law*; SHAPIRO, Scott. J. *Legality*. p. 282-306;

51. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. p. 352. Tradução minha. No original: “It is true, that in a Common-wealth once Instituted, or acquired, Promises proceeding from fear of death, or violence, are no Covenants, nor obliging, when the thing promised is contrary to the Lawes; But the reason is not, because it was made upon fear, but because he that promiseth, hath no right in the thing promised”

Haksar, com base no mesmo trecho hobbesiano, defende sua ideia de que propostas coercitivas se distinguem das propostas não coercitivas em razão da tomada de uma vantagem indevida pelo proponente, e não pela presença de força, pressão ou algum tipo de ameaça. HAKSAR, Vinit. *Coercive Proposals (Rawls and Gandhi)*. p. 70.

das intenções, condiciona a diminuição da pena de um acusado com grande poder econômico a doar alguns de seus milhões a um fundo destinado a crianças portadoras de deficiência.

No caso, muito pouco esforço precisaria ser dispendido para afirmar que a proposta do promotor é coativa. Aplicando-se o teste dúplice, ao propor o acordo o promotor efetivamente influencia o acusado a se declarar culpado (teste psicológico). Embora o promotor tenha o direito de propor acordos em geral, nenhuma regra o permite exigir do acusado que cuide do bem-estar de crianças portadoras de deficiência. A proposta do promotor, portanto, injustamente influencia a ação do acusado e deve ser reportada inválida.

Kipnis, diante desse quadro, não encontra forma de manter a analogia entre o promotor e o assaltante. É perfeitamente possível questionar se o promotor *deveria* possuir o direito de oferecer o acordo. Agora, é simplesmente inaceitável afirmar que ele não o possui. Nesse caso, Kipnis, mais uma vez, cai em um argumento circular, já que afirmaria a existência de coação nos acordos *porque* a proposta do promotor seria injusta. Ocorre que demonstrar a injustiça da proposta é uma das condições para se falar na própria existência de coação.

Wertheimer chega a enxergar que essa forma de pensar foi determinante para a Suprema Corte americana declarar a constitucionalidade da *plea bargaining*, por permitir que a tentativa já exposta de distinguir entre ameaças e ofertas seria irrelevante diante do direito do promotor de propor um acordo:

Essa suposição permitiu à Corte rejeitar a importância da distinção entre ofertas que melhoram a situação do acusado e ofertas que pioram a situação do acusado. Se a posição base do acusado é definida pelo direito do promotor em executar seu plano unilateral declarado, então as ofertas são, “sob uma questão prática”, idênticas. A *plea bargaining* pode ser imoral por outras razões, mas a Corte corretamente assumiu que o direito do promotor de executar seu plano unilateral declarado é uma consideração relevante para compreender a posição base do acusado⁵².

Vê-se que, a princípio, a analogia inicialmente proposta por Kipnis foi competentemente desarmada por um argumento muito simples, qual seja, a referência ao direito do promotor de oferecer um acordo. Ao se referir à execução de um “plano unilateral declarado” (*declared unilateral plan*),

52. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court*. p. 223. Tradução minha. No original: “This assumption permitted the Court to reject the significance of the distinction between offers to make the defendant worse off and offers to make the defendant better off. If the defendant’s base line is defined by the prosecutor’s right to carry out his declared unilateral plan, then the offers are “as a practical matter” identical. Plea bargaining may be immoral for other reasons, but the Court has correctly assumed that the right of the prosecutor to carry out his declared unilateral plan is a relevant moral consideration in understanding the defendant’s choice option”.

contudo, Wertheimer permite-me iniciar a análise de outra abordagem, capaz de pôr ainda mais em dúvida a relevância dos questionamentos acerca da voluntariedade dos acordos penais.

4 A FORMA DAS PROPOSTAS DO PROMOTOR

Vinit Haksar⁵³ não vê dificuldades em distinguir ameaças, ditas incondicionais, de simples ofertas. De fato, a informação sobre a intenção de cometimento de um mal a alguém no futuro é claramente uma ameaça – A declara a B que, em fevereiro, envenenará o cão de B. No entanto, quando, para além de uma declaração incondicional, há uma condição envolvida, identificar a presença de coação se torna uma tarefa problemática.

A forma, em abstrato, assumida pela proposta do promotor merece atenção pois, se levada a fundo, é capaz de informar que nível de coação seria possível identificar nas práticas de negociação penal, e, em último nível, responder se realmente se trata de uma frente à qual defensores e críticas dessas práticas deveriam se dedicar.

Como demonstrei, no quadro da polêmica entre Kipnis e Wertheimer, a distinção entre ofertas e ameaças deságua num debate moralizado acerca da posição base para análise da situação do acusado que recebe uma oferta do promotor. Embora interessante a discussão, a exigência de argumentos normativos para a definição da *baseline* acaba por se distanciar do único objetivo do debate proposto, qual seja, a validade ou invalidade dos acordos penais em razão do vício de vontade do acusado, na modalidade de coação.

Buscando uma base mais objetiva para a análise, Gorr⁵⁴ enfrenta a situação tipicamente caracterizada como coativa através do que chama de *propostas condicionais práticas* (*conditional practical proposals*), as quais assumem a seguinte forma:

“Se você fizer A, então eu farei B”

Conforme Frankfurt e Gorr⁵⁵, contudo, essas propostas trazem consigo implícita outra condição. São, portanto, propostas verdadeiramente bicondicionais, assim esquematizadas:

“Se você fizer A, então eu farei B. Se você não fizer A, então eu não farei B”.

53. HAKSAR, Vinit. Op. Cit. p. 66.

54. GORR, Michael. Op. Cit. p. 133

55. FRANKFURT, Harry. Op. Cit. p. 66; GORR, Michael. Op. Cit. p. 133.

Na terminologia de Haksar⁵⁶, a execução de B diz respeito ao *plano unilateral declarado* do proponente. Uma característica marcante desse plano é fazer com que a proposta se torne mais atraente ao sujeito recipiente.

Se utilizarmos esse esquema para analisar a proposta do assaltante em relação à vítima, teremos o seguinte:

“Se você me entregar seu dinheiro, então eu pouparei sua vida. Se você não me entregar seu dinheiro, então eu não pouparei sua vida”.

Em Haksar⁵⁷, o que caracteriza o elemento coativo nessa proposta é a vantagem injusta potencialmente obtida pelo proponente. Essa vantagem injusta pode assumir tanto a forma de ameaça como de oferta, a depender da violação de um dever moral caso executado o plano unilateral declarado.

Vê-se que, seguindo a concepção de Haksar, a distinção entre oferta e ameaça é irrelevante para demonstrar a existência de coação, que, de toda sorte, dependerá da qualificação de *injusta* para a vantagem obtida pelo proponente.

Se utilizarmos, contudo, a ideia aportada por Wertheimer⁵⁸, de que ofertas e ameaças se distinguem por piorar ou melhorar a situação do recipiente, fica claro que, no esquema do assaltante, falaríamos em uma ameaça, já que, caso a vítima não se comporte como esperado pelo assaltante, ela perderá sua vida.

O que, contudo, de fato me interessa é aplicar o esquema das propostas unilaterais bicondicionais à proposta do promotor⁵⁹. Em um primeiro momento, a proposta do promotor seria simplesmente a seguinte:

“Se você assumir a culpa por posse de drogas, então eu pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Se você não assumir a culpa por tráfico de drogas, então eu não pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas”.

Conforme a ideia de Wertheimer, claramente a proposta é uma oferta, pois melhora a situação do acusado, o qual, caso não a aceite, teria sua situação inalterada. Enquanto a primeira condição deveria ser vista como uma oferta, a segunda, que aparentemente exige mera omissão do promotor, seria tomada como neutra⁶⁰.

Gorr, entretanto, corretamente percebe que essa estrutura não captura corretamente nenhuma das possibilidades de ação que o promotor oferece ao acusado. Quando o promotor afirma que pedirá o arquivamento da denúncia

56. HAKSAR, Vinit. Op. Cit. p. 68

57. HAKSAR, Vinit. Op. Cit. p. 67-69

58. WERTHEIMER, Allan. *The prosecutor and the gunman*. p. 275.

59. Sigo, nesse caminho, Gorr, apenas adaptando os exemplos por ele utilizados: GORR, Michael. Op. Cit. p. 133-135

60. GORR, Michael. Op. Cit. p.135.

por tráfico, implicitamente afirma que irá denunciá-lo por posse de drogas. Similarmente, quando o promotor afirma que não pedirá o arquivamento da denúncia por tráfico, implicitamente afirma que buscará sua condenação.

O esquema da proposta ficaria assim melhor ilustrado:

“Se você assumir a culpa por posse de drogas, então eu pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Eu também tomarei todas as medidas necessárias para processá-lo por posse drogas.”

E

“Se você não assumir a culpa por posse de drogas, então eu não pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Eu também tomarei todas as medidas necessárias para processá-lo por tráfico de drogas.”

Ao que se vê, na primeira condição, o promotor apresenta uma oferta (*“então eu pedirei o arquivamento”*). Contudo, mesmo nessa situação, não é possível afirmar que a posição do acusado melhorará. No melhor cenário, o promotor estaria ameaçando o acusado com o plano unilateral declarado de tomar *“todas as medidas necessárias para processá-lo por posse de drogas”*.

Caso o acusado se recuse a se assumir culpado, o promotor toma uma atitude neutra (*“então eu não pedirei o arquivamento”*), mas claramente ameaça o acusado com seu plano unilateral declarado de tomar *“todas as medidas necessárias para processá-lo por tráfico de drogas”*.

Gorr é irônico ao comparar tal esquema ao esquema antes visto para a proposta condicional feita pelo assaltante em relação a sua vítima. A única ameaça detectável na proposta do assaltante está na condição *“então eu não pouparei sua vida”*, que evidentemente piora a situação do recipiente. No caso do promotor, haveriam duas ameaças, pois ambos os rumos de ação oferecidos ao acusado piorariam sua situação.

Se essas considerações forem julgadas como capazes de bem articular as situações do assaltante e do promotor, não é possível sustentar a analogia inicialmente proposta por Kipnis. Não pelas razões de Wertheimer, mas sim pelo fato de que a proposta do promotor envolveria mais elementos coativos do que a ação do assaltante.

5 CONCLUSÃO: QUESTIONAR A VOLUNTARIEDADE DOS ACÓRDOS TEM ALGUM SENTIDO?

Iniciei esta análise com a analogia entre a proposta do promotor com a proposta do assaltante, na forma proposta por Kipnis. O objetivo era saber se, com base no fato de que o promotor impõe ao acusado optar entre um grande mal incerto e um pequeno mal certo, haveria coação. As perguntas formuladas foram (1) se a situação em que o acusado se encontra torna sua

ação involuntária e (2), em caso positivo, se haveria contrariedade a princípios orientadores de políticas sociais⁶¹.

A segunda questão foi facilmente respondida com referência a um sentido legal. Como visto, o direito de julgamento por júri, o qual poderia expandir, para não me limitar à realidade americana, para o direito ao devido processo legal, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo são garantidos a qualquer acusado.

Nesse caso, qualquer situação que *obrigasse* o acusado a abrir mão desses direitos não poderia ser aceita como razoável. Daí a exigência de um *princípio da voluntariedade*, isto é, a ideia de que qualquer disposição das garantias mencionadas somente poderia ser aceita se realizada voluntariamente. Como os acordos penais caracteristicamente envolvem a disposição desses direitos, uma condição necessária de sua validade é a voluntariedade da parte do acusado.

Para tentar responder à segunda questão, apresentei a ideia bastante direta de Kipnis⁶², para quem bastaria comparar em abstrato as situações do promotor e do assaltante para concluir que, nos aspectos moralmente relevantes, elas seriam idênticas. Como a proposta do assaltante é geralmente caracterizada como coativa, a proposta do promotor também conteria coação e, portanto, retiraria a voluntariedade da ação do acusado.

Como demonstrei, contudo, Wertheimer⁶³ competentemente desmonta essa ideia. O autor faz uso de uma referência já existente no raciocínio de Kipnis, a necessidade de se analisar as práticas de negociação criminal através da ótica do direito contratual civil, para fornecer um conceito de *coação* capaz de ser avaliado através de um teste dúplice.

Para se afirmar que haveria coação em determinada situação seria necessário verificar a influência externa de um agente sobre a ação do outro, empiricamente, e qualificar essa influência como injusta, normativamente. Enquanto Kipnis teria demonstrado que a proposta do promotor passaria no teste empírico, nada teria demonstrado acerca do teste moral.

Em busca de manter a analogia, três caminhos foram ensaiados: a diferença na forma de comunicação das propostas do assaltante e do promotor, a diferença moral entre ofertas e ameaças e, por fim, o direito do promotor de propor o acordo.

O que essas tentativas forneceram, para além de inúmeras questões paralelas extremamente interessantes, foi um impasse. No fundo, com o forte argumento do direito do promotor em propor o acordo, não haveria

61. PHILIPS, Michael. Op. Cit. p. 207-208.

62. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit; KIPNIS, Kenneth. A Critic's Rejoinder.

63. WERTHEIMER, Alan. *Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court*; WERTHEIMER, Alan. The prosecutor and the gunman.

como manter a analogia entre as propostas do promotor e do assaltante e, a princípio, por ter respaldo jurídico, não seria possível identificar o elemento coativo.

Entretanto, com Gorr e Haksar⁶⁴, apresentei tentativas de construir um esquema abstrato que abarcasse as formas das propostas do promotor e do assaltante. Foi demonstrado que Wertheimer lia incompletamente o que o promotor submete como possibilidades de ação ao acusado. Em verdade, sob qualquer hipótese, o promotor estaria efetivamente ameaçando seu interlocutor. Haveria mesmo mais caráter de ameaça na proposta do promotor do que na proposta do assaltante.

Em que tudo isso é relevante? Para afirmar ou refutar a presença de coação nos acordos penais, em nada. Exatamente nisso, contudo, está a importância dos argumentos que apresentei.

Mesmo estendendo ao máximo o debate acerca da validade ou invalidade dos negócios criminais, não alcancei qualquer resposta satisfatória. Críticos da negociação necessitarão, similarmente a Kipnis, demonstrar por um argumento distinto *porque* essas práticas são injustas. Entusiastas dessas práticas, de outro lado, terão que se satisfazer com uma resposta em certa medida banal. Afirmarão, tão-somente, que não há que se questionar a voluntariedade dos acordos pois o promotor tem o direito de propô-los.

Para voltar ao argumento de Hobbes⁶⁵, não é a presença ou não de força, medo ou situação de constrangimento que deve ser o centro do debate. O que deve efetivamente ser debatido é se o promotor *deveria* possuir o direito de realizar esse tipo de acordo.

O próprio Hobbes, de forma coerente com sua concepção acerca do que confere legitimidade ao Estado indica uma forma de desfazer esse impasse. Em sua filosofia, haveriam leis naturais que regeriam a ação humana, das quais nenhuma disposição contratual, já constituída a sociedade social, poderia desviar. Uma dessas leis é a igualdade e a precariedade natural dos homens, os quais sempre tenderiam a se defender uns dos outros.

Nesse caso, qualquer acordo que tivesse por objeto a desistência de defesa não poderia ser reputado obrigatório (*enforced*) e deveria ser julgado nulo:

Um pacto para não se defender do uso da força, pela força, é sempre nulo. Pois (como mostrei anteriormente) nenhum homem pode transferir ou abandonar seu direito de salvar a si mesmo da morte, ferimentos ou prisão, cujo evitamento é a única razão de abandonar qualquer direito; tampouco é obrigatório. Pois, apesar de um homem poder pactuar o

64. GORR, Michael. Op. Cit; HAKSAR, Vinit. Op. Cit.

65. HOBBS, Thomas. Op. Cit. p. 252.

seguinte, *A não ser que eu faça isso, ou aquilo, mata-me*; ele não pode pactuar o seguinte, *A não ser que eu faça isso, ou aquilo, ou aqueloutro, eu não resistirei a ti, quando vieres matar-me*⁶⁶.

É claro que Hobbes não pode ser lido como defendendo algo análogo a direitos fundamentais inalienáveis, cuja invenção ainda aguardaria alguns séculos para ocorrer e cujos contornos contemporâneos sequer poderiam fazer parte do imaginário do mundo em que Hobbes habitou⁶⁷.

O que interessa é que há aqui um exemplo de argumento consistente contra a ideia de disposição do direito de defesa. Para manter a coerência, Hobbes forneceu um argumento individualizado que justificasse porque esse tipo de acordo seria inválido: seu objeto seria inconcebível, já que iria de encontro às leis naturais.

Se adversários dos acordos penais pretendem ultrapassar o argumento circular de Kípnis, sobre a ausência de voluntariedade nos acordos, serão obrigados a fornecer argumentos separados do porquê a proposta seria injusta, conforme algum parâmetro moral. O que é absolutamente imprescindível é deixarem explícito qual é esse parâmetro moral e por qual motivo as práticas de negociação o ofenderiam.

Na forma como o debate em torno da voluntariedade tem sido apresentado, nenhuma conclusão pode ser tomada, o que apenas indica que os adversários dos acordos devem buscar argumentos em outros pontos.

Nesse raciocínio, estou inteiramente de acordo com Michael Gorr:

Aparentemente, portanto, os conceitos de coerção e voluntariedade, não importa de qual maneira sejam interpretados, dentre as várias plausíveis, não fornecem fundamentos incontroversos para pensar que a aceitação de acordos penais padrão seja moralmente suspeita. (...) Concluo que uma argumentação realmente convincente contra a *plea bargaining* requererá um argumento que não está primordialmente ligado a matérias pertinentes à voluntariedade da opção por aceitar tais propostas⁶⁸.

66. HOBBS, Thomas. Op. Cit. p. 199. Tradução minha. No original: *"A Covenant not to defend my selfe from force, by force, is always voyd. For (as I have shewed before) no man can transfere, or lay down his Right to save himselfe from Death, Wounds, and Imprisonment, the avoiding whereof is the onely End of laying down any Right, and therefore the promise of not resisting force, in Covenant transferreth any right; nor is obliging. For though a man may Covenant thus, Unlesse I do so, or so, kill me; he cannot Covenant thus, Unlesse I do so, or so, or so, I will not resist you, when you come to kill me"*.

67. Nesse sentido: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. p. 307-332. Para um Hobbes mais "moderno": VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. p. 674-755.

68. GORR, Michael. Op. Cit. p. 139. Tradução minha. No original: *"It appears, therefore, that the concepts of coercion and voluntariness, no matter in which of several plausible ways we interpret them, provide no uncontroversial grounds for thinking that the acceptance of standard plea bargains is morally suspect. (...) I conclude that a truly convincing case against plea bargaining will require an argument that is not primarily concerned with matters having to do with the voluntariness of the choice to accept such proposals"*.

De minha parte, tenho a forte impressão de que o campo mais frutífero para questionar os acordos penais passa longe da discussão sobre a voluntariedade. Encontra, digo, *deveria encontrar* seu solo mais fértil no campo da filosofia da pena.

Penso ser não só problemático, como, no fundo, insolúvel compatibilizar a ideia de acordos penais com alguns princípios inafastáveis para a justificação da justiça criminal, quais sejam, a assunção moral de responsabilidades, a proporcionalidade e a clara distinção entre inocentes e culpados. Há uma exigência, portanto, de um debate centrado em argumentos de filosofia política⁶⁹. Por ora, concludo afirmando que continuar debatendo acerca da voluntariedade dos acordos parece passar muito perto de simplesmente perder tempo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Transação penal e penas alternativas. Uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ANDERSON, Scott, “Coercion”. ZALTA, Edward N. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2015 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/> (acesso em 01/12/2016)

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor’s role in the plea bargaining. University of Chicago Law Review. VI. 50 (1968) p. 50-112

BIBAS, Stephanos. Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection. California Law Review. VI. 99 (2011) p. 1117-1161

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. VI. 104. (2013). p. 147

DA CRUZ, Flavio Antônio. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. VI. 2. (2016)

69. Sobre tal necessidade: GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCHANOWSKI, Nikolai. *A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política.*

- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar*. 2008. Dissertação - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Vl. 50, 2017. p. 10-39
- GORR, Michael. The morality of plea bargaining. *Social Theory and Practice*. Vl. 26. No. 1 (Spring/2000). p. 129-151
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1995
- FRANKFURT, Harry. Coercion and Moral Responsibility. In: HONDERICH, Ted. *Essays on Freedom of Action*. 2 ed. New York, 2015. p. 63-86
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Edições Almedina, 2015
- HAKSAR, Vinit. Coercive Proposals (Rawls and Gandhi). *Political Theory*. Vl. 4 No. 1. (1976) p. 65-79
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Edited with an introduction by C. B. Macpherson. London: Penguin Classics, 1985.
- KIPNIS, Kenneth. Criminal Justice and the negotiated plea. *Ethics*. Vl. 82. No. 2 (Jan/1976). p. 93-106.
- KIPNIS, Kenneth. A Critic's Rejoinder. *Law & Society Review*. Vl. 13. (1979)
- LYONS, Daniel. Welcome Threats and Coercive Offers. *Philosophy*. Vl. 50. p. 425-436 (1975)
- MacCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MAYNARD, Douglas W. Narratives and narrative structure in plea bargaining. *Law & Society Review*. Vl. 22. No. 3 (1988)
- NOZICK, Robert. Coercion. In: MORGENBESSER, White (ed.). *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*. New York: St Martin's Press, 1969. p. 440-472

PHILIPS, Michael. The question of voluntariness in the plea bargaining controversy: a philosophical clarification. *Law & Society Review*. VI. 16. No. 2. (1981-82) p. 207-224

RAZ, Joseph. Legal positivism and the Sources of Law. In: *The authority of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 37-52.

RICOEUR, Paul. Justiça e vingança. In: RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 251-260.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas del juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SHAPIRO, Scott. J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*. VI. 251. p. 391-426 (2016).

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WERTHEIMER, Alan. Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court. *Philosophy & Public Affairs*. VI. 9. No. 3. p. 203-234 (1979a).

WERTHEIMER, Alan. The prosecutor and the gunman. *Ethics*. VI. 89. No. 3. p. 269-279 (1979b).

WESTEN, Peter. “Freedom” and “Coercion”- Virtue words and vice words. *Duke Law Journal*. No. 3 e 4 (1985)

ZIMMERMAN, David. Coercive Wage Offers. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 2 (Spring, 1981), pp. 121-145.