UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

JACIARA ELIETE DOS SANTOS MACHADO

Processo Penal de Emergência e Delação Premiada: a involução trazida pelo fenômeno emergencial ao processo penal brasileiro e a adoção da delação premiada nesse contexto.

Porto Alegre

2012

JACIARA ELIETE DOS SANTOS MACHADO

Processo Penal de Emergência e Delação Premiada: a involução trazida pelo fenômeno emergencial ao processo penal brasileiro e a adoção da delação premiada nesse contexto.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Coorientadora: Prof.ª Raquel Lima Scalcon.

Porto Alegre

2012

JACIARA ELIETE DOS SANTOS MACHADO

Processo Penal de Emergência e Delação Premiada: a involução trazida pelo fenômeno emergencial ao processo penal brasileiro e a adoção da delação premiada nesse contexto.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 19 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof. Dr. Danilo Knijnik
(Orientador)

_____

Prof. Dr. Odone Sanguiné

_____

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

AGRADECIMENTOS:

Antes de tudo, agradeço aos meus pais pelo apoio e confiança incondicionais, pelas oportunidades de estudo, educação e formação que me proporcionaram ao longo da vida, além de todo o amor e carinho com que me criaram.

Agradeço às minhas queridas irmãs por existirem!

Ao meu amor, Alan, pelo companheirismo e compreensão, sem os quais seria mais difícil minha caminhada.

Aos meus amigos, pelo apoio, incentivo e palavras de conforto!

Ao professor Danilo Knijnik , pela disposição em me orientar neste trabalho, e à Prof.ª Raquel Lima Scalcon, pelo grande auxílio nesta árdua tarefa.

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.
Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.

(Bertold Brecht)

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar como o fenômeno da emergência ganha legitimação no Brasil, a ponto de provocar involuções no processo penal, o qual deixa de se guiar pelos princípios constitucionais informadores. Para tanto, analisa-se a influência do clamor social e da mídia sobre os Poderes Públicos, os quais passam a dar respaldo aos anseios da população na elaboração e interpretação de dispositivos normativos que diminuam garantias processuais. Nesse contexto, são adotadas medidas processuais excepcionais para processar, condenar e punir. O campo probatório torna-se grande alvo deste fenômeno, na medida em que suprime garantias processuais como forma de combater a criminalidade com mais eficiência e celeridade. Com este objetivo, a delação premiada, prática que fere inúmeros princípios processuais constitucionais, passa a ser utilizada no Brasil na ausência de parâmetros legais para sua aplicação, uma vez que os dispositivos legais vigentes em nada refletem a prática dos acordos de delação premiada hoje utilizados.

Palavras-chave: processo penal, emergência, clamor social, garantias constitucionais, delação premiada.

ABSTRACT

This study aims to analyze how the phenomenon of emergency gains legitimacy in Brazil, to the point of causing involutions in the criminal procedure, which stops being guided by constitutional principles. For this, we analyze the influence of social outcry and the mass media over public authorities, which start responding to the populations' demands by elaborating and interpreting law resources in a way that reduces procedural guarantees. In this context, exceptional measures are adopted for processing, condemning and punishing. Evidences become a great target of this phenomenon, since they eliminate procedural guarantees as a manner of fighting crime more efficiently and promptly. With this objective, plea bargaining, a practice that violates several constitutional procedure principles, starts to be used in Brazil without legal parameters for its application, since the law resources that exist do not reflect currently used plea bargaining agreements.

Key-words: criminal process, emergency, social outcry, constitutional guarantees, plea bargaining.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: 9
CAPÍTULO I: Normalidade e Emergência no Processo Penal 11
1. A normalidade: Processo Penal Constitucional 11
2. Emergência 16
2.1 Legitimação Social 19
2.2 Legitimação Política 29
3. Processo Penal de Emergência 36
3.1 Supressão de garantias constitucionais 38
3.2 Técnicas Emergenciais contra o Crime Organizado: 48
CAPÍTULO II: A Delação Premiada como Instrumento do Processo Penal de Emergência no Brasil 54
1. Definições e origem do instituto da Delação Premiada 54
1.1 Breve histórico 54
1.2 Conceito, Natureza Jurídica e Definições 55
2. A delação premiada na legislação brasileira 58
3. A delação premiada como medida processual emergencial 66
3.1 Acordos de delação premiada e questões decorrentes da falta de normatização. 67
3.2 Críticas e controvérsias decorrentes da utilização da delação premiada 73
CONCLUSÃO 79
REFERÊNCIAS 82
ANEXO 1 89

INTRODUÇÃO:

O processo penal de emergência é o resultado de um fenômeno complexo, que atinge também o direito penal, provocando uma involução no ordenamento punitivo, na medida em que se afasta dos parâmetros constitucionais, tão duramente conquistados.

Para sua análise, é necessário estabelecer, primeiramente, um contraponto entre um processo penal constitucional (a "normalidade") e um processo penal de emergência, a fim de se verificar as características e os princípios informadores de cada um.

Procuraremos demonstrar que a "normalidade" pressupõe respeito aos parâmetros constitucionais do processo penal, sem dispositivos legais ou interpretações que busquem excetuá-lo em face de outros interesses. Após, passaremos a estudar como o fenômeno da emergência consegue manipular este quadro, dando a impressão de que há *necessidade* de que certas garantias sejam derrubadas para combater a criminalidade - sobretudo a de cunho organizado – com eficiência.

Para se entender como tal fenômeno se estabelece na sociedade e ganha legitimação, é preciso compreender como o clamor social torna legítima a diminuição das garantias constitucionais de quem tenha sido acusado de cometer crime. Nesse ínterim, também é necessário avaliar o papel da mídia, pois, sabidamente, ela é grande formadora de opinião e exerce grande influência no pensamento das pessoas em geral. Veremos que a exploração midiática de casos deforma a percepção da criminalidade, gerando medo e insegurança, os quais são o combustível do clamor social por medidas mais duras contra a criminalidade.

Este clamor, porém, não passa despercebido pelo Poder Público, que lhe dá guarida ao aumentar penas, produzir leis e suprimir garantias, tornando irracional o ordenamento jurídico ao balizar suas ações pelo que Ferrajoli chama de "razão de Estado".

Nessa esfera de emergencialidade, tomam-se medidas cada vez mais flexibilizadoras de garantias processuais para tornar mais eficiente o combater ao crime e dar respaldo aos anseios da população, boa parte delas recaindo no campo probatório.

Nesse contexto, a delação premiada surge como expoente, pois além de importar a confissão do crime, conforme requer a maior parte da doutrina e jurisprudência brasileira, ainda delata os demais criminosos, revelando a trama delituosa. Tal prática, na seara emergencial, é de grande valia, uma vez que dá celeridade ao desvendamento do crime e à punição dos criminosos, sem ser necessário um grande aparato investigativo.

Porém tal medida, conforme se verá, possui uma legislação insuficiente, ao mesmo tempo em que fere inúmeras garantias processuais, a ponto de não faltar quem advogue por sua inconstitucionalidade, conforme se verá ao longo deste trabalho.

CAPÍTULO I: Normalidade e Emergência no Processo Penal

> "The quality of a nation's civilization can be largely measured by the methods it uses in the enforcement of its criminal law"[1].

1. A normalidade: Processo Penal Constitucional

O Estado detém o monopólio do direito de punir, bem como a obrigação de proteger os cidadãos e as instituições da prática de fatos tidos como penalmente relevantes. Trata-se de um poder-dever[2], não havendo poder discricionário do Estado que lhe permita punir alguns crimes e outros não. Por outro lado, a imposição de uma pena não pode prescindir de um Processo Penal, a fim de que a busca pela verdade não retire a dignidade do acusado[3] e de que se meça com justiça a punição devida, não a deixando ao sabor do arbítrio estatal[4]. Assim, a sanção não é imposta imediatamente, devendo, necessariamente, ser confrontados a prerrogativa de punir do Estado e o direito de liberdade do indivíduo acusado[5]:

> A *lei penal* procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas os atos que ela reputa ilícitos. A *lei processual penal* protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.[6]

---

[1] "*O grau de civilização de uma nação pode ser largamente medido pelos métodos que ela utiliza na aplicação da lei penal"*. Schaefer, Walter F. Federalism and State Criminal Procedure. *In*: Ed. **Harvard Law Review**, Volume 70, p.1-26, November 1956, Number I. [S.L.], p.26.

[2] TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 01.

[3] *"A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não o iludam quanto à conquista de uma verdade real, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais (...)".* PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

[4] TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 33

[5] TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 28.

[6] TORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1973. *Apud* TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 33.

A história do Processo Penal é caracterizada por momentos em que ora prevalecem ideias de segurança social e eficiência repressiva e outros em que predominam a proteção do indivíduo e a afirmação de suas garantias[7], tudo a depender do momento histórico vivido por uma sociedade[8]. Este momento histórico está diretamente refletido na Constituição de um país, sobretudo na daqueles países que possuam uma Carta Política extensa, como a nossa.

Como nenhuma sociedade é estática, e sob um ponto de vista sociológico, a Constituição costuma carregar consigo todas as conquistas de direitos individuais e sociais que uma sociedade obteve ao longo do tempo, de forma que o estágio atual de evolução de um país, com relação a direitos e garantias, reflita-se na sua Constituição. Analogamente, isso ocorre também com o Processo Penal[9], de modo que a famosa afirmação que inaugura este trabalho, feita por Schaefer[10] em 1956 será sempre atual.

Tomando-se essa ideia como base, poder-se-ia afirmar que aqueles países cuja Carta Política seja autoritária ou utilitarista tenham um Processo Penal dessa mesma tendência[11]. No entanto, no Brasil, *"a sucessão de regimes autoritários com a consequente supressão sistemática dos direitos fundamentais, desmoraliza a tese de que a mera enunciação desses direitos, em Declarações a que o próprio Estado brasileiro*

---

[7] *"A forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. As alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época ocasionam tratamentos diferentes aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países, e fazem com que não possam ser objeto de uma disciplina definitiva e uniforme. A maneira como são cuidados depende, essencialmente, da predominância que se de ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo."* SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 21.

[8] *"...o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político de um país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar sua liberdade." Ibdem*, p. 3.

[9] *"Daí dizer CALMON DE PASSOS que a relação entre o direito material (penal, civil) e o processo não é uma relação apenas de meio, mas de meio e fim, isto é instrumental, mas uma relação integrativa, orgânica, substancial, uma vez que* ***o direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço****, e, por isso, somente o é depois de produzido"* (grifo nosso). QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Sobre a Relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal. P. 469-477. *In* MOREIRA, Rômulo (org). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 471.

[10] Ed. **Harvard Law Review**, Volume 70, p.1-26, November 1956, Number I. [S.L.], p. 26.

[11] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processual Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.

adere ou no seio da própria Constituição, embora necessária, seja suficiente para alargar a sua efetiva imposição (...)[12]*",* conforme afirma Geraldo Prado.

De fato, nossa Constituição impõe uma série de limitações formais e materiais para elaboração de leis, aplicável também à elaboração de leis processuais penais, mas eles nem sempre são suficiente para garantir o pleno respeito aos direitos fundamentais em face de uma cultura que a ainda não absorveu o espírito democrático, conforme veremos em duas pesquisas que serão adiante apresentadas.

O limite formal corresponde ao chamado Processo Legislativo[13], exigência democrática para elaboração, aprovação e sanção de leis, cuja não observância gera inconstitucionalidade por vício de forma[14]. Já os limites materiais no âmbito penal se consubstanciam em um grande arcabouço de princípios e garantias limitadores do poder punitivo estatal, os quais apontam, em última instância, o respeito à "Dignidade da Pessoa Humana"[15] como fundamento para construção, interpretação e aplicação do Direito Penal e Processual Penal, não podendo haver normas ou práticas que a profanem. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, ao lecionar sobre os princípios limitadores do poder punitivo estatal, refere que:

> De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º , III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) pode contrariá-lo.[16]

A Dignidade da Pessoa Humana foi erigida a valor fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88). Assim, não pode haver normas ou interpretações que o suprimam, nem em favor de outros valores, nem mesmo

---

[12] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23.

[13] Brasil. Constituição (1988), arts. 59 a 69. **Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[14] MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: Uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. *In*: **Revista de Estudos Criminais**. Ano IX, n. 34, p. 69-92. Porto Alegre: Nota Dez, 2009, p. 73.

[15] *Ibidem*, p. 73.

[16] GOMES, Luiz Flávio. Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. P. 49-76. *In:* MOREIRA, Rômulo (org). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 53.

para processar e punir pessoas que tenham cometido ilícitos penais. Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet que

> (...) mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui escolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo aquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.[17]

Por este motivo, nossa Constituição rejeita penas cruéis[18] ou de caráter perpétuo[19], a pena de morte em tempos de paz[20], bem como não admite determinados meios de prova, como a prática da tortura[21], o "detector de mentiras", o "soro da verdade[22]" e, conforme alguns doutrinadores, as intervenções corporais compulsórias[23].

Das exemplificações acima, depreende-se o grande poder que o Estado teria sobre os indivíduos não fossem as limitações constitucionais à sua pretensão punitiva[24]. Diante disso, e com vistas a não retomar práticas penais e processuais advindas do regime ditatorial anterior à Constituição Federal de 1988, sabidamente arbitrários[25],

---

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 43-44.

[18] Brasil. Constituição (1988), art. 5º, inciso XLVII, alínea "e". **Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. em 10/10/2012.

[19] Brasil. Constituição (1988), art. 5º, inciso XLVII, alínea "b". **Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[20] Brasil. Constituição (1988), art. 5º, inciso XLVII, alínea "a". **Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[21] Brasil. Constituição (1988), art. 5º, inciso III. **Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[22] Eugênio Pacelli, por exemplo, não admite ministrar substâncias químicas no acusado para fazê-lo confessar. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15ª Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 344.

[23] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 135-136. O autor afirma, na nota de rodapé 249, que não há consenso sobre a legitimidade constitucional dessas medidas, deixando de aprofundar o tema. Mas no nosso entender, tanto o uso do "soro da verdade", como do "detector de mentiras", quanto a intervenção corporal compulsórias são potencialmente ofensivas à dignidade humana, tanto que não é tranquila sua admissão.

[24] SÉRGIO SOBRINHO, Mário. O Crime Organizado no Brasil. P. 29-64. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

[25] *"Para ilustrar, resgatando nossa história recente, vale dizer que em pesquisa que resultou no livro Brasil: Nunca Mais, constatou-se, apesar dos imperativos da ordem constitucional então vigente no*

afirma-se não ser possível se construir uma ciência do Processo Penal desconsiderando-se seu parâmetro constitucional, até mesmo em respeito à lógica do ordenamento jurídico, pela qual não pode haver normas e práticas que contrariem a Constituição:

> O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade da interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.[26]

Esta seria a normalidade: um Processo Penal racionalmente submetido aos limites constitucionais[27] e que refletisse uma política criminal estatal[28] em que todos os direitos e garantias individuais do acusado fossem respeitados[29] e não se curvassem diante de outros interesses que buscassem excetuá-los ordinariamente em nome de efetividade estatal, exploração midiática de casos, do populismo penal[30] ou mesmo da opinião pública, temas que serão abordados ao longo deste trabalho.

---

regime autoritário – 1964 a 1988 -, que em vários julgamentos dos tribunais superiores, princípios como o da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência (versus in dúbio pro condenação), do contraditório (versus decisão calcada exclusivamente em elementos de convicção colhidos no inquérito policial) e motivação das decisões de natureza jurisdicional foram repudiados, pura e simplesmente". PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8.

[26] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

[27] *"Mas se pretendemos que o Direito penal tenha coerência com o modelo de Estado que foi adotado no nosso país (Estado constitucional e humanitário de Direito), não há outro caminho a percorrer senão fazê-lo observar todos os limites decorrentes da Constituição vigente".* GOMES, Luiz Flávio. **Limites do** "Ius Puniendi"e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. P. 49-76. *In:* MOREIRA, Rômulo (org). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 53.

[28] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processual Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**)**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2.

[29] *"Todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são imperativos de justiça. Isso é crucial para o processo penal poder ser inserido no complexo sistema de garantias que forma o Direito".* [29] Ibidem, p. 38.

[30] *"O populismo penal (popular, legislativo ou midiático) não escuta a ciência (os cientistas). Não apresentam estatísticas (positivas) da eficácia da lei penal. Age sob a égide obscurantista da fé (não da ciência), ou seja, da crença (enganosa) de que o seu remédio (mais leis) funciona. Explora a (primitiva e atávica) reação emotiva da população frente ao crime e confere às suas leis a finalidade de coesão da sociedade (Durkheim). Ocorre que suas leis são puramente simbólicas, isto é, não vêm para resolver nenhum problema, sim, para iludir a crendice popular".* GOMES, Luiz Flávio. **A mídia acredita no populismo penal**. Disponível em http://www.lfg.com.br - 18 de outubro de 2010. Acesso em 23/10/2012.

2. Emergência

A ideia de emergência implanta no nosso consciente a certeza de que vivemos em uma situação excepcional, a qual justificaria colocar os valores dominantes em segundo plano para que ela seja imediatamente confrontada, tornando-se mais importante combatê-la do que manter o comportamento padrão.

Por exemplo, em filas de espera para atendimento em hospitais, aqueles pacientes que estão com a saúde mais debilitada não se submetem à ordem da fila, que seria a regra. Mas a emergência da situação do paciente, nesses casos, justifica o tratamento excepcional dispensado a ele, o que é bem aceito por toda a sociedade em face de um bem maior a ser preservado – a vida.

O âmbito penal e processual penal não escapa dessa lógica, pela qual se entende que situações excepcionais merecem tratamento excepcional em razão de um bem maior. Conforme leciona Fauzi Hassan Choukr:

> Que a ideia de emergência está atrelada a de urgência – e, num certo sentido, ao de crise – isso é inegável. Chama a atenção para algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o *status quo ante*, colocando em xeque os padrões normais de comportamento e a consequente possibilidade de manutenção das estruturas. Nesse sentido, a ela se atrela a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdura.[31]

Daí se extrai que a emergência no campo criminal pode provocar alterações na legislação e na aplicação das leis Processuais Penais, deixando de se guiar por seus princípios constitucionais informadores – que seria o comportamento padrão.

Em nossa sociedade, são tidos como casos emergenciais os crimes cometidos por organizações criminosas, que no caso brasileiro, abarca jogo do bicho, tráfico de drogas, de pessoas, de animais, de armas, roubo e receptação de carga,

[31] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 1-2.

contrabando e descaminho de mercadorias, peculato, crimes ambientais, crimes de talhe empresarial, crimes econômicos e corrupção política[32].

Por ser de mais difícil combate, face à organização e especialização de suas práticas, frequentemente realizada por pessoas com padrão educacional mais elevado (empresários, advogados, políticos) e utilizando-se de meios tecnológicos[33] aos quais boa parte da sociedade não tem acesso, a criminalidade organizada choca, amedronta, subtrai do seio social o sentimento de segurança e tem sua ofensividade potencializada pelos meios de comunicação.

Mas existem inúmeros crimes diversos dos acima listados - como estupro, assassinato, sequestro-relâmpago[34] - que também ganham uma desaprovação social exagerada em face de sua exploração midiática, acabando por gerar a sensação de que algo precisa ser feito imediatamente. É o caso, por exemplo, do assassinato da menina Isabella Nardoni em 2008[35], que ganhou forte repercussão na mídia e provocou a comoção nacional – com a cobrança de "punição exemplar" - em um caso que poderia ter sido apenas mais um assassinato de criança, grave e triste, mas comum, como tantos outros que ocorrem país afora.

Como veremos adiante, a desaprovação social da criminalidade, expandida, exagerada e potencializada pelos meios de comunicação acaba por colocar a sociedade em estado de alerta, a qual pressiona Legislativo, Executivo e Judiciário a dar uma resposta. Tudo isso somado, cria uma esfera emergencial, que clama por controle e combate, ainda que se tenha de usar meios excepcionais para investigar, provar e punir.

---

[32] BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 221-222.

[33] Entre algumas características das Organizações Criminosas, Scarance Fernandes lista: *"estruturação empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; uso de violência e de intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não participantes do núcleo criminoso; finalidade de lucro; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultosas somas obtidas; regionalização ou internacionalização; o uso de modernas tecnologias."* SCARANCE, Antônio Fernandes. O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord**). Crime Organizado** - Aspectos Processuais, p. 9-28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 13.

[34] Hassemer chama este feixe de crimes de "Criminalidade de massa", distinguido-os de "Criminalidade Organizada", afirmando que esta é menos visível e de difícil conceituação. HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal.** Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 67.

[35] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **"Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência**. P. 16-17. *In:* Boletim IBCCRIM, Ano 16, nº 186, Maio, 2008. P. 16-17.

Essa emergência, no entanto, não existe como situação de fato desestabilizadora do Estado. Ela surge virtualmente no seio social e ganha legitimação, conforme se verá no decorrer deste trabalho, embora não passe de criminalidade normal.

O crime organizado, por sua vez, também não surge de modo a surpreender, pois este tipo de criminalidade naturalmente acompanhou o desenvolvimento populacional e tecnológico da sociedade ao longo de décadas, conforme afirma José Paulo Baltazar Júnior através de Anarte Borralo:

> (...) a criminalidade organizada não é uma irregularidade na evolução do crime, nem uma súbita catástrofe natural, senão um fenômeno a longo prazo, provavelmente, com efeitos sumamente negativos, mas, em todo caso, normal.[36]

Ainda assim, sob aparente emergência criminal, aquele que responde a um processo penal, de perfil normalmente acusatório[37], perde inúmeras garantias processuais em favor da celeridade e da efetividade do Estado no combate à criminalidade, deixando de ser tido como réu, mas como um inimigo a ser combatido[38]. Sob a ótica da emergência criminal, as garantias individuais constitucionais que o acusado possui como proteção ao poder punitivo do Estado são vistas como entraves que precisam ser derrubados[39], o que de fato vem a ocorrer quando este fenômeno ganha expressão social e política.

---

[36]ANARTE BORRALO, Enrique. Conjeturas sobre La Criminalidade Organizada, p. 33; *apud* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

[37] Conforme leciona Geraldo Prado, o Sistema Acusatório se caracteriza pela clara divisão das tarefas de acusar, julgar e defender, devendo ser preservada a dignidade do acusado no processo. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

[38] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 39.

[39] Ibidem, p. 40.

2.1 Legitimação Social

2.1.1 Clamor Social

Uma pesquisa feita em parceria entre a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e o IBOPE, intitulada de **"Retratos da Sociedade Brasileira: Segurança Pública"**[40], a qual realizou 2002 entrevistas, entre os dias 28 e 31 de julho de 2011, em 141 municípios brasileiros, trouxe dados atuais bastante interessantes sobre o que pensa o brasileiro acerca do tema "Segurança Pública":

a) "*Para reduzir a criminalidade, **83%** dos entrevistados concordam total ou parcialmente com a adoção de uma política de tolerância zero, em que todo tipo de infração ou ilegalidade sejam punidos*".[41] (Grifo nosso).

b) "*Dentre os entrevistados, **79%** concordam total ou parcialmente que penas mais rigorosas reduzem a criminalidade*".[42] (Grifo nosso).

c) "*Corroborando a demanda por maior rigor nas penas, **69%** dos entrevistados são favoráveis à prisão perpétua*".[43] (Grifo nosso).

d) "*A população brasileira está dividida quanto à adoção da pena de morte. Dentre os entrevistados, **46%** mostram-se a favor (31% totalmente e 15% parcialmente), outros 46% são contrários (34% totalmente e 12% parcialmente)*".[44] (Grifo nosso).

e) "*A preocupação com a participação de menores de idade em crimes reflete-se na defesa da redução da maioridade penal para 16 anos por **86%** dos entrevistados, sendo que 75% são totalmente a favor da medida*".[45] (Grifo nosso).

f) "*Dentre os entrevistados, **91%** concordaram total ou parcialmente com a afirmação: 'Os menores de idade que cometam crimes violentos/ hediondos devem ser julgados como adultos'*".[46] (Grifo nosso).

---

[40] Pesquisa CNI-IBOPE. **Retratos da Sociedade Brasileira**:Segurança Pública. 2011. Disponível em http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/07/1,5387/seguranca-publica.html. Acesso em 04/11/2012.
[41] Ibidem, p. 24.
[42] Ibidem, p. 25.
[43] Ibidem, p. 25.
[44] Ibidem, p. 26.
[45] Ibidem, p. 28.
[46] Ibidem, p. 29.

g) "*A população defende o uso das Forças Armadas no combate à criminalidade. Dos entrevistados, **84%** são favoráveis, sendo que 65% afirmaram ser totalmente a favor*".[47] (Grifo nosso).

Outra pesquisa, realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, intitulada **"Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência: Um estudo em 11 capitais de estado"**[48], para a qual foram entrevistadas 4.025 pessoas, entre os dias 15 e 29 de maio de 2010, também trouxe contribuições importantes:

a) **56,8%** dos entrevistados discordaram total ou parcialmente da afirmação "*Nenhum crime justifica usar a pena de morte*".[49]

b) **44%** dos entrevistados acham *"Aceitável que um governo que tenha pena de morte".*[50]

c) **54,4%** dos entrevistados discordaram total ou parcialmente da afirmação "*É melhor deixar 10 pessoas culpadas ficarem livres do que errar condenando um inocente*".[51]

d) **74,6%** dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação "*Os juízes deveriam permitir que pessoas suspeitas de terem cometido crimes sérios fiquem presas enquanto a polícia investiga o caso".*[52]

e) **80,6%** dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação *"Um grande número de pessoas escapa da prisão por brechas na lei".*[53]

f) **64,9%** dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação *"O Judiciário se preocupa demais com os direitos do acusado".*[54]

---

[47] Ibidem, p. 32.
[48] Nancy Cardia; Rafael Cinoto et al (coord). **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência**: Um estudo em 11 capitais de estado. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em http://www.nevusp.org/downloads/down264.pdf. Acessado em 06/11/2012.
[49] Ibidem, p. 60.
[50] Ibidem, p. 291.
[51] Ibidem, p. 271.
[52] Ibidem, p. 271.
[53] Ibidem, p. 271.
[54] Ibidem, p. 271.

g) **29,5%** dos entrevistados aprovaram total ou parcialmente a afirmação "*Os tribunais podem aceitar provas obtidas através de tortura*".[55]

h) **39,5%** dos entrevistados responderam que a expressão "*Direitos Humanos*" representa "*direitos de bandidos*".[56]

i) **73,7%** dos entrevistados discordaram total ou parcialmente da afirmação "*É justo que se pague impostos para sustentar os presos".*[57]

j) A pena de morte, ou de prisão perpétua, ou de trabalhos forçados deve ser aplicada para marido que mata a mulher (**64,6%** dos entrevistados), estupradores (**84,9%** dos entrevistados), político corrupto (**59,5%** dos entrevistados) e traficante de drogas (**65,3**% dos entrevistados).[58]

Os dados acima expostos permitem concluir que boa parcela da população brasileira não vê as garantias Penais e Processuais Penais como direitos de todo cidadão, independentemente de estar sendo acusado de ter cometido crime. Ao contrário, ela defende a aplicação de penas vedadas pela Constituição (de morte, de prisão perpétua e de trabalhos forçados[59]), tende a achar que o Judiciário "solta bandido", e prefere ver um inocente condenado a ter dez culpados soltos, bem como crê que leis mais duras e aparato repressivo mais rigoroso são eficazes para combater a criminalidade – posicionamentos que não se coadunam com os limites constitucionais:

> As pessoas desconhecem direitos e ignoram a importância de serem preservadas as garantias processuais de um Estado em que o poder só pode ser exercido por meio do direito. São assim, facilitados os posicionamentos a favor da pena de morte, de prisão perpétua, de regime de isolamento para presos, de um Direito Penal mais drástico e muitas vezes divorciado da Constituição.[60]

As duas pesquisam acima mencionadas permitem afirmar que os brasileiros acusam as garantias Penais Processuais Penais de funcionar como "brechas na lei" para

---

[55] Ibidem, p. 306.
[56] Ibidem, p. 290.
[57] Ibidem, p. 276.
[58] Ibidem, p. 283-284.
[59] Previsão normativa no art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.
[60] COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Jornalismo Policial e Direitos Humanos**. *In:* Boletim IBCCRIM, Ano 15, nº 182, p. 12, Janeiro, 2008, p. 12.

proteger “bandidos” em detrimento da segurança do cidadão, e que o combate ao crime deveria se servir de leis mais duras e maior repressão para suspeitos, acusados e condenados, a fim de manter a sociedade segura.

Deste raciocínio, transparece claramente a existência de uma divisão entre “nós” e “eles”: “nós”, pagadores de impostos e seguidores de regras, e “eles”, os “inimigos” – os quais não devem gozar dos mesmos direitos e garantias que “nós”. Tal entendimento é a base do chamado “Direito Penal do Inimigo” o qual, em síntese, retira do indivíduo investigado, denunciado ou condenado a característica de ser pessoa, deixando de ser titular de direitos e garantias, conforme explica Moysés da Fontoura Pinto Neto:

> A partir de uma cisão conceitual entre cidadão e inimigo, Jakobs pretende a criação de dois Direitos Penais, um dirigido ao cidadão – com as devidas garantias e direitos constitucionalmente assegurados – outro destinado aos inimigos, a quem seria conferido tratamento de *guerra*. Estes não disporiam do caráter de “pessoa”, sem fazer jus, por isso, aos direitos e garantias assegurados nas legislações.[61]

Dessa forma, toda medida com finalidade investigativa, probatória ou que vise a dar uma rápida resposta estatal, fundada na emergencialidade e necessidade, é válida, sem se limitar pelas garantias individuais constitucionais, uma vez que se trate de combater um suspeito, um criminoso, um inimigo.

2.1.2 Influência dos Meios de Comunicação

O apoio social à ideia de que se deve declarar “guerra” contra a criminalidade e contra criminosos, ainda que se sacrifiquem garantias constitucionais e se aumente a repressão, como ficou demonstrado nas pesquisas, é reforçado pela exploração midiática do fato criminoso e pela superexposição do suspeito ou denunciado por crime. E isso se torna problemático porque a mídia desempenha papel fundamental na informação e na formação de opinião.

[61] PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012, p. 19.

Boa parte da informação que chega a nós é transmitida por meio de empresas de radiodifusão, grandes editoras de jornais e revistas e emissoras de televisão[62]. Dado o enorme volume de informação que obtemos a partir delas, formamos nossa opinião sobre os mais diversos assuntos, pelo qual nos embasamos para tomar decisões cotidianas[63] ou pensar desta ou daquela forma.

No entanto, não se pode olvidar que, na nossa realidade, informação também é mercadoria, motivo por que se submete à lógica de ser *produzida* para ser *consumida*[64]. Sob esta ótica, ela deve ser atraente e chamar a atenção. Produzida dessa forma, ela nem sempre se compromete com a verdade[65] ou, no mínimo, com a mesma cautela que um julgador deve ter ao analisar um fato criminoso, suas provas e a conduta do acusado. Por isso, não são raras as vezes em que um indivíduo suspeito ou acusado de crime é apontado pela mídia como efetivo autor de fato criminoso, passando a ser taxado de "bandido", "perigoso", e tem publicizada toda a sua ficha policial, o que acaba por transmitir um juízo de condenação a todo o país antes mesmo de o processo chegar aos olhos do juiz.

Essa prática produz uma espécie de condenação prévia do indivíduo, a qual não observou critérios científicos próprios da Ciência Penal e Processual Penal[66], tampouco os princípios constitucionais do Contraditório, da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, garantidos a todo acusado[67]. Ao contrário, ela explora o fato criminoso e o acusado de forma a, exageradamente, "criar um monstro", o qual passa a ser tido como inimigo. Assim qualificado, a sociedade em geral passa a entender que os direitos e garantias constitucionais não são para ele, como mostraram as duas pesquisas.

---

[62] CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 94, p. 200-237, janeiro-fevereiro de 2012, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 203.

[63] Ibidem, p. 204.

[64] GOMES, Marcus Alan de Melo. O negro pobre, o repórter e a mídia. In: Boletim IBCCRIM, Ano 17, nº 200, p. 10-11, Julho, 2009, p. 10.

[65] CUNHA, op. cit., p. 204-205.

[66] SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 94, p. 363-382, janeiro-fevereiro de 2012, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 364.

[67] *"(...) as ideias e costumes difundidos pelas emissoras privadas de rádio e televisão são frequentemente incompatíveis com os princípios que informam nosso Estado Democrático de Direito. Não é preciso mais do que alguns minutos diante da televisão, em qualquer horário ou canal, para constatar a violação dos direitos fundamentais à privacidade, a não discriminação, à honra, à presunção de inocência e à própria dignidade da pessoa humana (...)".* SUIAMA, Sérgio Gardenghi. A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. Boletim Científico, n. 5, ano I, p. 107-120; *apud* CUNHA, op. cit., p. 200.

Além disso, a apresentação exaustivamente de fatos criminosos na mídia faz com que quem receba o bombardeio de notícias sobre crimes perceba a criminalidade de maneira exagerada:

> (...) a reprodução insistente de fatos pelos meios de comunicação, seguida de seu engrandecimento, leva à distorção da própria percepção da realidade pelo grupo social. Conforme ressalta Santiago Mir Puig, a imprensa amplia a dimensão das desgraças e da violência.[68]

É fácil se constatar que, exibido nos meios de comunicação, o crime ganha reportagem especial, historiografia[69], entrevistas com a família da vítima[70], fotos, gráficos[71], pesquisa de opinião e é relembrado no aniversário do fato[72]. Dessa forma, a mídia faz com que o fato criminoso vire um espetáculo de horrores, deixando a população assustada, com aquele sentimento de que a vítima poderia ter sido qualquer pessoa:

> (...) o comportamento da grande imprensa, que vem dando muita ênfase, ou mesmo prioridade, à violência, até mesmo nos programas ditos recreativos ou pseudoinformativos, tratando com escândalo as ações criminosas, transmitindo ao público a ideia de que todos, sem exceção, estejam onde estiverem, estão na iminência de sofrer alguma espécie de violência.[73]

Além da espetacularização do crime, a reiteração insistente de notícias sobre os fatos criminosos – violentos ou de cunho organizado – potencializa o sentimento de

---

[68] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **"Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência**. *In* Boletim IBCCRIM, Ano 16, nº 186, Maio, 2008, p. 16-17.

[69] A história do caso chamado de "Isabella Nardoni" ganhou até mesmo página na do Wikipédia, site popular de pesquisas na internet: http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Isabella_Nardoni. Acesso em 11/11/2012.

[70] Entrevista com a mãe da menina Isabella Nardoni, realizada pelo Fantástico, programa exibido aos domingos pela Rege Globo, disponível no site do YouTube em quatro partes: https://www.youtube.com/watch?v=3B5eGuG0C8Q. Acesso em 11/12/2012.

[71] Gráficos mostrando a "Sequência da Tragédia" sobre o caso "Isabella Nardoni", disponível no site da revista "Veja": http://veja.abril.com.br/em-profundidade/caso-isabella-nardoni/info-morte-isabella2.swf. Acesso em 11/12/2012.

[72] Como por exemplo, o "aniversário" de dois anos da morte da menina Isabella Nardoni, anunciado em diversos jornais de grande circulação: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u713353.shtml**.** Acesso em 11/11/2012.

[73] DALLARI, Dalmo de Abreu. Imprensa Livre e Responsável. *In* Jornal do Brasil. Rio de janeiro, 19/08/2006, p. A 11, *apud* BECHARA, op. cit., p. 16.

insegurança e faz com que a população se veja como completamente vulnerável à criminalidade. Isso ocorre porque tais notícias acabam ganhando muito espaço nos meios de comunicação, criando a sensação de que a criminalidade e a exposição à violência são generalizadas, o que pode não corresponder à realidade[74]:

> A mayor abundamiento, por outro lado, la reiteración y la própria actitud (dramatización) com la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y lãs catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no corresponde com el nivel de riesgo objetivo.[75]

Todavia, essa sensação de insegurança, de impotência e de vulnerabilidade, bastante aumentada pelos meios de comunicação, converte-se em apelo social para que o Estado, por meio do Direito Penal e Processual Penal, forneça uma resposta imediata à criminalidade[76]. Assim, acreditando estar diante de situação de emergência contra a criminalidade, rejeitam-se formas e procedimentos[77], direitos e garantias Processuais Penais que signifiquem, no seu entender, obstáculo ou demora em punir quem foi apontado na mídia como culpado ou suspeito. Tal aspiração da coletividade, que passa a ver a si própria como vítima, perde de vista a ideia de que as garantias são normas de proteção de todo indivíduo contra o arbítrio estatal[78]. Destarte, resulta que

> (...) a mídia fomenta enormemente a postura social atual do irracionalismo punitivo, a qual ignora uma reconstrução planejada para o possível retorno à paz social e guia-se por meras soluções temporárias e simbólicas, em sua maioria, senão exclusivamente lastreadas no direito penal. Tal quadro apenas fornece guarida ao

---

[74] "*(...) a notícia não espelha a realidade; mas ajuda a construí-la, como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento, a notícia define dá forma a esse acontecimento.*". TCHUMAN, Gaye. La producción de la noticia. Estudio sobre la construcción de la realidad. Barcelona: G. Gili, 1983; *apud* ROCHA, A. F. O. Criminologia e Mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico, p.111-121. *In:* **Ciências Penais:** Perspectivas e Tendências da Contemporaneidade. Curitiba: Jiruá, 2011, p. 119.

[75] SILVA SÁNCHES, Jesús-Maria. La Expansion Del Derecho Penal. Aspectos de La política criminal de lãs sociedades pos industriales. Madrid: Civitas, 1999. P. 27-28, *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. *In:* **Boletim IBCCRIM**, Ano 16, nº 186, p. 16-17, Maio, 2008, p. 16.

[76] BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. *In:* **Boletim IBCCRIM**, Ano 16, nº 186, p. 16-17, Maio, 2008, p. 17.

[77] Ibidem, p. 17

[78] Ibidem, p. 17

> recrudescimento do poder punitivo estatal e coloca em xeque o Estado de Direito.[79]

Nesse ínterim, o estado emergencial que se instala clama por mais controle social, mais repressão e mais celeridade em suas ações como única forma de retornar à normalidade pretendida. Com isso, a seara penal, tida como *ultima ratio* nas situações ditas normais, avoluma-se, tornando-se o principal meio de combater a criminalidade e de resolver conflitos:

> Tipica di tutti i momenti di crisi è l'attribuzione al diritto penale di ruolo e compiti primari. Se è vero che a giustizia penale è la punta dell'iceberg attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momente patologici della vita sociale e intituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, `e pur vero che la situazione di crisi fa revvisare nello strumento penale il principale canale di ripristino dell'omogeneità sociale e dell'eliminazione della conflittualità (in antitesi al suo ruolo de 'ultima ratio') e fa sì che al diritto penale si attribuisca, in forma spesso taumaturgica, il compito di realizzare i principi sanciti nella Constituizione a ancora innattuati nella società reale.[80]

Conforme sustenta Sérgio Moccia, a cultura do medo e da emergência deposita suas esperanças no punitivismo estatal como forma de frear a criminalidade, ignorando ou desvalorizando seus diversos outros vieses e medidas não mitigadoras de garantias individuais, como se a repressão e punição fossem o único caminho:

> (...) na "cultura" de uma sociedade em crise como a atual, a espiral repressiva é acreditada como única forma de controle realizável; esta se assume uma fisionomia ansiosa, espasmódica, ruidosa; golpeia somente a superfície dos problemas sem resolver qualquer deles.[81]

---

[79] SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 94, p. 363-382, janeiro-fevereiro de 2012, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 379.

[80] BRÍCOLA, Franco. **Funzione Promocionale, Tecnica Premiale e Diritto Penale**. In Diritto Premiale e Sistema Penale, p. 121, *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Nota de rodapé da página 1.

[81] MOCCIA, Sergio. O controle da Criminalidade Organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19, vol. 92, p. 31-57, set-out de 2011, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 56.

Pintado o quadro da emergência, os Poderes Públicos, pressionados pela mídia e pela opinião pública, passam a dar respaldo a elas da forma como reclamados: aumentando a repressão e diminuindo as garantias dos acusados, ficando evidente a influência da opinião pública, forjada pela mídia, no modo como o Estado conduz sua Política Criminal e administra a Justiça Penal. Nesse sentido, afirma Salomão Shecaira:

> O estado subjetivo de insegurança acaba por influenciar, inexoravelmente, o funcionamento da justiça criminal e intervir na produção legislativa através da exploração da variável 'medo'.[82]

Existem diversos exemplos do resultado dessa influência. Um deles, é a aprovação da chamada "Lei da Ficha Limpa" - Lei Complementar n. 135 de 2010[83] - , que alterou a "Lei das Inelegibilidades" (Lei Complementar n. 64 de 1990) para tornar inelegível um candidato que tenha sido condenado em decisão proferida de órgão colegiado por crimes relativos à administração de bens públicos e exercício de poder, deixando de exigir o trânsito em julgado da condenação para impor a restrição.

Tal alteração fere claramente o "Princípio da Presunção de Inocência" [84], o qual impõe uma regra de tratamento pela qual o indivíduo deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória[85], conforme dispõe a Constituição Federal. Porém, modificação advinda após iniciativa popular com mais de 1,6 milhão[86] de assinaturas, e acompanhada de perto por toda a mídia brasileira, a referida lei passou pelo crivo do Poder Legislativo e foi considerada constitucional pela

---

[82] SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e Crime. *In:* Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001. P. 357, *apud* HASHIMOTO, Érica Akie. Mídia e Criminalidade: breves considerações sobre a influência dos meios de comunicação sobre a visão coletiva do crime e do criminoso. *In:* **Boletim IBCCRIM**, Ano 18, nº 217, p. 18-19, Dezembro, 2010, p. 18.

[83] BRASIL. Lei Complementar n. 135 de 2010. **Planalto.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm. Acesso em 10/11/2012.

[84] Há divergências quanto ao nome do princípio. O STF, por exemplo, tem usado "Princípio da Não Culpabilidade" em seus julgados, conforme informação em sua página institucional na internet (http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_2009.pdf). Acesso em 15/11/2012.

[85] *"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"* Brasil. Constituição (1988), art. 5º, inciso LVII. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[86] Dado obtido na página institucional do Senado Federal na internet: http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/ficha-limpa . Acesso em 15/11/2012.

cúpula do Poder Judiciário no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29/DF[87].

O Ministro Relator da mencionada Ação Declaratória de Constitucionalidade considerou que o Princípio da Presunção de Inocência diz respeito apenas aos efeitos da condenação criminal, o que não seria o caso da restrição nas condições de elegibilidade de candidatos a carga eletivo. Porém, ao dispor no art. 5º, inciso LVII, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" a Constituição não restringe a regra de tratamento apenas para fins penais (podendo também ser interpretada como "ninguém será considerado culpado, **para qualquer fim,** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"). O que dá a tônica da interpretação, nesses casos, sem dúvida, é o fenômeno da emergência, a qual, como dito anteriormente, restringe as garantias processuais penais.

É certa a grande utilidade da adoção de medidas como esta, que visou a afastar da Administração Pública aqueles que tenham agido em desconformidade com os valores que ela mesma deva preservar. Por outro lado, a redução das chances disso ocorrer poderia se dar com o andamento regular mais célere dos processos, mas esta não foi a opção do legislador. Pelo contrário, preferiu-se não aguardar o andamento normal

---

[87] *"AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. (...) 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. (...) (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012)".*

das etapas processuais para caracterizar uma presunção de culpabilidade, o que fere de morte o Princípio da Presunção de Inocência.

2.2 Legitimação Política

2.2.1 A "razão de Estado"

Luigi Ferrajoli, em sua famosa obra "Direito e razão", demonstra, através de uma perspectiva histórica, como se dá a legitimação da adoção de medidas excepcionais para combater a criminalidade sob uma situação aparentemente emergencial[88]. Para tanto, começa afirmando que a ideia de emergência faz com que a *razão de Estado*[89] prevaleça sobre a *razão jurídica* como critério informador do Direito Penal e Processual Penal, legitimando uma intervenção estatal punitivista e anti-garantista, tanto em situações excepcionais, como as criadas pelo terrorismo político, quanto em outras formas criminalidade organizada[90]. Assim, a legitimação deixa de ser jurídica - no sentido de não seguir os ditames constitucionais - passando a ser política, colocando todo o sistema de garantias subordinado a ela[91].

Ao explicar como se dá essa legitimação política, Ferrajoli menciona a grande figura delitiva que, desde antes das codificações modernas, recebia um tratamento diferente dos crimes comuns, que era o delito político[92], chamado de crime de lesa-majestade anteriormente a elas. Esta categoria contrapunha diretamente os cidadãos e as instituições estatais do Estado Moderno, ameaçando os interesses políticos fundamentais, a soberania do Estado e a autoridade do soberano, não se submetendo ao princípio da estrita legalidade porque a "razão de Estado" lhe seria superior. Esta se consubstanciaria em

---

[88] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Capítulo intitulado "O Subsistema Penal de Exceção", p. 649-680.
[89] Ibidem, p. 651.
[90] Ibidem, p. 650.
[91] Ibidem, p. 650.
[92] Tal contraposição, na legislação, somente foi concretizada pela primeira vez em 1830 na França, conforme nota de fim número 4 do capitulo "O Subsistema Penal de Exceção". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 673.

> (...) um princípio normativo da política que faz do "bem do Estado", identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicional da ação do governo. Ainda que o conceito de "razão de Estado" não se encontre usado frequentemente no léxico filosófico político, é certo que ele, como demonstrou Friedrich Meinecke, informa ininterruptamente a história prática do Estado moderno e, por outro lado, todo pensamento político absolutista e autoritário do século XVI em diante. *O Príncipe*, de Maquiavel, é, na sua substância, um tratado sobre a razão de Estado, ainda que essa expressão não seja utilizada. E de Maquiavel em diante a ideia de "razão de Estado" como superioridade da razão política em relação ao direito e à moral, é de fato, mesmo se não expressamente tematizada, o princípio inspirador de todas as filosofias políticas estatais, desde os teóricos do absolutismo como Bodin e Botero das doutrinas dos "interesses de Estado" na França do século XVII, até a obra de Fichte, Hegel e por último na obra de Carl Schmitt, que são filosofias singularmente convergentes, por este aspecto, com as doutrinas revolucionárias – de Necaev até Lukacs, e com as perversões stalinistas e terroristas – quanto à justificação ético-política das "mãos sujas" e do uso "oportunista" do direito. No direito e no processo penal a mesmíssima ideia é, por outro lado, encontrada na base de todos os modelos anti-liberais e anti-garantistas, informados, invariavelmente, pela concepção do delinquente político como "inimigo", a ponto de suprimir no interesse geral a sua identificação *extra legem*, com base em critérios substanciais e instrumentos inquisitivos[93].

Ferrajoli explica também que a "razão de Estado convivia de forma concorrente, à época do Estado Moderno, com o "direito de resistência", o qual justificava a utilização de qualquer meio, ainda que imoral e ilegal, desde que com o fim ético de combater a tirania estatal[94]. Este direito de resistência, inclusive, estava previsto em alguns ordenamentos jurídicos europeus, mas caiu por terra com o surgimento do Estado Moderno na forma de Estado de Direito[95]. Este novo modelo de Estado passou a obrigar que todos os atos estatais ficassem subordinados a um ordenamento jurídico, retirando poder das mãos dos soberanos e concedendo garantias aos súditos contra violações de seus direitos, deixando o direito de resistência sem razão de existir, o que não ocorreu com a "razão de Estado"[96].

Do exposto por Ferrajoli, é fácil notar que a "razão de Estado", de fato, continua servindo de justificativa para se adotar tratamentos penais severos e

[93] Ibidem, p. 651- 652.
[94] Ibidem, p. 651.
[95] Ibidem, p. 652.
[96] Ibidem, p. 650 – 651.

procedimentos excepcionais[97] com a finalidade de alcançar ou manter o "bem do Estado", a Paz Social, a Ordem Pública – algo de conceito indefinido, mas que pode ser tido como estado ideal de todas as coisas dentro de um país.

Aliás, sobre Ordem Pública, leciona Odone Sanguiné que ela possui significado amplo e dinâmico, à medida que sofre modificação segundo a concepção dominante em cada momento histórico[98]. Ainda assim, erige-se a Ordem Pública como justificativa para se tomar as mais diversas medidas que busquem garantir a Paz Social, ainda que *contra legem*, sendo a base da atividade interventiva do Estado e limite para o exercício de direitos fundamentais, conforme salienta Sanguiné:

> Desde la perspectiva iuspublicista, el concepto de orden público ha sido utilizado por los Poderes Públicos como *cláusula general* para justificar la adopción de de aquellas 'medidas necessarias' (com o si apoyo normativo previo, legales o *contra legem*) para asegurar el mantenimiento de la paz pública o de la convivencia sociale pacífica y ordenada de los ciudadanos dentre del grupo social frente a todo tipo de amenazas o perturbaciones, con independencia de que el ordenamiento jurídico haya estabelecido o no de manera apriorística una respuesta adecuada para ello. Así concebido, el orden público no sólo constituía la base de la atividad interventora de los Poderes Públicos, sino que constituye todavía en la actualidade, un limite más o menos pronunciado para el ejercicio de los derechos fundamentales.[99]

Justamente por não haver clara conceituação de Ordem Pública, "*seus limites refogem a uma clara delimitação*"[100], conforme sustenta Sérgio Moccia. Isso permite afirmar que ao utilizar algo de conceito indefinido como justificativa, abre-se possibilidade para que o Estado exerça seu monopólio sobre a seara penal de maneira irracional, conforme o clamor popular, sustentando que se trata de situação excepcional.

Da lição de Ferrajoli sobre o que seja "razão de Estado", é possível concluir que, na atualidade, a pressão social e midiática em torno da criminalidade se converge em *razão* para atuação estatal. A partir disso, todo tipo de intervenção punitivista, ou

---

[97] Ibidem, p. 652.
[98] SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 171.
[99] Ibidem, p. 171.
[100] MOCCIA, Sergio. O controle da Criminalidade Organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19, vol. 92, p. 31-57, set-out de 2011, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 39.

que busque flexibilizar garantias do acusado em razão do "bem do Estado" (ou da Ordem Pública ou da Paz Social) torna-se possível o tempo todo, pois ele é a principal norma do direito emergencial[101]:

> *Salus rei publica suprema lex*: a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a principal norma do "direito de emergência" (*Grundnorm*), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.[102]

Assim, se outrora o "bem do Estado" era suscitado pela guerra ou por disputas políticas entre grupos, hoje, a Ordem Pública é utilizada para justificar a supressão de garantias individuais como forma de combater a criminalidade, principalmente a de matiz organizada.

2.2.2 Produção Irracional de Leis Penais e Processuais Penais

Diante de alegada emergência e sob a pressão social, que legitima práticas excepcionais, como revelado pelas duas pesquisas apresentadas, o Direito Penal, o Processo Penal e a Política Criminal perdem racionalidade jurídica[103], ficando à mercê dos anseios da opinião pública, a qual, como vimos, deposita em medidas anti-garantistas[104] a solução para a emergência que a sociedade vê. Assim, diversos princípios Processuais Penais são flexibilizados ou considerados inaplicáveis[105], bem como são produzidas diversas leis restringindo garantias, a fim de dar tratamento mais rigoroso e resposta estatal mais célere à criminalidade, em nome da dita emergencialidade.

---

[101] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 650.
[102] Ibidem, p. 650.
[103] FIGUEIREDO, Frederico. Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 100-132, janeiro-fevereito de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 102.
[104] Conforme elucida Scarance Fernandes, o garantismo no processo penal representa a efetivação das garantias do devido processo legal. SCARANCE FERNANDES, Antônio. O equilíbrio entre a eficácia e o garantismo e o crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 229-265, janeiro e fevereiro de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 234.
[105] VILAR, Silvia Barona. **Seguridad, celeridad y justicia penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 29.

Um exemplo bastante ilustrativo de como Poder Público pode tornar o direito irracional ao se dobrar ao clamor social está presente no Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado n. 236/2012):

> Art. 391. Praticar ato de abuso ou maus-tratos a **animais domésticos**, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos:
>
> Pena - prisão, de **um** a quatro anos.

O crime de maus tratos a animais está atualmente previsto na Lei 9.605, de 1998, a qual prevê pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano[106]. A justificativa dada pela Comissão de juristas responsável pela elaboração do referido anteprojeto para o futuro recrudescimento na punição desse crime traz clara referência ao clamor popular, merecendo ser transcrita:

> *A proteção dos animais.* **Tendo em vista os inúmeros movimentos em defesa dos animais** e a consciência da violência cometida contra os mesmos, **a Comissão não poderia ficar insensível à realidade**, razão pela qual propôs a criminalização de novas condutas e, especialmente, maior reprovação a tais comportamentos.[107] (Grifos nossos).

No entanto, o mesmíssimo Anteprojeto de Código Penal traz em seu art. 134 a pena mínima de 1 (um) ano para o crime de maus-tratos contra pessoas, a mesma pena mínima para o crime de maus tratos a animais, conforme segue:

> Maus-tratos
>
> Art. 134. Expor a perigo a vida ou a saúde de **pessoa** sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

---

[106] BRASIL. Lei n. 9.605/1998, art. 32. Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 10/11/2012.

[107] Relatório Final do Anteprojeto de Código Penal elaborado por Comissão de Juristas. P. 408. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/projeto.pdf. Acesso em 16/11/2012.

> Pena – prisão, de **um** a cinco anos.[108]
> (Grifos nossos).

Logo, se pode perceber que em face do clamor popular, o Estado legitima sanções desproporcionais, como a que acaba de ser demonstrada. Ainda que não se queira deixar de dar proteção aos animais e punir maus-tratos praticados contra eles, não parece ser racional a fixação da pena mínima igual a do crime de maus tratos a pessoas, uma vez que isso estabelece uma equiparação inapropriada.

A mesma irracionalidade atinge o Processo Penal em face da emergência quando o legislador lança mão do chamado Populismo Penal. Este nasce do simples atendimento aos anseios do povo, sem dar ensejo a um debate mais aberto e mais argumentativo, como se para efetivação da Democracia, o legislador – representante do povo[109]– tivesse de atender os desejos de vingança da população, sem cotejar o discurso político punitivo com os parâmetros constitucionais:

> Não basta ouvir, portanto, a sociedade, diante de desejos de vingança em face de acontecimentos violentos. Ampliar a democracia não é dar ensejo ao populismo penal, mas ouvir todos os argumentos que podem, e devem, ser testados diante, inclusive, das garantias constitucionais, que não podem ser ignoradas.[110]

É importante lembrar que observar os ditames da Constituição é justamente a característica principal que diferencia um Estado de Direito de um Estado de Exceção. Giorgio Agamben sustenta que a exceção – assim como as medidas processuais emergenciais – baseia-se no estado de necessidade[111], mas alerta para o fato de que:

---

[108] BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Anteprojeto de Código Penal. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1. Acesso em 10/11/2012.

[109] "*A Câmara dos Deputados compõe-se de* ***representantes do povo****, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal".* (Grifo nosso). Brasil. Constituição (1988), art.45. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[110] HABER, Carolina Dzimidas. **A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal.** 2011. 160 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 14. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24042012-114628/pt-br.php. Acesso em 20/11/2012.

[111] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. P. 11

> (...) a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: "a necessidade não reconhece nenhuma lei" e "a necessidade cria sua própria lei".[112]

Conforme o referido autor, a necessidade é um ponto entre o direito e a política[113], constituindo um verdadeiro patamar indeterminado entre a Democracia e o Absolutismo[114]. Nesse ínterim, as medidas emergenciais inconstitucionais defendidas pela população para combater o crime têm como fundamento apenas a necessidade, que não respeita limites. Assim, consistem verdadeiras medidas excepcionais, antidemocráticas e que não se coadunam com o direito:

> (...) as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.[115]

Contudo, ainda que não devesse ocorrer, o pronto atendimento dos anseios populares garante o apoio eleitoral ao legislador[116], motivo por que tal prática – tão próxima, por vezes, do modelo de Estado de Exceção - não deve ser tão logo abandonada.

Assim, diante do já apresentado, o poderoso clamor popular continuará fomentando legislações emergenciais, que, ao não produzirem o resultado esperado, tornam ainda mais vigoroso o discurso punitivo, que, por sua vez, volta a interferir na legislação Penal e Processual Penal:

> Gera-se um ciclo vicioso no qual, partindo-se da falsa premissa de que o Direito Penal e Processual Penal têm aptidão para combater a criminalidade, criam-se novos tipos delitivos, agravam-se penas e

---

[112] Ibidem, p. 40.
[113] Ibidem, p. 11.
[114] Ibidem, p. 13.
[115] Ibidem, p. 12.
[116] FIGUEIREDO, Frederico. Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 100-132, janeiro-fevereito de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 130.

> suprimem-se garantias, gerando resultados inócuos, que, por sua vez, são compensados pelas mesmas medidas.[117]

3. Processo Penal de Emergência

Segundo argumenta Andrei Schmidt, o Direito Criminal tem por missão impedir o arbítrio estatal em suas proibições, repressões e juízos, a fim de garantir o seguimento do Estado na linha da justiça, não se degenerando em tirania[118]. Assim, as garantias penais constantes da Constituição, necessárias à limitação do poder punitivo estatal, se dirigem à proibição de condutas, à pena e ao processo[119].

Contudo, como visto anteriormente, a "razão de Estado" continuou, ao longo da história, a orientar práticas excepcionais justificadas pelo "bem do Estado". Nas legislações atuais, inclusive na brasileira, permanece esta mesma proposta, enraizada nos antigos crimes de lesa-majestade[120]. Assim, nossa Constituição prevê uma série de tratamentos diferenciados, como por exemplo, crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, imprescritíveis e possibilidade de pena de morte, conforme estabelecido no art. 5º, incisos XLIII, XLIV e XLVII, alínea "a":

> XLIII - a lei considerará **crimes inafiançáveis** e **insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
>
> XLIV - constitui **crime inafiançável** e **imprescritível** a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;
>
> (...)
>
> XLVII - não haverá penas:
>
> a) **de morte, salvo em caso de guerra declarada**, nos termos do art. 84, XIX;
>
> (Grifos nossos).

---

[117] SOUZA, Luciano Anderson de; LUYTEN, Maurício de Albuquerque Araújo. **Utilitarismo Penal e Interceptações telefônicas**. *In*: Boletim IBCCRIM, Ano 15, nº 178, p. 17-18, Setembro, 2007, p. 17-18.

[118] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 210.

[119] Ibidem, p. 210.

[120] Ferrajoli explica que o crime político, o qual rendia tratamento diferenciado, mais rígido, ao acusado, integrava a categoria de crimes de lesa-majestade antes das codificações modernas. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 651.

Choukr atenta para a necessidade de se separar o âmbito constitucional - em que estão previstas exceções ao Estado Democrático quando há necessidade, mas fixados pressupostos, competências, instrumentos e procedimentos, além de limites temporais e geográficos[121] -, da emergência Penal e Processual Penal, pois esta última provoca transformações legislativas responsáveis por uma involução no ordenamento punitivo[122]:

> A cultura da emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos de um estado de polícia.[123]

De acordo com Choukr, as exceções previstas na Constituição contrariam a própria essência do significado de emergência[124] – não são imprevisíveis ou inesperadas, pois rodeadas de normatização nacional e internacional, e de garantias mínimas, como direito a não ser torturado, a não ser escravizado e a não ser submetido a tratamento degradante[125]. Na previsão constitucional da exceção há, portanto, legitimação jurídica, a qual é possível em face de situações emergenciais constitucionalmente previstas – guerra declarada[126], estado de defesa[127], estado de sítio[128].

---

[121] CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3-4.
[122] Ibidem, p. 1-2.
[123] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 649.
[124] CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit., p. 3-4.
[125] Através do Decreto n. 40 de 15 de fevereiro de 1991, o Brasil internalizou a "Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes". Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm. Acessado em 16/11/2012.
[126] *"XLVII - não haverá penas:*
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;" . Brasil. Constituição (1988). Artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a", **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012

No entanto, não é sobre esta emergência previsível de que trata este trabalho, mas sobre aquela imprevisível, que torna irracional o ordenamento jurídico e sua aplicação no caso concreto. O Processo Penal de Emergência é a legislação processual de exceção tendo como parâmetro tanto a própria Constituição[129] quanto a própria legislação alterada[130], bem como as interpretações normativas destas mesmas espécies – ou seja, em desacordo tanto com a Constituição, quanto com a própria legislação de exceção produzida[131].

3.1 Supressão de garantias constitucionais

Existe séria dificuldade em se estabelecer os limites constitucionais do Processo Penal em razão de muitos deles não trazerem em si regras[132] objetivas, mas muitos princípios[133], havendo margem para que os agentes estatais – o legislador, a autoridade policial, o membro do Ministério Público e o juiz - ainda que não os neguem, lhes diminuam substancialmente, por vezes. Por exemplo, os princípios do Devido

---

[127] Brasil. Constituição (1988). Art. 136. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[128] Brasil. Constituição (1988). Art. 137 e art. 138. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[129] No nosso entender, um bom exemplo disso seria a Lei nº 12.654 de 2012, a qual altera o artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais, deixando-o com a seguinte redação:
"Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor."
Este modo de identificação criminal fere veementemente o Princípio do "*Nemo Tenetur se Detegere*", originado do direito ao silêncio constante do art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal Brasileira.

[130] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 650.

[131] Um bom exemplo de exceção à própria legislação mitigadora de direitos fundamentais é a interpretação dada ao art. 5º da Lei das Interceptações Telefônicas, o qual estabelece prazo de duração de 15 dias, podendo haver renovação por igual período. Porém, ao interpretar o dispositivo, o STF entende a possibilidade de renovações sucessivas de 15 dias (HC. 99619).

[132] *"As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos".* ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p.70.

[133] *"Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção".* ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 70.

Processo Legal, Ampla Defesa e do Contraditório, constantes do art. 5º, incisos LIV, LV e LVI[134], respectivamente, da Constituição Federal Brasileira de 1988, não estão conceituados normativamente. Suas definições e seus alcances, em ponderação com outros princípios e direitos constitucionais aparentemente colidentes (como o da segurança pública), são dados por construção doutrinária e jurisprudencial, as quais não estão livres de ideologias[135]. Conforme bem lembra Scarance Fernandes, ao citar Carrulli:

> (...) o ideal de uma ciência de todo indiferente ao ponto de vista político-social (como de resto ao ponto de vista filosófico), não é senão uma fantástica quimera, porque na realidade todas as construções jurídicas, indistintamente, são permeadas pela ideologia política, social e ética da época em que são elaboradas.[136]

Por este motivo, algumas práticas processuais penais, ainda que suprimam princípios informadores do Processo Penal, existentes como garantia do indivíduo em face do poder estatal, não são tidas por inconstitucionais, haja vista a própria indefinição de seus conceitos – que facilita uma interpretação mais restritiva de direitos, de acordo com o momento histórico vivenciado[137]. Ferrajoli afirma que a indeterminação de significados, como por exemplo, a dos termos "atentado", "ação de grupos armados",

---

[134] *"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;". Brasil. Constituição (1988). Art. 5º. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[135] *"Não existe decisão neutra. A neutralidade do juiz é um mito, que perdura em razão da ideologia da conservação (da segurança). A ciência não é neutra: ela sempre está a serviço da ideologia da segurança. Recorde-se que a ciência jurídica deu sustentação inclusive para o Estado nazista. O Direito não é neutro (existe para servir os interesses dos que dominam; ele é instrumento da conservação). O jurista não é neutro (seu discurso conformista, legalista, comprova sua parcialidade). O legislador não é neutro (tudo que faz atende a uma certa ideologia)".* GOMES, Luiz Flávio. Limites do "Ius Puniendi"e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. *In* MOREIRA, Rômulo (org). Leituras Complementares de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 59.

[136] CARRULLI. **Il diritto di difesa dell'imputato,** p. 7-8, *apud* SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 21.

[137] SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 21.

"associação subversiva", "insurreições armadas", presentes nas legislações de diversos países, acaba por retirar a característica essencial da seara penal: a estrita legalidade[138].

É valendo-se desta indeterminação de conceitos que há liberdade para que os agentes estatais restrinjam direitos e garantias, pressionados pelo já mencionado clamor social, a exploração midiática de crimes e o populismo penal. Diante disso, surge uma gama de medidas emergenciais – supressoras de direitos e garantias - para conter a criminalidade, tais como antecipação de penas e processos sem rito, conforme assevera Moccia:

> (...) a justiça, porém, segundo os esquemas recorrentes de uma cultura emergencialista acaba por assumir uma fisionomia particular, bem diferente daquela delineada por um estado social de direito; essa cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de mistura de papéis, de antecipação de pena, de acertos com a mass media, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extrainstitucionais (...).[139]

Para ilustrar esta afirmação, vejamos a seguir algumas das principais garantias que têm seu valor diminuído ou suprimido em face do fenômeno da emergência:

a) Direito a não autoincriminação:

Conhecido na doutrina como *"nemo tenetur se detegere",* este princípio deve ser interpretado da forma mais ampla possível, conforme leciona Alberto Binder[140]. Por este motivo, o direito a não autoincriminação desdobra-se em diversos outros direitos: o direito ao silêncio, o direito de não produzir provas contra si mesmo[141], o direito a não praticar qualquer ato pelo qual possa se autoincriminar[142] e o

---

[138] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 651.

[139] MOCCIA, Sérgio. Emergência e Direitos Fundamentais. *In:* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. P. 58-105. Ano 7, n. 25, janeiro-março de 1999, p. 73-74.

[140] BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 136.

[141] *"O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável".* (STF, HC n. 83.096, relatora Ministra Ellen Gracie, *DJU* de 12.12.2003). Disponível em http://jus.com.br/revista/texto/7361/o-direito-constitucional-ao-silencio-e-suas-implicacoes#ixzz2CxeU4rEz. Acesso em 08/11/2012.

[142] SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 43.

direito a ser advertido de que tem o direito de permanecer calado. Nesse sentido, vem decidindo há muito tempo o STF, considerando ilícitas as provas produzidas em desconformidade com este princípio:

> EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. (...) III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da **falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental** - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz **sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio**. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao **dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.** (...).
>
> (HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001). Grifos nossos.

Possui fundamento legal no art. 5º da Constituição, inciso LXIII[143], nos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal[144], no art, 8º, alínea "g" do Pacto de San Jose da Costa Rica[145] (em vigor no Brasil através do Decreto n. 678/1992) e no art. 14, alínea

---

[143] *"LXIII - o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;".* Grifo nosso. Brasil. Constituição (1988). Art. 5º.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[144] "*Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do **seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas**. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)*". Grifo nosso.

"*Art. 198. **O silêncio do acusado não importará confissão**, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz."* Grifo nosso. Observa-se que a parte final deste dispositivo não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. BRASIL. Código de Processo Penal. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[145] "*Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*
(...)
*g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada**;"* Grifo nosso.

“g” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[146] (em vigor no Brasil com o Decreto n.592/1992).

Conforme entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o direito a não autoincriminação e o de ser advertido sobre o direito ao silêncio[147] visa a fazer recair sobre a acusação o ônus probatório e impedir abusos policiais na investigação:

> EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto- incriminação **que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade**. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - **que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade** - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. (HC 78708, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977). (Grifo nosso).

---

[146] “*Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:*
(...)
g) ***De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada***.” (grifo nosso).

[147] O direito de ser advertido quanto ao direito ao silêncio também é chamado de “Miranda Rule”, regra implementada nos Estados Unidos após julgamento do caso Miranda VS. Arizona (1966), sob pena de nulidade das provas obtidas das declarações do acusado não advertido. RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação. P. 9-28. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10-11.

De fato, tais direitos, sobretudo o direito ao silêncio, buscam preservar o acusado tanto de práticas largamente utilizadas na Idade Média – quando a incessante busca pela verdade real era capaz das mais violentas ações a fim de se obter sua confissão[148] - quanto das tendências sempre atuais baseadas na máxima do "quem não deve, não teme", as quais, ainda que não sejam violentas, buscam coagir o acusado a confessar ou a colaborar em prejuízo de sua defesa.

Não há consenso sobre a extensão do direito a não auto-incriminação[149]. Por isso, conforme já afirmado, abrem-se as portas para sua mitigação indevida. O exemplo mais ilustrativo atualmente são as intervenções corporais, sobre as quais afirma Aury Lopes Júnior que o imputado tem direito a rejeitá-las, sendo direito absoluto seu, o qual não deve ceder nem mesmo em face da proporcionalidade[150].

Tal direito, no entanto, foi completamente suprimido com a entrada em vigor da Lei nº 12.654 de 2012, a qual altera o artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais, deixando-o com a seguinte redação:

> Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, **obrigatoriamente**, **à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA** - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
>
> § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
>
> § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético." (Grifo nosso).

É patente a supressão total do direito à não autoincriminação por este dispositivo, motivo pelo qual se espera, em respeito às garantias processuais e à dignidade do acusado, que ele seja declarado inconstitucional quando controvérsias relativas a ele chegarem ao Supremo Tribunal Federal.

---

[148] RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação. P. 9-28. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 10.
[149] Ibidem, p. 12.
[150] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 4ª ed. rev. e atual. Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 615-617.

b) Princípio da Presunção de Inocência

Previsto na Constituição Federal e em diversas Convenções Internacionais, este princípio consiste no direito de não ser declarado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao término de Processo Penal no qual tenham sido observadas todas as garantias fundamentais.[151]

Há divergência quanto à terminologia a ser utilizada[152]. Enquanto muitos doutrinadores sustentam haver presunção de inocência, muitos dispositivos normativos fazem alusão à presunção de não- culpabilidade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San Jose da Costa Rica), integrada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 678/92, dispõe em seu art. 8º, parágrafo 2º que *"Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".* Nesse mesmo diapasão, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[153] (em vigor no Brasil com o Decreto n. 592/1992), o qual prescreve que "*Toda pessoa acusada de um delito* ***terá direito a que se presuma sua inocência*** *enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*".

A Constituição Brasileira, por sua vez, estabelece em seu art. 5º, inciso LVII, que "***ninguém será considerado culpado*** *até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Seguindo esta tendência, a exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Penal refere que:

> Na disciplina da matéria, o anteprojeto adotou quatro principais diretrizes:

---

[151] BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Limites Constitucionais da Investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de Inocência. P. 244-263. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.

[152] BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 86-87.

[153] "*Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:*
(...)
g) ***De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada***." (grifo nosso).

> I) A primeira, **convergir para o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR)**, (...).[154]

Independentemente da terminologia adotada, este princípio estabelece duas regras processuais: regra probatória e regra de tratamento[155].

Pela regra probatória[156], é da acusação o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Se dúvida razoável persistir, o juiz deverá julgar pela sua absolvição com base no princípio do "*In dúbio pro reo"*.

A regra de tratamento[157], por sua vez, estabelece que o acusado deva ser tratado como inocente até o trânsito de sentença penal condenatória (limite temporal estabelecido pela Constituição Brasileira, art. 5º, inciso LVII).

Embora tal presunção não possa afastar imposição de medidas cautelares, nem mesmo a possibilidade de prisão[158], desde que satisfeitos requisitos para tanto e devidamente fundamentada, ela também não tem sua extensão bem delimitada, permitindo que leis processuais a mitiguem ou suprimam.

Assim, são aceitas inversões do ônus da prova, como forma de facilitar e dar celeridade ao Processo Penal. Um exemplo disso está no art. 244 do Anteprojeto de Código Penal, o qual, se entrar em vigor como está, disporá o seguinte:

> **Enriquecimento ilícito**
> Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo funcionário público em razão de seu cargo ou por outro meio ilícito.

---

[154] Exposição de Motivos da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL nº 156/09), trabalho coordenado pelo Ministro Hamilto Carvalhido e tendo Eugenio Pacelli como relator-geral. P. 22. Disponível em http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/anteprojeto_do_cpp_-_senado_federal.pdf, acesso em 15/11/2012.

[155] SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. **Manual de Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16-17.

[156] DEZEM, Madeira. Presunção de Inocência. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 269-290, janeiro-fevereito de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 272.

[157] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15ª Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47.

[158] BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Limites Constitucionais da Investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de Inocência. P. 244-263. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 252.

> Pena: prisão, de um a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave.

Do disposto por este dispositivo, percebe-se que tal norma traz crime de mera conduta – a de usufruir e dispor de bens e valores incompatíveis com os rendimentos do servidor, o que acarretará para ele o encargo de demonstrar a origem lícita de seus bens, contrariamente ao que pressupõe a regra probatória de que cabe à acusação o ônus de "*provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência de causas de justificação*"[159].

Assim, depreende-se que diante do fenômeno da emergência, o processo penal, através de "*institutos processuais atípicos, de constitucionalidade extremamente duvidosa, burla-se a presunção de inocência, imputando ao réu a tarefa de se desincumbir de uma carga processual (...)"*[160].

c) Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal é um princípio que deita suas raízes no direito anglo-saxão[161] e no norte-americano[162], surgido inicialmente com fundamento na ideia de vedação a tribunais de exceção[163]. Previsto na Constituição Brasileira em seu art. 5º, inciso LIV, dispõe que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*".

Conforme ensina Lauria Tucci[164], o Devido Processo Legal abarca as garantias constitucionais em si mesmo consideradas, apresentando-se como "*um conjunto de elementos indispensáveis*"[165] para o processo penal, os quais ele enumera

---

[159] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processual Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 178-179.

[160] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal – Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Jus Podivum, 2009. P. 294.

[161] Art. 39 da Magna Carta outorgada por João Sem Terra aos seus barões em 1215 na Inglaterra. SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010, p. 43.

[162] Ibidem, p. 43.

[163] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15ª Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 37.

[164] TUTTI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 57.

[165] Ibidem, p. 60.

como sendo: a) direito à integridade física e moral; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade, g) direito à duração razoável do processo; h) direito de acesso à Justiça Penal; i) direito ao juiz natural; j) direito a tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; l) direito à plenitude de defesa; m) direito à publicidade dos atos processuais penais; n) direito à motivação dos atos decisórios penais; o) direito à legalidade da execução penal[166].

É desse rol que direitos que ressaem as ideias de Contraditório e Ampla Defesa[167], presentes na nossa Constituição, bem como a inadmissão de provas ilícitas no processo[168].

No entanto, diante da emergencialidade, este princípio também sofre mitigações. Um exemplo de técnica de emergência que fere de morte o Devido Processo Legal é a do chamado "Juiz sem rosto[169]", a qual chegou a ser adotada em alguns países, como o Peru. Ela consiste em se preservar a identidade do juiz, de forma que as decisões judiciais não levem rubricas dos magistrados ou seus auxiliares, e sejam utilizados códigos e chaves para manter em segredo sua identidade[170].

O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas condenou tal prática e recomendou que essa técnica fosse abolida, o que veio a ocorrer em 1997. [171].

No Brasil, já houve projeto de Lei[172] a fim de instituir o "Juiz Anônimo", mas este foi rechaçado a tempo ao tramitar na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a qual emitiu parecer por sua inconstitucionalidade[173].

---

[166] Ibidem, p. 60-61

[167] "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o* ***contraditório e ampla defesa****, com os meios e recursos a ela inerentes.*" Grifo nosso. Brasil. Constituição (1988). Art. 5º, inciso LV.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[168] "***são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos***". Grifo nosso. Brasil. Constituição (1988). Art. 5º, inciso LVI. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/10/2012.

[169] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 120-121.

[170] Ibidem, p. 121.

[171] Ibidem, p. 121.

[172] BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 87 de 2003. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56007. Acesso em 25/11/2012.

No entanto, recentemente o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em artigo publicado no Jornal "O Globo" em 22.06.12, p. 7, o qual foi reproduzido em diversos sítios na internet, trouxe o seguinte texto:

> Afinal, o Brasil, que já permitiu tantas marchas e movimentos, deve iniciar uma "campanha pela vida digna da sociedade" e, sobretudo, por aqueles que almejam erradicar a marginalização para o bem de todos**, ainda que para alcançarem esse desígnio sejam "homens sem rosto**". [174] (Grifo nosso).

O mencionado artigo comemora a instituição das Varas de primeiro grau colegiadas, especializadas em crime organizado, as quais têm o objetivo de despessoalizar o julgamento nesses crimes. Para tanto, as decisões são colegiadas, e publicadas sem referência a voto divergente, de acordo com a recente Lei n. 12.694/2012[175].

A referida lei não institui a figura do juiz sem rosto, mas da leitura do artigo fica a impressão de que o Ministro Luiz Fux defende tal prática, a qual fere o Devido Processo Legal[176] por não respeitar imparcialidade[177], contraditório e ampla defesa[178].

3.2 Técnicas Emergenciais contra o Crime Organizado:

Existem diversas medidas típicas de sistemas emergenciais[179], boa parte delas com o objetivo de facilitar a busca por provas. Com este objetivo, está em vigor no Brasil a Lei n. 9.034/95, chamada de Lei do Crime Organizado, a qual "*define e*

---

[173] Parecer disponível em http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/67417.pdf. Acesso em 25/11/2012.

[174] Texto publicado na página http://www.eagora.org.br/arquivo/juizes-sem-rosto. Acesso em 25/11/202.

[175] BRASIL, Lei n. 12.694/2012. Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em 25/11/2012.

[176] SCARANCE FERNANDES, Antônio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. P. 9-28. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

[177] No nosso sentir, um juiz que julga com medo de represália não pode ser considerado imparcial. Além disso, conforme afirma Scarance Fernandes, não há como avaliar a imparcialidade de um juiz desconhecido. Ibidem, p. 26.

[178] Ibidem, p. 26.

[179] MALAN; Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 14, n. 59, p. 223-259, março-abril de 2006, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 235.

regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo" (art. 1º, Lei n. 9.034/95). A referida lei elenca os meios de prova e procedimentos em seu art. 2º:

> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)
>
> I - (Vetado).
>
> II - **a ação controlada**, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;
>
> III - **o acesso a dados**, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.
>
> IV – **a captação e a interceptação ambiental de sinais** eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)
>
> V – **infiltração por agentes de polícia ou de inteligência**, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)
>
> Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001).
>
> (Grifos nossos).

Ainda que alguns destes procedimentos tenham sido regulados por lei, como é o caso das interceptações telefônicas[180], e sejam considerados constitucionais quando realizados dentro de uma série de parâmetros legais e jurisprudenciais, é inegável que se tratam de *"meios insidiosos de busca de prova, porquanto visam a induzir o cidadão à auto-incriminação, em franca violação ao seu estatuto jurídico de sujeito processual titular de garantias inalienáveis"*[181]. Isso porque além de flexibilizar as garantias processuais penais, elas comprometem a eticidade do Estado[182], que passa a ser capaz

[180] As interceptações telefônicas são disciplinas pela Lei n. 9.296 de 24 de Julho de 1996.
[181] MALAN; Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 14, n. 59, p. 223-259, março-abril de 2006, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 239.
[182] Ibidem, p. 233.

de praticar atos que, praticados por cidadãos, seriam considerados atos criminosos. No entanto, retomando a ideia de "razão de Estado" (capítulo 2.2.1), o Estado é legitimado a exercê-los pelo "bem do Estado".

Só para se ter em mente a contrariedade de práticas como esta, menciona-se a obrigatoriedade de se advertir o acusado de que tem direito ao silêncio, sob pena de tornar ilícita a prova que, inadvertidamente, fizer contra si, como visto no capítulo 3.1, enquanto a interceptação telefônica é diligenciada de forma sigilosa[183], a fim de não frustrar a busca por provas, o que obviamente nega ao acusado o direito de ser advertido. Depreende-se daí que o fenômeno da emergência autoriza o Estado a suprimir garantias processuais[184] a fim de agir conforme sua *necessidade*. Quanto a atual conciliação de práticas que certamente seriam contraditórias em uma situação de normalidade plena, Geraldo Prado afirma que

> A incoerência de determinadas explicações, acerca do Direito Processual Penal, no Brasil, decorre da tentativa de conciliar o inconciliável, de conferir às práticas processuais penais, ao menos no âmbito do discurso, foro de legitimidade constitucional quando algumas não o têm, escondendo-se desse modo a verdadeira tensão estabelecida em razão da discrepância entre o preceito jurídico e a sua implementação.[185]

Convém lembrar também que existem diversas leis versando sobre organizações criminosas, todas utilizadas para impor *"graves restrições de direitos*

---

[183] *"Art. 8°. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza,* ***ocorrerá em autos apartados****, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal,* ***preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas****.*
Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1°) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal." (Grifo nosso). Brasil. Lei de Interceptações telefônicas - Lei n. 9.296 de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em 20/11/2012.

[184] Conforme afirma Ricardo Jacobsen Gloeckner, *"a lei das interceptações telefônicas é hábil a ilustrar um panorama que atravessa todo o ordenamento jurídico-penal. O predomínio da urgência sobre a normalidade, instituindo um panorama de 'quarentena' dos direitos fundamentais, relegando a peça decorativa de um jogo perverso, onde vigem os sintomas da paranoia coletiva (a semelhança do Grande irmão de Orwell não é à toa)".* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal – Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Jus Podivum, 2009. P. 316.

[185] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

individuais[186]*"*, como por exemplo, a já mencionada Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034 de 03 de maio de 1995) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei n. 10.792 de 1º de dezembro de 2003), além da Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613 de 03 de março de 1990). No entanto, tais leis, ainda que usassem a expressão "Organização Criminosa", não a definiam – o que somente veio a ser feito através da Lei n. 12.694 de 25 de Julho de 2012, a qual instituiu *"o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas*[187]*"*.

Pelos anos de publicação das leis acima referidas, pode-se notar que elas vigeram por muito tempo sem ter havido, antes do ano de 2012, legislação brasileira definindo o termo "Organização Criminosa".

A recente Lei n. 12.694 de 25 de Julho de 2012, em seu artigo 2º, deu a seguinte definição para "Organização Criminosa":

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Anteriormente a ela, o Brasil aplicava os dispositivos que tratavam de crime organizado tomando emprestado o conceito de "Organização Criminosa" definido pela "Convenção de Palermo", também conhecida como "Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional", promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004[188]. A Convenção trazia algumas terminologias, dentre elas, a de "Grupo Criminoso Organizado", conforme segue:

---

[186] SCARANCE FERNANDES, Antônio. O equilíbrio entre a eficácia e o garantismo e o crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 229-265, janeiro e fevereiro de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 243.

[187] É o que consta na ementa da Lei n. 12.694 de 25 de Julho de 2012.

[188] BRASIL. Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 20/11/2012.

> Artigo 2
>
> Terminologia
>
> Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:
>
> a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
>
> b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
>
> c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

As disposições da referida Convenção visavam lançar diretrizes para se combater o crime organizado transnacional e não elucidavam de forma satisfatória o conceito de "Organização Criminosa"[189]. Portanto, conforme entendia Scarance Fernandes, anteriormente a vigência da Lei n. 12.694 de 25 de Julho de 2012*, "a falta de definição de organização criminosa impossibilita a restrição de direitos e garantias do investigado, do acusado, do condenado, com fundamento no fato de pertencer a este tipo de entidade, por ofensa aos princípios de reserva legal e proporcionalidade*[190]*".*

Contudo, a definição prevista na Convenção era aceita e aplicada para combater e punir o crime organizado interno, nacional[191].

---

[189] SANTOS, Laryssa Honorato Carmargo. **O conceito de organizações Criminosas:** implicações materiais e processuais à luz do princípio da taxatividade penal. 2010. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010, p. 25-26.

[190] SCARANCE FERNANDES, Antônio. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. P. 9-28. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

[191] HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos –, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas-de-ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes. 2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa,**

Aliás, importar técnicas processuais ou conceitos estrangeiros, sem a devida regulação legislativa nacional é um traço do fenômeno da emergência, e foi justamente com base em práticas excepcionais lançadas em outros países que o Brasil ressuscitou a delação premiada, sobre a qual nos debruçaremos mais detidamente no capítulo a seguir.

---

sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.° 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.
(...)
(HC 77.771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 22/09/2008). Grifo nosso.

CAPÍTULO II: A Delação Premiada como instrumento do Processo Penal de Emergência no Brasil

1. Definições e origem do instituto da Delação Premiada

1.1 Breve histórico

A primeira previsão legislativa a tratar deste instituto no Brasil foram as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu no Brasil de janeiro de 1603 a dezembro de 1830, quando entrou em vigor o Código Penal do Império[192].

No "Livro Quinto" das Ordenações havia duas previsões sobre a delação premiada. A primeira dizia respeito ao perdão que se deveria conferir ao participante delator de crime de lesa-majestade (origem do sistema penal emergencial, como explicado no capítulo 2.2.1), além de uma recompensa no caso de não ter sido seu idealizador[193]. A outra hipótese tratava do perdão ao delator de crimes contra a coroa (falsificação de moeda, falso testemunho, carcereiro que soltasse presos), ou de outros crimes graves contra pessoas (matar, ferir, queimar pessoa, forçar mulher, fazer feitiço) caso ele apontasse quem eram os demais partícipes com os quais tinha se associado ou, se não tivesse participado de tal crime, poderia beneficiar-se de perdão por outro crime, além de pagamento em pecúnia, desde que o crime praticado fosse menos grave do que o crime delatado[194].

Após a revogação das Ordenações Filipinas com a entrada em vigor do Código Penal do Império, o ordenamento brasileiro deixou de prever benefícios a delator de crimes, até a entrada em vigor da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), 160 anos depois[195].

---

[192] GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. P. 147-183. . *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.
[193] Ibidem, p. 150.
[194] Ibidem, p. 151.
[195] Ibidem, p. 152.

Beatriz Corrêa Camargo afirma que, na atualidade, o Brasil voltou a adotar a figura da delação premiada como novo mecanismo para prevenir e reprimir a criminalidade organizada e a de cunho empresarial, com a finalidade de facilitar a investigação do fato delituoso[196]. Com respaldo teórico no pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, justificar-se-ia sua adoção *"na ideia de que a impunidade de uma pessoa seria um mal menor à sociedade se comparada com a impunidade de várias pessoas"*[197].

Independentemente das críticas feitas a este instituto, sob diversos ângulos – ético, constitucional –, a utilização da delação premiada como meio de prova tem sido cada vez mais frequente, tendo em vista a maior facilidade em se extrair do próprio criminoso o *modus operandi* da organização criminosa da qual faz parte, do que desvendá-lo com os meios estatais normais, ditos deficientes[198].

1.2 Conceito, Natureza Jurídica e Definições

A doutrina atribui diversos conceitos e nomenclaturas para o instituto da delação premiada. Dos conceitos e definições que serão apresentados, extrai-se essencialmente que ela consiste em técnica especial de investigação na qual o próprio autor da infração penal colabora com as autoridades estatais no curso da persecução penal, seja para permitir a localização do produto do crime, a identificação dos demais coautores e partícipes, seja para facilitar a libertação do sequestrado, em troca de pena mais branda.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, por exemplo, a define como:

> A delação, ou chamamento de co-réu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa[199].

---

[196] CAMARGO, Beatriz Corrêa. Delação premiada – moral, legitimidade, arranjo constitucional. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 232, p. 7-8, março-2012, p. 7.
[197] Ibidem, p. 7.
[198] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006, 304.
[199] ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal.** 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132.

Contrapondo-se ao conceito acima, Gustavo dos Reis Gazzola não entende ser obrigatória a confissão do delator a respeito de fato próprio cuja informação não seja substancialmente necessária à identificação dos demais partícipes, na compreensão do crime praticado ou na recuperação de produtos[200]. Assim, conceitua delação premiada como:

> (...) negócio jurídico bilateral consistente em declaração oral, reduzida a escrito, pessoal, expressa, e voluntária do investigado ou acusado perante a autoridade a quem informa sobre a responsabilidade de terceiro partícipe ou co-autor na prática de infração penal e, em retribuição, pode receber, mediante decisão judicial, na seara penal, extinção de punibilidade ou abrandamento das sanções, e, na processual penal, a exclusão do processo ou medidas persecutórias mais brandas.[201]

Encontram-se também outras denominações para o mesmo instituto, como, por exemplo, "colaboração espontânea[202]", "colaboração premiada", e "chamamento de cúmplice" [203]. Sobre tais denominações, adverte Luiz Flávio Gomes[204] que não se pode confundir "delação" com "colaboração", pois esta última é mais abrangente, de forma que um colaborador da justiça possa confessar um crime sem delatar outras pessoas. Assim, para o referido autor, a confissão seria indispensável para caracterizar a delação premiada:

> Ocorre a chamada "delação premiada" **quando o acusado não só confessa sua participação no delito imputado** (isto é, admite sua responsabilidade) senão também "delata" (incrimina) outro ou outros participantes do mesmo fato, contribuindo para o esclarecimento de outro ou outros crimes e sua autoria[205]. (Grifo nosso).

---

[200] GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. P. 147-183. . *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158.
[201] Ibidem, p. 163-164.
[202] DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov., 2009, p. 16.
[203] GAZZOLA, op. cit., p. 159.
[204] GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. P. 18-19. **In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Ano VI, n. 34, out-nov de 2005, p. 18.
[205] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 131-132.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a confissão é requisito para configuração da delação premiada:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DO BENEFÍCIO.
>
> REVOLVIMENTO DA PROVA. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.
>
> (...)
>
> 2. **O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime**. Todavia, apesar de o paciente haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa e incriminando seus comparsas não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.
>
> (...)
>
> (HC 90.962/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011). (Grifo nosso).

Camile Eltz de Lima afirma que, independentemente de o agente ter confessado o crime, não se pode confundir delação com confissão, pois neste último caso, a revelação feita não prejudica terceiros[206].

Quanto a natureza jurídica da delação premiada, Ana Lúcia Stumpf González assevera que, do ponto de vista processual, ela possui natureza jurídica de

[206] LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e Confissão**: análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 76.

meio de prova, enquanto é causa de diminuição ou de afastamento da pena sob o enfoque do direito penal[207].

2. A delação premiada na legislação brasileira

Existem diversos dispositivos legais tratando da possibilidade jurídica de se aproveitar as declarações do colaborador como elemento de prova, recebendo benefícios em troca da colaboração. Porém, conforme adverte Francisco Valdez Pereira, nossa legislação sobre o tema é lacônica e desordenada, como se verá, o que provoca muitas incertezas em sua aplicação[208].

a) Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/1990:

Esta lei traz duas previsões acerca da delação premiada.

A primeira está no art. 7º desta lei, que introduzia o parágrafo 4º no art. 159 do Código Penal, prevendo redução de pena de um a dois terços para o delator que facilitasse o resgate de vítima de sequestro. Tal dispositivo sofreu pequena modificação com Lei n. 9.269/1996, passando a viger com a seguinte redação:

> Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:
>
> § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, **terá sua pena reduzida de um a dois terços**. (Grifo nosso).

A segunda previsão está em seu art. 8º, o qual modifica as penas do art. 288 do Código Penal e a minorante de pena de um a dois terços para o participante ou associado que contribuir para o desmantelamento de quadrilha ou bando:

---

[207] GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. A Delação Premiada na Legislação Brasileira. 2010. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Departamento de Ciências Penais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010, p. 14

[208] PEREIRA, Francisco Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *In:* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. P. 175-201. Ano 17, n. 77, março-abril de 2009, p. 176.

> Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
>
> Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, **terá a pena reduzida de um a dois terços**. (Grifo nosso).

b) Lei Contra o Crime Organizado – Lei n. 9.034/1995:

Esta lei dispõe em seu art. 6º que:

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

Sobre o termo "colaboração espontânea", Luiz Flávio Gomes afirma que este possui um sentido amplo, podendo ser qualquer pessoa que tenha feito parte de organização criminosa e *"esteja disposto a contribuir para a eficácia do sistema penal*[209]*"*.

Importante ressaltar, conforme dito anteriormente, que esta lei prevê redução de pena para réu colaborador em crimes praticados por organização criminosa, sem, no entanto, definir em que consiste "organização criminosa".

c) Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Lei n. 7.492/1986:

Esta lei dispõe que o coautor ou partícipe de crimes cometidos em quadrilha ou bando contra o Sistema Financeiro Nacional que deseje revelar toda a trama delituosa tenha sua pena reduzida de um a dois terços:

---

[209] GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

> Art. 25. (...)
>
> § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços**. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995). (Grifo nosso).

Camile Eltz de Lima[210] observa que o legislador utilizou inapropriadamente o termo "confissão", pois a hipótese de redução de pena é para declarações que desvendem a trama delituosa, o que certamente atingirá terceiros coautores ou partícipes, não se configurando, assim, pura confissão.

d) Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – Lei n. 8.137/1990:

O art. 16 desta lei, após sofrer a alteração dada pela Lei n. 9.080, de 19.7.1995, passou a prever a hipótese de delação premiada, conforme segue:

> Art. 16. (...)
>
> Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços**. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995). (Grifo nosso).

Porém, a mesma ressalva feita por Lima[211], ao tratar do termo "confissão" utilizado na redação art. 25 da Lei n. 8.137/1990, também cabe aqui, pois também não se trata de confissão pura e simplesmente, mas sim de revelar a trama delituosa detalhadamente.

---

[210] LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e Confissão**: análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 95.

[211] Ibidem, p. 96.

e) Lei de Lavagem de Capitais – Lei n. 9.613/1998:

Esta lei contém uma mudança significativa no que tange o tema da delação premiada, pois enquanto as demais leis previam como prêmio apenas redução de pena de um a dois terços, após as modificações introduzidas pela Lei n. 12.683 de 2012, passa-se a oferecer, além da redução de pena, a fixação de regime inicial aberto e semiaberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - ainda que não preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal -, e a extinção da punibilidade por meio do perdão judicial, conforme se verifica no art. 1º, § 5º desta lei:

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

Este dispositivo também contém maior especificação quanto ao objeto a ser alcançado com a colaboração: apuração das infrações penais, identificação dos demais agentes, localização do produto da lavagem.

f) Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas – Lei n. 9.807/1999:

Esta lei visa a proteger vítimas e testemunhas que estejam sendo coagidas, ou expostas a grave ameaça, em razão de terem colaborado com as investigações, conforme dispõe seu art. 1º.

Além de redução de pena, ela também prevê a possibilidade de perdão judicial para o réu colaborador, além de não estar atrelada a determinados crimes, como

a delação prevista nas demais leis. Assim, o prêmio pode ser concedido ao delator de qualquer crime, contanto que o mesmo tenha sido cometido em concurso de agentes[212].

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade** ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
>
> I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
>
> II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
>
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
>
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.
>
> Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, **terá pena reduzida de um a dois terços.** (Grifo nosso).

Além do prêmio, o art. 15 desta lei garante que o colaborador – logo, também o delator – receba proteção[213], caso sua segurança fique em risco em face das declarações que fizer sobre o fato criminoso:

> Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, **medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física**, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.
>
> § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, **o colaborador será custodiado** em dependência separada dos demais presos.
>
> §2º Durante a instrução criminal, **poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei**.
>
> §3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar **medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador** em relação aos demais apenados. (Grifo nosso).

---

[212] LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e Confissão**: análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008, p. 98.

[213] CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 83.

g) Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006:

De acordo com o art. 75 da Lei n. 11.343/2006 , ficou revogada a Lei n. 10.409/2002, a qual previa em seu art. 32, §2º e §3º, uma série de benefícios mais generosos ao delator:

> § 2º O **sobrestamento do processo** ou a **redução da pena** podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.
>
> § 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, **poderá deixar de aplicar a pena**, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão. (Grifos nossos).

Com a revogação dos dispositivos acima, a Lei de Drogas passou a prever apenas a redução de pena de um a dois terços, conforme o que dispõe seu art. 41:

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

h) Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei n. 12.529/2011:

Esta lei prevê penalidades administrativas para pessoas físicas ou jurídicas que tiverem cometido infração da ordem econômica. Tais penalidades, em suma, consistem em pagamento de multas, proibição de contratar com a administração pública

e com instituições financeiras oficiais por certo prazo, além da inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, conforme dispõe o Capítulo III desta lei.

O processo que poderá culminar nas penalidades mencionadas é administrativo, com tramitação junto ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme os arts. 5º e 6º desta lei.

No Capítulo VII da Lei n. 12.529/2011 consta o assunto sobre o qual discorremos. Intitulado "Do Programa de Leninência", tal capítulo trata de uma verdadeira "delação premiada administrativa", uma vez que ele prevê redução das penalidades administrativas, suspensão de prescrição, impedimento para oferecimento de denúncia, além de extinção da ação punitiva para pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem com as investigações e com o processo administrativo, resultando na identificação dos demais envolvidos na infração:

> CAPÍTULO VII
>
> DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA
>
> Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar **acordo de leniência**, com a **extinção da ação punitiva da administração pública** ou a **redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável**, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
>
> II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
>
> § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
>
> II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
>
> III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
>
> IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo,

comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - **decretar a extinção da ação punitiva** da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, **reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis**, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, **o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena** que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

(...)

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência**.

> Parágrafo único. **Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo**. (Grifos nossos).

Atente-se também para o disposto no §12 do art. 86 desta lei, o qual traz a possibilidade de punição administrativa pelo descumprimento do acordo de leniência:

> § 12. **Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.** (Grifo nosso).

3. A delação premiada como medida processual emergencial

Choukr afirma que o fenômeno emergencial deixa suas marcas principalmente no campo probatório[214], no qual a delação premiada é medida processual de emergência por excelência[215]. Isso reside no fato de que ela encaixa-se perfeitamente nas características apontadas no primeiro capítulo deste trabalho: provoca a supressão e a flexibilização de garantias processuais penais justificadas pela necessidade de se combater o crime.

E, mais do simplesmente elidir as garantias do acusado, isso se dá na ausência de legislação que embase a matéria, haja vista os já apresentados dispositivos legais que tratam da delação premiada, os quais, em geral, se limitam a prever abrandamento do tratamento punitivo em troca da colaboração do corréu ou partícipe, sem fazer nenhuma alusão ao que de fato ocorre na prática[216]: o chamado acordo de delação premiada – praticamente um contrato, o qual contém as obrigações do Ministério Público e do acusado.

---

[214] *"No campo processual, a matéria emergencial recai fortemente no campo probatório, sobretudo com o incremento do direito premial (supergrass, pentit, der Kronzeug, arrependidos), sem embargo da existência de seguros índices criminológicos que possam atestar a eficácia de tal medida e com todas as críticas que possam ser feitas quanto ao desvirtuamento que tal mecanismos ocasiona, por exemplo, na aplicação da pena".*CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 120-128-129.

[215] BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 4-6, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.4.

[216] ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 202, p. 02-03, setembro- 2009, p. 02.

3.1 Acordos de delação premiada e questões decorrentes da falta de normatização

Conforme o "Modelo de acordo de delação premiada[217]" constante do Anexo 1 deste trabalho, verifica-se que o mesmo possui, inegavelmente, uma forma contratual, na medida em que elenca as obrigações de cada parte: o Ministério Público oferece penalização mais branda[218] pela colaboração do acusado, o qual fica obrigado a falar a verdade[219], a não impugnar o acordo firmado[220] e a renunciar ao direito ao silêncio e à não autoincriminação[221].

Porém, justamente por não haver previsão legal para tal tipo de acordo, existem inúmeras dúvidas quanto a sua aplicação[222], tais como *"quem pode propor o acordo?Apenas o Ministério Público? Ou o juiz também tem este poder? O acordo pode existir sem a concordância e a participação do Ministério Público? Quais as formas possíveis – oralmente, em audiência? Ou por escrito, com cláusulas e condições, como num contrato? Até quando ele poderá ocorrer – apenas durante a investigação, também durante o processo até antes da prolação da sentença, ou mesmo depois dela? Qual o papel do juiz? Ele pode participar da negociação? O acordo precisa ser submetido à homologação judicial para ter validade? Depois de*

---

[217] Disponível no site do Ministério Público do Estado de Rondônia, http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=64884&folderId=1142206&name=DLFE-53359.pdf. Acesso em 15/11/2012. Constante do Anexo 1.

[218] *"O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece ao acusado xxxxxxxxx, brasileiro, qualificação, os seguintes benefícios legais:*
A) A redução da pena privativa de liberdade de xxxxxxxxxxx, em metade, quedando-se em xxx anos, xxxx meses e xxxxx dias de reclusão, em regime aberto;". Anexo 1.

[219] *"Para que do ACORDO proposto pelo MPF possam derivar os benefícios elencados na cláusula II, a colaboração do acusado xxxxxxxxxxxxxxxxxxx deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz, obrigando-se, sem malícia ou reservas mentais, a:*
(...)
b) falar a verdade, incondicionalmente, em todas as ações penais e inquéritos policiais, inquéritos civis e ações cíveis e processos administrativos disciplinares, em que, doravante, venha a ser chamado a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste ACORDO;". Anexo 1.

[220] *"g) não impugnar, por qualquer meio, o ACORDO DE DELAÇÃO, em qualquer dos inquéritos policiais ou procedimentos investigativos nos quais esteja envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento do ACORDO pelo MPF ou pelo juízo".* Anexo 1.

[221] *"Ao assinar o ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA, o acusado xxxxxxxxxxxxxx está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, renunciando expressamente a ambos, estritamente no que tange aos depoimentos necessários ao alcance dos fins da presente avença."* Anexo 1.

[222] DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov., 2009, p. 16.

homologado, o acordo vincula o Poder Judiciário? Um juiz pode alterar o acordo? Ou rejeitá-lo? Se houver sido rejeitado pelo juiz, mesmo assim é possível subsistir algum tipo de avença, que favoreça tanto à acusação quanto ao acusado? O acusado pode desistir do acordo, se o juiz rejeitá-lo? Quando o acordo é rescindido por culpa do acusado, a prova até então produzida pode ser usada contra ele? Qual o âmbito e os efeitos do acordo? Apenas o processo no qual é firmado, ou pode alcançar outros processos, inclusive aqueles nos quais o colaborador não foi denunciado? Qual o papel da defesa? Ela deverá assistir o acusado em todos os momentos, desde o primeiro contato com a polícia ou Ministério Público (quando começa se manifestar o interesse pela delação premiada) até o final da fase produtiva? Ou o acusado pode firmar o acordo sem a assistência de advogado? Quais os tipos de benefícios possíveis? Redução de pena? Perdão judicial? Suspensão do processo pelo prazo de validade do acordo, que pode ser fixado no prazo prescricional? Ou até mesmo deixar de ser denunciado? É possível que os benefícios alcancem a fase da execução penal, prevendo determinados regimes de pena, ou local e condições de encarceramento? Qual é a validade da prova produzida através de um acordo de delação? O colaborador precisa testemunhar? Qual o direito dos corréus delatados em: a) saber da existência da delação; b) conhecer a identidade do delator; c) conhecer os termos e as condições do acordo; e d) conhecer as provas assim produzidas, a fim de contraditá-las? Como deve ser feito o controle do acordo? Deve ficar em autos separados? É sempre necessário o sigilo? Quem avalia a qualidade da colaboração, para que sejam concedidos os benefícios propostos? O acusado pode apelar, se a sentença não reconheceu o direito aos benefícios que lhe foram oferecidos? Existe mesmo o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil? Até que ponto?" [223]

Essas relevantes indagações não encontram nenhum esclarecimento na legislação brasileira atual, nem possuem resposta uniforme na jurisprudência e na doutrina[224], o que não impede a formalização do acordo de delação premiada.

Há projeto de lei do Senado, que tramita na Câmara de Deputados protocolado como Projeto de Lei n. 6.578, de 2009 - e foi aprovado em 05/12/2012,

[223] Ibidem, p. 17.
[224] Ibidem, p. 17.

conforme informações em sua página institucional[225] –, detalhando a aplicação dos meios especiais de produção de prova contra organizações criminosas. Tal projeto, se for aprovado como está, revogará a Lei n. 9.034/1995, pois trata da mesma matéria com maior especificidade e trará respostas para muitas das indagações acima levantadas quanto à aplicação da delação premiada:

> SEÇÃO I
>
> Da Colaboração Premiada
>
> Art. 4º O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
>
> I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
>
> II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
>
> III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
>
> IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
>
> V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.
>
> § 1° Em qualquer caso, a concessão do beneficio levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.
>
> § 2° Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal.
>
> § 3° O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.
>
> § 4° Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

[225] Brasil. Projeto de Lei n. 6.578/2009. Câmara. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463455. Acesso em 17/11/2012.

I – não for o líder da organização criminosa;

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

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

§ 6° O Juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o Defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu Defensor.

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

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

§ 9° Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá ser ouvido, sempre acompanhado pelo seu Defensor, pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 5° São direitos do colaborador:

I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas;

> III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
>
> IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
>
> V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
>
> VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.
>
> Art. 6° O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
>
> I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
>
> II – as condições da proposta do Ministério Público ou do Delegado
>
> de Polícia;
>
> III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu Defensor;
>
> IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do
>
> Delegado de Polícia, do colaborador e de seu Defensor;
>
> V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.
>
> Art. 7° O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.
>
> § 1° As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao Juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.
>
> § 2º O acesso aos autos será restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao Defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.
>
> § 3° O acordo de colaboração criminal deixa de ser sigiloso, assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5°.

Típico da emergencialidade, as medidas processuais excepcionais são aplicadas tão logo surja a *necessidade*, e somente posteriormente pensa-se em maneiras de lhes dar respaldo legal. Como se pode notar, o mesmo ocorre com o instituto da delação premiada, aplicada no Brasil desde 1990, com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, mas que no final de 2012 ainda não possui legislação que especifique sua aplicação como um todo, somente projetos de lei como o acima mencionado.

Na ausência de parâmetros legais, alguns doutrinadores tentam amenizar o efeito da legislação deficiente e lacônica sobre a delação premiada propondo algumas soluções. Gazzola, por exemplo, afirma que ainda que não exista legislação que discipline o modo pelo qual deva se realizar a delação premiada, ela requer a observância de certos requisitos[226].

O primeiro é de que a delação seja *"ato resultante de vontade livre e consciente do sujeito, escoimada de coação física ou psicológica, a despeito de informação por terceiro quanto aos reflexos benéficos ao delator[227]".* Também é interessante que, feita oralmente, seja reduzida à forma escrita com finalidade de ser preservada, documentada, além de ser feita perante autoridade e de forma expressa[228]. O mesmo autor ainda assevera que o referido acordo deve ser submetido à homologação judicial, primeiro porque o magistrado deve verificar a existência de eventuais vícios de consentimento (erro, dolo, coação) ou vícios sociais (simulação e fraude), que tornariam nulo o referido acordo de delação[229], e por fim, porque um acordo não homologado não poderia vincular o juiz à concessão do prêmio, ainda que cumpridas todas as suas condições[230].

Quanto ao momento em que pode ser feita, entende Geraldo Prado que a delação premiada pode se dar tanto na fase de inquérito policial quanto na judicial, uma vez que tal instituto pretende "*substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito[231]".* Mas há dois projetos de lei - Projeto de Lei n. 6.578 de 2009[232] e Projeto de lei 7.228 de 2006[233] - que pretendem estender o benefício a réus já condenados, oferecendo aos delatores a redução da pena imposta ou a progressão de regime sem precisar preencher todos os requisitos para tanto.

---

[226] GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. P. 147-183. . *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162-163.
[227] Ibidem, p. 162-163.
[228] Ibidem, p. 163.
[229] Ibidem, p. 176-177.
[230] Ibidem, p. 177.
[231] PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspecto de direito processual penal. *In:* **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.10.
[232] BRASIL. Projeto de Lei n. 6.578 de 2009. **Câmara**. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463455. Acesso em 06/12/2012
[233] BRASIL. Projeto de Lei n. 7.228 de 2006. **Câmara**. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327900. Acesso em 06/12/2012.

Muito se discute sobre a valoração das declarações dadas pelo corréu delator, tendo em vista a indevida acumulação das posições de réu e de testemunha ao mesmo tempo[234], o que contrapõe o direito de mentir que o réu possui, em decorrência do direito a não autoincriminação, e a obrigação que a testemunha tem de falar a verdade[235]. Ainda que não se deseje, neste trabalho, estender a discussão acerca do valor probatório da delação premiada, tocou-se neste ponto com o objetivo de trazer à tona uma das muitas contrariedades que tal instituto encerra em si, as quais levam muitos estudiosos do tema, como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho[236], a afirmarem sua inconstitucionalidade, ou, no mínimo, a sua incompatibilidade com nosso sistema processual, como o faz Geraldo Prado[237].

3.2 Críticas e controvérsias decorrentes da utilização da delação premiada

Segundo Hassemer, *"os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque conciliação requer decência e discrição); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juízes leigos é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do direito penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos 'Partners' para o acordo); princípio inquisitório (porque o 'grande achado' do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); nemo tenetur se ipsum accusare (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de*

[234] KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de janeiro: Forense, 2007, p. 107-108.
[235] Ibidem, p. 108.
[236] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 7-9, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.8.
[237] *"Não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal".* PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 10-12, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.10.

tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesma tratado com mais rigor)[238]*".*

Roberto Soares Garcia[239] entende que, por mais nobre que seja a finalidade pretendida, o Estado não pode se valer de certos meios para atingi-la. Em suma, rejeita veementemente a máxima maquiavélica de que "os fins justificam os meios" numa sociedade que se paute por ideais democráticos e pelo respeito aos direitos humanos. Por isso, afirma que não se pode admitir a delação premiada como forma de atenuar ou excluir a pena de quem tenha praticado um crime, pois o incentivo à traição, além de antiético, produz quebra de confiança e desagregação social[240].

Édson Luís Baldan, por seu turno, constata que diante da reinante anomia no que tange o tema, a metodologia da investigação criminal ficará calcada no previsível tripé*: "interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indício que motivarão o decreto de uma prisão cautelar que, a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigantes e acusadores a confessar e delatar, tendo a própria liberdade como objeto de barganha*[241]*"*, o que, na prática, passará muito longe da voluntariedade de que deve se revestir o ato de delação, e se consubstanciar em verdadeira *"extorsão da prova mediante sequestro do investigado*[242]*".*

Baldan somente admite a delação premiada em circunstâncias muito específicas, para salvaguardar a vida de alguém que, por exemplo, tenha sido sequestrado, o que é muito diferente de usá-la como meio de suprir a inércia estatal no seu dever de investigação[243], como afirma que tem sido feito. Para ele, *"uma verdadeira investigação deve partir do crime rumo ao criminoso e não o inverso*[244]*",* a fim de não se utilizar do acusado como fonte de prova, transferindo-se do Estado para o imputado a

---

[238] HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal.** Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 50.
[239] GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: ética e moral às favas! *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 02-03, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.02.
[240] Ibidem, p.03.
[241] BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 4-6, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.5.
[242] Ibidem, p.5.
[243] Ibidem, p.5.
[244] Ibidem, p.5.

tarefa de reconstruir o evento criminoso, com economia de custos operacionais e de garantias legais[245].

A admissão da delação premiada como meio de prova com o objetivo de atingir algo idealizado, como por exemplo, a "Paz Social", a "Segurança Pública", acaba por provocar o que Baldan chama de "desconstrutivismo ético", o qual *"ingressa no mundo do dever ser pela via ou pela reelaboração legislativa ou, pior, pela indevida superação hermenêutica aos comandos normativos vigentes. Essa negação torna-se menos visível, por isso mais tolerada, se considerada a volatilidade exegética dos princípios (sobretudo os constitucionais) e a indeterminação semântica dos textos legislativos, cuja intelecção resta prejudicada diante da vagueza e ambiguidade de expressões como, por exemplo, 'dignidade da pessoa humana' e 'devido processo legal'[246]".*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem o instituo da delação premiada é irremediavelmente inconstitucional[247] - no sentido de não poder ser adotada ainda que haja normatização detalhada da matéria -, aduz que este instituto é típico de momentos de crise[248], surgindo como efeito de uma causa que presumimos ser o fenômeno da emergência.

O renomado estudioso afirma haver no Brasil uma banalização do instituto da delação premiada, atribuindo sua causa, em parte, ao modelo do neoliberalismo, o qual tem por característica reduzir o papel do Estado na condução dos rumos de um país. Com isso, se "minimalizou" o Estado a ponto de não lhe disponibilizar condições para combater a criminalidade atuando dentro dos parâmetros constitucionais[249], preferindo, ao invés de solucionar seus problemas de eficiência, infringir garantias processuais penais[250].

Coutinho assevera que nosso sistema processual penal não é acusatório, como se prega no Brasil, e que nossa dita democracia processual não passa de verniz teórico[251], pois a gestão da prova dentro do sistema processual ainda está nas mãos do

---

[245] Ibidem, p.6.
[246] Ibidem, p.6.
[247] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *In:* **Boletim IBCCRIM,** p. 7-9, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006, p.9.
[248] Ibidem, p.7.
[249] Ibidem, p.7.
[250] Ibidem, p.7.
[251] Ibidem, p.7.

juiz – característica de sistemas inquisitoriais. Mesmo que o nosso sistema esteja recheado de elementos do sistema acusatório (contraditório, devido processo legal), isto, para ele, não retira a marca da inquisitorialidade. Exemplifica esta afirmação no fato de o juiz precisar homologar os acordos de delação premiada e ter, até mesmo, o poder de alterá-los.

Além disso, Coutinho afirma ser indubitável a inconstitucionalidade da delação premiada, pois ela fere de modo inadmissível o devido processo legal na medida em que há pena sem ter havido processo[252]: se a homologação do acordo não prescinde de um processo para que se possa impor uma pena, o devido processo não pode abrir mão do contraditório. Na delação premiada, porém, segundo Coutinho, não há processo, pois não há contraditório[253].

Coutinho e Carvalho[254] atentam também para o perigo de o devido processo virar um luxo reservado a quem estiver preparado para enfrentar seus custos e seus riscos, caso a prática negocial vire algo rotineiro, pois será mais fácil negociar a pena do que insistir no processo.

Heloisa Estellita, valendo-se dos estudos de Mariana Lauand[255] acerca do tema, pondera sobre o fato de a delação premiada provocar um prévio juízo condenatório no magistrado, uma vez que ele deva se convencer de que o delator praticou de fato o crime a ele imputado, para só então verificar o preenchimento dos requisitos legais para concessão de perdão judicial ou diminuição de pena na sentença[256]. No entanto, tendo em vista a natureza jurídica da diminuição de pena, ela somente poderia ser fixada na sentença, ao final de um devido processo legal, após

---

[252] Ibidem, p.9.
[253] Ibidem, p.9.
[254] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006, 308-309.
[255] LAUAND, Mariana de Souza Lima. O valor probatório da colaboração processual. Dissertação de Mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, *apud* ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 202, p. 02-03, setembro- 2009, p. 02.
[256] ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 202, p. 02-03, setembro- 2009, p. 02.

exame de todas as provas carreadas aos autos[257]. Assim, não se poderia celebrar um acordo antecipando a redução da pena[258].

Afirma também, consoante o que já foi dito anteriormente, que não há na legislação qualquer autorização legal para a celebração de acordos como os constantes do Anexo 1, e tampouco previsão de sua homologação pelo juiz competente para julgar a ação penal. As previsões legais de redução de pena, presentes na legislação, decorrem somente da colaboração do acusado, e não de negociação entre o acusado e o Ministério Público. Assim, a celebração de contratos de delação premiada é prática completamente ilegal[259].

Estellita também menciona que a própria natureza jurídica deste instituto impede a realização dos acordos de delação premiada: de um lado, porque o papel do Ministério Público não é prolatar sentença (fazer juízo de condenação e fixar a pena). E de outro porque não deveria prometer algo que não está em seu alcance poder cumprir, uma vez que quem define a pena é somente o juiz.

Ainda que haja homologação do acordo de delação pelo magistrado, tal proceder pressupõe um *"duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal*[260]*",* acarretando um prévio juízo de condenação e de presença dos requisitos legais para reconhecer causa de diminuição de pena. Com isso, o devido processo legal é ferido de morte, pois o acordo priva o delator da possibilidade de um julgamento justo, na medida em que o juiz se comprometeu previamente a condená-lo ao homologar o acordo[261].

Além disso, a homologação do acordo de delação premiada pelo juiz retira do magistrado um requisito indispensável para exercer sua jurisdição: a imparcialidade[262]. Ao mesmo tempo, prejudica o desenvolvimento do contraditório[263], pois dificulta incutir no juiz a dúvida sobre o fato criminoso, uma vez que sua convicção está quase completa quando da homologação do referido acordo.

Em meio a tantas objeções, a única unanimidade, ao menos para aqueles que aceitam o uso deste instrumento desde que melhor normatizada, é de que a delação

---

[257] Ibidem, p. 02.
[258] Ibidem, p. 02.
[259] Ibidem, p. 02.
[260] Ibidem, p. 03.
[261] Ibidem, p. 03.
[262] Ibidem, p. 03.
[263] Ibidem, p. 02.

premiada não possa embasar isoladamente uma condenação, devendo estar em consonância com outras provas[264].

Contudo, a despeito de todas as críticas, o que se percebe é um incremento deste instituto, haja vista a quantidade de leis que tangem o assunto e os projetos de lei que visam a melhorar o embasamento legal para sua aplicação.

A finalidade de dar maior eficiência na repressão do crime, no modelo de processo penal de emergência, de que faz parte a delação premiada, toma o espaço reservado às garantias processuais penais, na contramão do disposto na "Exposição de Motivos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal", ainda em tramitação no Senado:

> (...) cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado.[265]

Da exposição de motivos acima referida, verifica-se uma clara pretensão de se construir um processo penal garantista. No entanto, a delação premiada, da forma como tem sido utilizada, não se coaduna com tal modelo processual penal.

---

[264] SCARANCE, Antônio Fernandes. O Equilíbrio na Repressão ao Crime Organizado. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord**).** **Crime Organizado** - Aspectos Processuais, p. 9-28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.20.

[265] Exposição de Motivos da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL nº 156/09), trabalho coordenado pelo Ministro Hamilto Carvalhido e tendo Eugenio Pacelli como relator-geral. Disponível em http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf, acessado em 02/09/2012.

CONCLUSÃO

O fenômeno da emergência é de extrema complexidade. Mais do que apenas comprometer as garantias que os indivíduos possuem como barreiras protetivas contra o poder punitivo estatal, ela compromete a própria consciência da realidade vivenciada por uma sociedade.

De importância reconhecida sobretudo após os horrores cometidos em regimes de governos ditatoriais, as garantias processuais têm o objetivo de impedir o arbítrio estatal sobre todos os indivíduos, e não sobre apenas os que respondam a um processo penal. Porém, uma realidade deturpada pode levar a uma cisão no seio social, de forma que se legitimem verdadeiras práticas excepcionais contra alguns.

A percepção exagerada da violência, distorcida e potencializada com a exploração midiática de fatos delituosos, traz medo e sensação de insegurança, os quais despertam as reações mais instintivas possíveis nas pessoas. Sentindo-se ameaçada e vitimizada pela violência, a população reage instintivamente, passando a defender a pena de morte, prisão perpétua, prisões antecipadas e meios insidiosos de busca por provas. Os *meios* passam a não importar, desde que o *fim* seja garantir a Paz Social e a Ordem Pública.

Na visão emergencial quanto à criminalidade, as garantias processuais são tidas como verdadeiros entraves, os quais precisam ser derrubados como única forma de se alcançar a normalidade, a paz, a segurança, o que justificaria a adoção de meios excepcionais de investigação e repressão.

No entanto, a indeterminação dos próprios conceitos de “paz social” e “ordem pública” faz com que a busca por eles seja incessante, uma vez que eles representam algo idealizado, que jamais será alcançado.

Mas nessa busca, todo tipo de criminalidade é vista como grave desvio, sobretudo porque se explora comercialmente o fato criminoso, dando-lhe um colorido especial, para que a “versão comercial” mais facilmente comprada – e por comprada se quer dizer “crível como verdade absoluta”. O efeito disso é um tremendo clamor social por repressão à criminalidade e punição aos criminosos, como se eles não fizessem parte da mesma sociedade em que vivemos.

Ao contrário disso, os criminosos são vistos como inimigos, os quais precisam ser neutralizados de qualquer forma – ainda que de forma inconstitucional, indigna, desumana.

Diante disso, os poderes públicos se veem obrigados a dar uma resposta. De um lado, porque seus cargos eletivos dependem disso, e de outro, porque é mais fácil criar leis mais duras do que ser mais eficiente. Dessa prática nasce o cíclico incremento do poder punitivo: a sociedade reclama por leis penais e processuais penais mais violentas, que ao não produzirem efeito algum, são alvo de maior clamor!

A irracionalidade disso fica patente ao se analisar a legislação: leis contraditórias, de difícil conciliação, uma vez que se quer, por um lado, preservar as garantias para alguns e retirar as garantias para outros. E não poderia ser de outra forma, pois como já dito, o clamor social, e que se baseia a ação estatal, é instintivo e, portanto, irracional.

Em meio ao fenômeno emergencial, as garantias processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência são as mais afetadas quando se trata de combater a criminalidade. O campo probatório sofre forte interferência ao se adotarem medidas de legalidade, e até mesmo de constitucionalidade, questionável, ainda que aceitas pela maioria.

Nessa senda, o valor das garantias é minimizado na proporção em que se torna necessário para dar efetividade estatal no combate ao crime, ou seja, ele passa a ser medido por um parâmetro perigoso, pois dinâmico, volátil, subjetivo, e que não garante proteção aos indivíduos, ao contrário do papel que a lei deve ter em face do que dispõe a constituição.

Isso justifica perfeitamente o uso da delação premiada como instrumento probatório do processo penal de emergência, pois tal instituto, pelo qual o delator abre mão de inúmeras garantias, é aplicado no direito brasileiro sem haver legislação que a preveja. Os dispositivos legais vigentes na atualidade dizem respeito apenas à diminuição de penas àquele que colaborar com a justiça. De forma alguma se pode inferir deles a negociação feita entre o órgão acusador e o acusado, com a conivência do juiz, que homologa o contrato de delação premiada.

Tal instituto é difícil conciliação com o modelo de processo penal brasileiro, uma vez que os acordos, geralmente, são feitos na fase investigatória, ou no início do

processo, a fim de se colher elementos probatórios que possam embasar um juízo condenatório. Assim, a redução de pena se dá, muitas vezes, em momento anterior ao próprio processo, quando somente o juiz poderia reconhecê-la, ao final da sentença.

Além disso, como verificamos no modelo de acordo constante do Anexo 1, o delator deve abrir mão de seu direito ao silêncio, e a não autoincriminação, comprometendo-se a dizer somente a verdade. Misturam-se os papéis de réu e de testemunha, os quais têm direitos e deveres completamente diversos quando participam de um processo penal.

Outra controvérsia grave na utilização deste instituto é que ele compromete indubitavelmente a imparcialidade do juiz, caso o que homologue o acordo seja o mesmo que julgará a ação posteriormente. Isso porque ao homologar o acordo, o juiz deve estar convicto de que o delator não está mentindo, de que não há vícios em sua declaração e de que suas declarações são verossímeis e úteis o suficiente para ensejar a redução da pena. Assim, ele forma seu juízo condenatório antes mesmo de se desenvolver o processo.

Com todas as relevantes críticas levantadas contra o uso deste instituto, somadas à lacônica e deficiente legislação sobre o tema, não se pode concluir pela legalidade de sua utilização no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal.** 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 4-6, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1998..

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. *In* **Boletim IBCCRIM**, Ano 16, nº 186, Maio, 2008. P. 16-17.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Limites Constitucionais da Investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de Inocência. P. 244-263. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONATO, Gilson (org). **Processo Penal: Leituras Constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Delação premiada – moral, legitimidade, arranjo constitucional. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 232, p. 7-8, março-2012.

CARDIA, Nancy; CINOTO, Rafael et al (coord). **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência**: Um estudo em 11 capitais de estado. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em http://www.nevusp.org/downloads/down264.pdf. Acessado em 06/11/2012.

CARVALHO, Salo de (org). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Jornalismo Policial e Direitos Humanos**. *In* Boletim IBCCRIM, Ano 15, nº 182, p. 12, Janeiro, 2008. P 12.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____.. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 7-9, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e Processo Penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da Constituição de 1988. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 94, p. 200-237, janeiro-fevereiro de 2012, São Paulo: Revistas dos Tribunais.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov., 2009.

DEZEM, Madeira. Presunção de Inocência. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 269-290, janeiro-fevereito de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *In:* **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 202, p. 02-03, setembro- 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Frederico. Política Criminal Populista: para uma crítica do direito penal instrumental. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 100-132, janeiro fevereiro de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais.

GARCIA, Roberto Soares. Delação Premiada: ética e moral às favas! *In:* **Boletim IBCCRIM**, p. 02-03, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luis Flávio (coord). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal – Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Jus Podivum, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1935.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. *In*: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Ano VI, n. 34, Porto Alegre: Síntese, Outubro/Novembro, 2005. P. 18-19

_____. Limites do "Ius Puniendi" e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. P. 49-76. *In:* MOREIRA, Rômulo (org). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **A mídia acredita no populismo penal**. Disponível em http://www.lfg.com.br - 18 de outubro de 2010. Acesso em 23/10/2012.

_____; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei n. 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Marcus Alan de Melo. O negro pobre, o repórter e a mídia. In: Boletim IBCCRIM, Ano 17, nº 200, p. 10-11, Julho, 2009.

GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. A Delação Premiada na Legislação Brasileira. 2010. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Departamento de Ciências Penais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

HABER, Carolina Dzimidas. **A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal.** 2011. 160 f. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 14. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-24042012-114628/pt-br.php. Acesso em 20/11/2012.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal.** Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 67.

KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e confissão:** análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal. 2008. 120 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Introdução Crítica ao Processual Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: Uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. *In*: **Revista de Estudos Criminais**. Ano IX, n. 34, p. 69-92. Porto Alegre: Nota Dez, 2009.

MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 14, n. 59, p. 223-259, março-abril de 2006, São Paulo: Revistas dos Tribunais.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7, n. 25, p. 58-59, jan.-mar./1999. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOREIRA, Rômulo (org). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 15ª Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 344.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Da delação premiada: aspecto de direito processual penal. *In:* **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 159, fevereiro, 2006.

PEREIRA, Francisco Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *In:* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. P. 175-201. Ano 17, n. 77, março-abril de 2009.

Pesquisa CNI-IBOPE. **Retratos da Sociedade Brasileira**:Segurança Pública. 2011. Disponível em http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/07/1,5387/seguranca-publica.html. Acesso em 04/11/2012.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **O rosto do inimigo**: um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação. P. 9-28. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (org). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisional y Derechos Fundamentales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SANTOS, Laryssa Honorato Carmargo. **O conceito de organizações Criminosas:** implicações materiais e processuais à luz do princípio da taxatividade penal. 2010. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade **da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA SÁNCHES, Jesús-Maria. La Expansion Del Derecho Penal. Aspectos de La política criminal de lãs sociedades pos industriales. Madrid: Civitas, 1999. P. 27-28, *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. "Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência. *In:* **Boletim IBCCRIM**, Ano 16, nº 186, p. 16-17, Maio, 2008.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. O equilíbrio entre a eficácia e o garantismo e o crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 16, n. 70, p. 229-265, janeiro e fevereiro de 2008, São Paulo: Revistas dos Tribunais.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHAEFER, Walter F. Federalism and State Criminal Procedure. *In*: **Harvard Law Review**, Volume 70, p. 1-26, November 1956, Number I.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. O Crime Organizado no Brasil. P. 29-64. *In:* SCARANCE FERNANDES, Antônio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Crime Organizado - Aspectos Processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e Crime. *In:* Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001. P. 357, *apud* HASHIMOTO, Érica Akie. Mídia e Criminalidade: breves considerações sobre a influência dos meios de comunicação sobre a visão coletiva do crime e do criminoso. *In:* **Boletim IBCCRIM**, Ano 18, nº 217, p. 18-19, Dezembro, 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. **Manual de Processo Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TCHUMAN, Gaye. La producción de la noticia. Estudio sobre La construcción de La realidad. Barcelona: G. Gili, 1983; *apud* ROCHA, A. F. O. **Criminologia e Mídia:** os

usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. In: Ciências Penais: Perspectivas e Tendências da Contemporaneidade. Curitiba: Jiruá, 2011. P. 111-123.

TUTTI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VILAR, Silvia Barona. **Seguridad, celeridad y justicia penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

ANEXO 1

MODELO DE ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA[266]

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, representado pelo Procurador Regional da República com atuação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelos Procuradores da República integrantes da Força-Tarefa "CC-5", no exercício das atribuições constitucionais e legais, nos autos de xxxxxx, em trâmite perante a xxxxxxxxxxxxxxx, vem propor ao acusado xxxxxxxxxxxxxxxxxxx a formalização de ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA, nos seguintes termos.

I - BASE JURÍDICA

O presente ACORDO funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, nos artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/99, bem como no artigo 32, §§ 2° e 3°, e no artigo 37, inciso IV, da Lei n. 10.409/2002, estes aplicados analogicamente, à luz do artigo 3° do CPP. Tais dispositivos conferem ao MINISTÉRIO PÚBLICO o poder discricionário de propor ao acusado ACORDO de redução da pena privativa de liberdade de 1/3 a 2/3, ou o perdão judicial.

O interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros suspeitos e réus, bem como de ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a Ordem Tributária e de delitos de Lavagem de Dinheiro, ligados ou não ao esquema "CC-5", inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível (atos de improbidade administrativa), tributária e disciplinar.

II - DO OBJETO DO ACORDO - DOS CRIMES ABRANGIDOS

O presente ACORDO versa sobre fatos tipificados criminalmente nos arts. nos artigos 4°, caput, 6° e 22 da Lei 7.492/86, artigo 1° da Lei 8.137/90, bem como os artigos 288, 299 e 304 do Código Penal, na forma do artigo 69 desse diploma legal, em virtude das irregularidades cometidas por xxxxxxxxxxxx.

---

[266] Modelo disponível na página institucional do Ministério Público do Estado de Rondônia. http://www.mp.ro.gov.br/c/document_library/get_file?p_l_id=64884&folderId=1142206&name=DLFE-53359.pdf . Acesso em 10/12/2012.

Em virtude desses fatos o acusado foi condenado pelo Juizo da xxxxxxxxxxxxxxxxxx a pena de xxxxxxxxxxx, em regime semi-aberto, e xxx dias-multa, no valor de xxxx salário mínimo à época dos fatos, pelos crimes descritos nos artigos xx° e xx da Lei xxxx e artigo 288 do Código Penal.

III - PROPOSTA DO MINISTÉRIO PUBLICO FEDERAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece ao acusado xxxxxxxxx, brasileiro, qualificação, os seguintes benefícios legais:

A) A redução da pena privativa de liberdade de xxxxxxxxxxx, em metade, quedando-se em xxx anos, xxxx meses e xxxxx dias de reclusão, em regime aberto;

B) A substituição, pelo período de xxxxx anos, xxxx meses e xxxx dias, da pena privativa de liberdade, definida no item anterior por duas penas restritivas de direitos, a saber:

B.l) interdição de fim de semana, consistente na permanência na residência do acusado das 20:00 horas às 08:00 horas nos sábados e domingos;

B.2) prestação de serviços à comunidade, consistente no auxílio na implantação de rotinas e aulas de informática aos servidores da instituição xxxxx, por duas horas semanais.

C) o sobrestamento, até a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, no que diz respeito ao indiciado xxxxxxxxxxxx, de todos os procedimentos investigativos em curso vinculados à xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no que concerne especificamente ao seu envolvimento com xxxxxxxxxxxxx, tão-somente no que diz respeito a fatos ocorridos até a data da celebração do presente ACORDO;

D) A observância do artigo 20 do Código de Processo Penal e art. 7° , IV, da lei n° 9.807/99, com a observância pelo Poder Judiciário e autoridades policiais, da emissão de certidão negativa de antecedentes criminais, durante a vigência deste acordo, limitado aos fatos nele abrangidos, salvo através de requisição judicial.

III - CONDIÇÕES DA PROPOSTA

Para que do ACORDO proposto pelo MPF possam derivar os benefícios elencados na cláusula II, a colaboração do acusado xxxxxxxxxxxxxxxxxxx deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz, obrigando-se, sem malícia ou reservas mentais, a:

a) entregar de todo o material relativo a transações de dólar-cabo envolvendo xxxxxxxxxxx, e outros dados relacionados a evasão de divisas, que sejam ou que venham a ser de seu conhecimento;

b) falar a verdade, incondicionalmente, em todas as ações penais e inquéritos policiais, inquéritos civis e ações cíveis e processos administrativos disciplinares, em que, doravante, venha a ser chamado a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste ACORDO;

c) indicar pessoas que possam prestar depoimento sobre os fatos em investigação, nos limites deste ACORDO, propiciando as informações necessárias à localização de tais depoentes;

d) cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal a qualquer das sedes do MPF ou da Polícia Federal, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos do INC na análise de registros bancários e transações financeiras, eletrônicas ou não;

e) entregar todos os documentos, papéis, escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos, etc., de que disponha, estejam em seu poder ou sob a guarda de terceiros, e que possam contribuir, a juízo do MPF, para a elucidação de crimes contra a Administração Pública, contra a Ordem Tributária, contra o Sistema Financeiro Nacional ou de crimes de Lavagem de Dinheiro, em qualquer comarca ou subseção judiciária federal do País;

f) cooperar com o MPF apontando os nomes e endereços dos banqueiros, donos de casas de câmbio, doleiros e operadores de câmbio, brasileiros ou estrangeiros, que concorreram para a evasão de divisas nacionais, esclarecendo onde mantêm suas operações, depósitos e seu patrimônio;

g) não impugnar, por qualquer meio, o ACORDO DE DELAÇÃO, em qualquer dos inquéritos policiais ou procedimentos investigativos nos quais esteja

envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento do ACORDO pelo MPF ou pelo juízo.

IV - VALIDADE DA PROVA

A prova obtida mediante a presente avença de delação premiada poderá ser utilizada, validamente, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, podendo ser emprestada também à Receita Federal e à Procuradoria da Fazenda Nacional e ao Banco Central do Brasil, para a instrução de procedimentos e ações fiscais, bem como a qualquer outro órgão público para a instauração de processo administrativo disciplinar.

V - GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINACAO

Ao assinar o ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA, o acusado xxxxxxxxxxxxxx está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a auto-incriminação, renunciando expressamente a ambos, estritamente no que tange aos depoimentos necessários ao alcance dos fins da presente avença.

VI - IMPRESCINDIBILIDADE DA DEFESA TÉCNICA

O ACORDO DE DELAÇÃO somente terá validade se aceito, integralmente, sem ressalvas, pelo acusado xxxxxxxxxxxxxx.

VII - CLAUSULA DE SIGILO

Nos termos do artigo 5°, inciso XXXIII, e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, combinados com o artigo 7°, inciso VIII, da Lei n. 9.807/99, e com o artigo 20 do CPP, as partes comprometem-se a preservar o sigilo sobre a presente proposta e o ACORDO dela decorrente.

VIII - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Para ter eficácia, a proposta será submetida à homologação judicial, cabendo à autoridade judiciária preservar o sigilo do ACORDO.

A avença será submetida à homologação, tão logo seja assinada pelas partes, e produzirá efeitos de imediato.

IX - CONTROLE JUDICIAL

O presente ACORDO de delação premiada tramitará perante a xxxxxxxxxxxx como procedimento criminal diverso (PCD) sigiloso, não apenso mas vinculado à apelação mencionada, sem referência explícita nos autos principais e sem menção de tema e partes no sistema informático.

O controle da efetividade da colaboração será feito mediante a apresentação de relatórios circunstanciados e periódicos à autoridade judicial, com prévio pronunciamento do MPF.

Os relatórios deverão ser apresentados ao juízo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ou pela Polícia Federal e serão encartados no PCD.

A eficácia do ACORDO poderá ser sustada, com prévia oitiva das partes, mediante ato judicial fundamentado.

X – RESCISÃO

O ACORDO perderá efeito, considerando-se rescindido, *ipso facto*:

A) se o acusado descumprir, injustificadamente, qualquer das cláusulas em relação às quais se obrigou;

B) se o acusado sonegar a verdade ou mentir em relação a fatos em apuração, em relação aos quais se obrigou a cooperar;

C) se vier a recusar-se a prestar qualquer informação de que tenha conhecimento;

D) se recusar-se a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa de suas relações ou sujeita a sua autoridade ou influência;

E) se ficar provado que o acusado sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade;

F) se o acusado vier a praticar outro crime doloso, seja crime objeto deste acordo, bem como os crimes antecedentes da Lavagem de Dinheiro, elencados no art. 1° da Lei 9.613/998, após a homologação judicial da avença;

G) se o acusado fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça Criminal;

H) se o sigilo a respeito deste ACORDO for quebrado por qualquer das partes ou pela autoridade judiciária, ressalvada a possibilidade de utilização dos depoimentos obtidos em todos os inquéritos policiais, ações penais, inquéritos civis, ações de improbidade, execuções fiscais e processos administrativos disciplinares que tenham relação com o objeto do presente ACORDO.

Em caso de rescisão do ACORDO, o acusado xxxxxxxxxxx perderá automaticamente o direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Se a rescisão for imputável ao MPF ou ao Juízo Federal, o acusado poderá, a seu critério, cessar a cooperação, ressalvado o artigo 342 do CP.

E, por estarem concordes, firmam as partes o presente ACORDO de delação premiada, em três vias, de igual teor e forma.

Local, Data.

Pelo MPF:

_____

PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

Pela defesa:

_____

ACUSADO

_____

ADVOGADO