

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Henrique Severo Palma

**LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE BARGANHA
NO PROCESSO PENAL**

Porto Alegre
2020

Henrique Severo Palma

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE BARGANHA
NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do Título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal de Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da
Silva.

Porto Alegre
2020

À Eluza Deporte Severo, com amor e saudade.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho contou com a colaboração de muitas pessoas, de modo que não posso deixar de lembrá-las sem o mais verdadeiro sentimento de gratidão. Existem pessoas que de tão alto valor que carregam são vocacionadas a proporcionar oportunidades àqueles que a vida coloca diante de si.

Por isso, em primeiro lugar agradeço ao meu orientador, Professor Pablo Rodrigo Alflen da Silva, pelo incansável incentivo e confiança, bem como por todo o auxílio para o meu desenvolvimento acadêmico. Espero ter correspondido a grande honra de ter sido orientado por este brilhante docente, tendo feito jus às oportunidades que me foram conferidas. Em especial, destaco a gratificante experiência que tive no estágio de docência, pelo qual pude dar os passos iniciais à carreira docente que tanto prezo.

De igual modo, ao professor Fabiano Clementel, responsável pelo fascínio que desenvolvi pelas ciências penais, a partir das brilhantes aulas de quarta-feira à noite, nos tempos de graduação, na Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Agradeço, também, pelos apontamentos, correções e críticas a esta pesquisa, as quais conferiram maior embasamento científico aos argumentos desenvolvidos. Da mesma forma, agradeço ao professor André Machado Maya pelos apontamentos e correções que promoveram o melhor desenvolvimento deste trabalho.

Ao professor Roque Reckziegel, pelos incentivos iniciais à carreira acadêmica, bem como pelos ensinamentos, especialmente no que se refere à preocupação com a efetividade dos direitos humanos nas ciências penais. Meus agradecimentos, também, à professora Renata da Cunha Rieger pela colaboração para que fosse possível realizar minhas primeiras publicações científicas, ainda nos tempos de graduação.

Agradeço aos companheiros de mestrado e do Núcleo de Direito Internacional e Comparado pelos momentos de cumplicidade e amizade, que desfrutamos ao longo desses anos de pesquisa. Nossa caminhada acadêmica teve tantos momentos inesquecíveis, os quais reservo em minhas melhores memórias.

Meu agradecimento especial aos meus pais, por me ensinarem os melhores valores que carrego comigo. À minha companheira Suellen Martins Pacheco, por todo amor com o qual me presenteou, tornando-a essencial em todos os melhores momentos de minha vida.

Por fim, agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS, na pessoa da Professora Dra. Cláudia Lima Marques, pelo incentivo ao desenvolvimento acadêmico constante, o que se materializou com a participação em cursos e eventos, com a oportunidade

de apresentação de trabalhos científicos. Estendo meus agradecimentos à Secretaria do PPGD UFRGS, na pessoa da Secretária Rosmari de Azevedo, pela recepção atenciosa e por todas as informações prestadas ao longo do curso.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre os impactos que a justiça criminal negociada tem oferecido ao princípio do Devido Processo Legal, enquanto paradigma do Estado Democrático de Direito. Aborda a problemática produzida pela nova onda de criminalidade contemporânea advinda da sociedade do risco e a ineficácia do Estado em produzir provas no âmbito do Processo Penal. Para tanto, pretende-se apresentar um estudo comparado do desenvolvimento do modelo americano da *plea bargaining* com a evolução do instituto brasileiro da colaboração premiada, investigando os pontos de conflito quanto à constitucionalidade da adoção da técnica de negociação em âmbito criminal à luz dos parâmetros que impõe a Constituição Federal de 1988. Estuda, por conseguinte, a utilização do modelo negocial nas principais investigações patrocinadas pelo Ministério Público Federal em conjunto com a Polícia Federal brasileira que refletem essa criminalidade contemporânea. Por fim, refere a importância do fortalecimento dos princípios e garantias processuais em relação aos influxos que o clássico processo penal sofre dos mecanismos alternativos ao Devido Processo Legal. Conclui-se da presente pesquisa que a técnica de barganha não encontra receptividade no sistema processual brasileiro, de modo que entra em choque com o paradigma do Devido Processo Legal, garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tornando-se um mecanismo alternativo à falta de investimento em inteligência na investigação penal e no fortalecimento e aparelhamento das instituições estatais responsáveis pela persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Plea Bargaining; Colaboração Premiada; Sociedade do Risco; Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The present work deals with the impacts that the negotiated criminal justice has offered to the principle of due process, as a paradigm of the Democratic State of Law. It addresses the problematic produced by the new wave of contemporary criminality coming from the society of risk and the inefficacy of the State in producing evidence in the criminal procedure. In order to do so, we intend to present a comparative study of the development of the American model of plea bargaining with the evolution of the Brazilian institute of prize-winning collaboration, investigating the points of conflict regarding the constitutionality of adopting the negotiation technique in the criminal sphere in the light of the parameters that imposes the Federal Constitution of 1988. It studies, therefore, the use of the negotiating model in the main investigations sponsored by the Federal Public Ministry together with the Brazilian Federal Police that reflect this contemporary criminality. Finally, it refers to the importance of strengthening the principles and procedural safeguards in relation to the inflows that the classic criminal process suffers from mechanisms that are alternative to due process of law. It is concluded from the present research that the bargaining technique does not find receptivity in the Brazilian procedural system, so that it comes in clash with the due process paradigm, guaranteed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, becoming an alternative mechanism the lack of investment in intelligence in criminal investigations, and the strengthening and enforcement of state institutions responsible for criminal prosecution.

KEYWORDS: Plea Bargaining; Colaboração Premiada; Society of Risk; Due Process Legal.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 A CRISE DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO: ENTRE EMERGÊNCIAS LEGITIMANTES E MECANISMOS ALTERNATIVOS | 12 |
| 2.1 Processo Penal e Constituição: o Devido Processo Legal como limite ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito..... | 12 |
| 2.2 A Legitimação da Emergência e a Sociedade do Risco: o fenômeno da criminalidade contemporânea sob a perspectiva político-criminal no Brasil..... | 28 |
| 2.3 A barganha processual como mecanismo alternativo voltado à administração dos riscos..... | 42 |
| 3 COLABORAÇÃO PREMIADA E A PLEA BARGAINING: uma análise comparada dos institutos da Justiça Penal Negociada | 57 |
| 3.1 Plea Bargaining: origem, desenvolvimento e aplicabilidade nos EUA..... | 57 |
| 3.2 Colaboração Premiada: evolução legislativa e desenvolvimento no Brasil | 71 |
| 3.3 Balanço dos desdobramentos da Justiça Penal Negociada na operação Lava-Jato..... | 90 |
| 4 ANÁLISE TEÓRICA QUANTO À (IN)APLICABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO AO MODELO ACUSATÓRIO BRASILEIRO..... | 103 |
| 4.1 A perspectiva da doutrina penal brasileira quanto aos possíveis desdobramentos da implementação da barganha no Brasil: inovação ou retorno à arbitrariedade?..... | 103 |
| 4.2 A técnica de barganha como política criminal no Brasil e seus pontos de conflito com as diretrizes processuais da Constituição Federal de 1988 | 119 |
| 4.3 Revisão Legislativa do Instituto da Colaboração Premiada: a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei n. 12.850/13 | 135 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 144 |
| REFERÊNCIAS | 147 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a desenvolver uma análise dos efeitos que a justiça penal negociada¹, através da técnica de barganha²³ entre o acusador e o réu, tem oferecido ao princípio do devido processo legal, enquanto paradigma do Processo Penal contemporâneo. Para tanto, pretende-se apresentar um estudo comparado do desenvolvimento do modelo americano da *plea bargaining*⁴ com a evolução do instituto brasileiro da colaboração premiada, investigando os pontos de conflito quanto à constitucionalidade da adoção da negociação em âmbito criminal à luz dos parâmetros que impõe a Constituição Federal de 1988.

Tem-se que a pesquisa quanto ao tema se reveste de importância, tendo em vista que a tendência internacional de utilização da técnica de barganha para negociar acordos de colaboração processual entre o acusador e o réu tem se revelado como um dos exemplos mais latentes de uso de mecanismos alternativos ou de abreviação ao Processo Penal. Nesse sentido, a negociação processual está presente na legislação de diversos países na atualidade e se apresenta na resolução dos principais casos internacionais que desafiam os estudos do poder punitivo estatal, tais como: a operação Mãos Limpas na Itália⁵, o desbaratamento dos Cartéis de Drogas na Colômbia, na década de noventa, e está fortemente em debate no Brasil a partir da Ação Penal n.º 470 (Caso Mensalão)⁶.

¹ Neste trabalho o termo justiça penal negociada se utiliza para designar o paradigma do processo que se pauta por acordos entre acusador e o acusado, na busca de colaboração do réu em troca de benefícios processuais. Os termos justiça negociada, consensual, colaboração premiada, pactuada serão utilizados como sinônimo de justiça penal negociada.

² O termo barganha se refere à técnica processual que, por meio da negociação de informações úteis ao processo em troca de benefícios ao acusado, veicula a justiça penal negociada através dos institutos da colaboração premiada, delação premiada, acordo de leniência, entre outros, possibilitando a formulação do acordo. Conforme ROSA, Alexandre M. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 292.

³ Considera-se também dentre os institutos que possibilitam o estabelecimento do elemento barganha como condição do acordo, a par dos já citados, o chamado acordo de não persecução penal, por força do artigo 28-A, inciso V, do Código de Processo Penal, instituído pela Lei n.º 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019.

⁴ Nos Estados Unidos da América, estudos apontam que de cerca de 95% das soluções dos delitos envolvem a negociação entre acusador e réu, o que leva a casos extremos em que o acusado cumpre pena através de um acordo, sem que haja toda a produção probatória mediante contraditório no Processo Penal. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. In: LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. II. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 274.

⁵ CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: Citadel, 2017. p. 7.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>> Acesso em: 07 nov. 2017.

No contexto contemporâneo, pautado pela sociologia como sociedade do risco, os avanços tecnológicos apresentam um duplo viés: de um lado oferecem benefícios à sociedade como a alta velocidade de transmissão de informações e tecnologia, e de outro, trazem consigo uma série de emergências e riscos, que se traduzem em uma nova criminalidade, mais complexa e de difícil investigação.

Sabe-se que a partir da Ação Penal n.º 470 (caso Mensalão) o Ministério Público Federal deflagrou diversas operações que envolvem diretamente a utilização da barganha na investigação de empresários e políticos em diversos casos de crimes econômicos e crimes contra a administração pública, cometidos mediante organização criminosa. Porém, cabe ressaltar que o fenômeno não é novo: a novidade reside em seu desvelamento e sua extensão, sobretudo nos processos que envolvem crimes complexos e de difícil produção probatória⁷.

Dentre as operações Lava-jato⁸, Sudam⁹, Sanguessuga¹⁰, Zelotes¹¹, pode-se perceber que o instituto da barganha é o principal meio de prova obtido pela acusação na persecução penal e os apontamentos dos magistrados têm sido conflitantes quanto à aceitação da negociação¹²¹³, bem como aos limites constitucionais de homologação dos acordos firmados entre as partes. Isso mostra que há uma tensão entre a aplicação desse

⁷ HASSEMER, Windfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 236.

⁸ A investigação denominada Operação Lava-Jato foi iniciada a partir de acordos de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público que levaram à investigação de esquema de desvio de verbas públicas na estatal Petrobras. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>> Acesso em: 06 nov. 2017.

⁹ A denominada Operação Sudam, promovida pelo Ministério Público Federal, apura uma série de crimes na Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam). Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>> Acesso em: 06 nov. 2017.

¹⁰ A operação Sanguessuga foi lançada pelo Ministério Público Federal em parceria com a Polícia Federal com o objetivo de desarticular esquema criminoso que fraudava licitações na área de saúde. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>> Acesso em: 06 nov. 2017.

¹¹ A operação Zelotes foi instituída para apurar suspeitas de manipulação de julgamentos de processos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), ligado ao Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>>. Acesso: 06 nov. 2017.

¹² É possível perceber que o conflito não se restringe à doutrina específica: A 7ª Vara Criminal de São Paulo, em sentença referente a três réus oriundos da Operação Sanguessuga, criticou o instituto da colaboração premiada nos seguintes termos: “*O instituto não se presta a estabelecer uma espécie de alforria para todos, do mais baixo ao mais alto escalão do crime. Todos livres! Isso seria o mesmo que conferir aos membros de uma organização um bill de impunidade, verdadeira imunidade absoluta, coisa jamais vista no direito internacional*” BRASIL. *Justiça Federal do Estado de São Paulo*”. 7ª Vara Criminal Ação Penal n. 5616-66.2010.403.6181. 23. set. 2015 p.27.

¹³ Em contrapartida, em sentença que condenou alguns réus da Operação Lava-Jato, o Juiz Sergio Moro, titular da 13ª Vara Criminal de Curitiba, defendeu o uso da técnica de barganha: “*Sem o recurso à colaboração premiada, vários crimes complexos permaneceriam sem elucidação e prova possível, Em outras palavras, crimes não são cometidos no céu e, em muitos casos, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas são igualmente criminosos*”. BRASIL. *Justiça Federal do Estado do Paraná*. 13ª Vara Criminal. Ação Penal n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR. 26. Jun. 2017. p. 28.

modelo no Processo Penal e a garantia dos direitos fundamentais dos acusados, notadamente o direito ao Devido Processo Legal, sendo que a questão da barganha ganha notoriedade tendo em vista à demanda histórica por maior investigação e repressão na criminalidade do “colarinho branco”¹⁴.

Apesar de o tema ainda ser pouco discutido pela doutrina brasileira em comparação com outros países partidários do instituto, o poder de barganha passa atualmente a ser utilizado em larga escala no Processo Penal, sem que haja também a devida discussão de pontos nevrálgicos da questão. Percebe-se que com a pouca investigação por parte da doutrina nacional, apesar de o assunto ser antigo na doutrina internacional, não se têm bases sólidas para dar concretude à aplicação do instituto da barganha no Processo Penal. É nesse espaço de incertezas que resta demonstrado um campo de necessidade para a pesquisa sobre os reais contornos que o instituto da barganha apresenta no direito pátrio atual.

Não se tem dúvidas que o instituto vem se ampliando através dos anos, sendo utilizado como principal meio de prova no Processo Penal brasileiro. A Lei 12.850/2013, que prevê medidas de combate às organizações criminosas, foi a primeira a estabelecer procedimento completo sobre os acordos de colaboração premiada, regulamentando plenamente essa técnica de investigação criminal e aproximando-se do modelo do Direito Comparado. Assim, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha tornado admissível o consenso dentro do Processo Penal brasileiro, carece de maiores confrontamentos com a utilização desregrada da barganha no Processo Penal.

No capítulo primeiro procura-se apresentar a evolução do fenômeno do poder punitivo e seus limitadores, a destacar a o garantismo penal que adentrou à Constituição Federal de 1988 e que consagra o princípio do Devido Processo Legal como paradigma do processo penal no Estado Democrático de Direito. A seguir, estuda-se a sociedade contemporânea pautada pelo paradigma do risco, bem como a nova onda de criminalidade que advém do desenvolvimento do risco, tornando cada vez mais complicada a questão de o Estado proceder à persecução penal e ao mesmo tempo cumprir com os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

¹⁴ Utiliza-se o termo “colarinho branco”, fazendo alusão à expressão clássica criada pelo sociólogo americano Edwin Sutherland, para indicar aqueles crimes econômicos de difícil investigação e produção probatória pelo Estado, devido à sofisticação com que são cometidos por agentes que gozam de elevado status sociais e políticos. In: SUTHERLAND, Edwing Hardin. White collars criminality. 1940. Disponível em: <<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf>> Acesso em: 3 dez. 2018.

Ao final, o estudo concentra-se na sistematização da negociação entre acusador e réu, enquanto mecanismo alternativo ao princípio do Devido Processo Legal.

No capítulo segundo, apresenta-se o instituto americano do *plea bargaining*, suas origens e desenvolvimento jurisprudencial no sistema adversarial, próprio da *common law*. Em segundo momento, aborda-se a influência da *plea bargaining* na construção legislativa do instituto da colaboração premiada e seus desdobramentos no direito processual brasileiro. Por fim, propõe-se uma análise da utilização da colaboração premiada nos principais casos patrocinados pelo Ministério Público Federal em conjunto com a Polícia Federal brasileira em que o instituto tem sido utilizado.

No capítulo terceiro, faz-se a reflexão quanto à aceitação do instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, sobretudo em relação aos pontos conflitantes com o preconizado pela Constituição Federal de 1988 que erige o Devido Processo Legal como paradigma da República Federativa do Brasil.

Ante todo o exposto, a pesquisa pretende correlacionar os pontos críticos da barganha penal com o referencial bibliográfico de referência, a fim de apresentar caminhos e alternativas para a adequação do instituto aos limites constitucionais impostos pelo Estado Democrático de Direito, mais especificamente aos princípios clássicos de matriz iluminista que consagram o Processo Penal.

Não obstante, cabe ressaltar a importância da reflexão: a adoção de uma posição utilitarista do Processo Penal, impulsionada por este novo momento de repressão à criminalidade organizada no Brasil, merece desenvolvimento ou estes novos mecanismos processuais (mais especificamente a justiça criminal negociada) tendem a relegar ao segundo plano todas as garantias surgidas do pensamento ilustrado.

Por essa razão, propõe-se um estudo pormenorizado do Poder de Barganha no Processo Penal que ofereça argumentos para a solidificação das garantias político-criminais do cidadão face ao direito de punir do Estado, bem como a analisar se as bases do direito pátrio são compatíveis com mecanismos de justiça criminal negociada, comportando o instituto aos limites constitucionais brasileiros, especialmente ao Devido Processo Legal.

2 A CRISE DO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO: ENTRE EMERGÊNCIAS LEGITIMANTES E MECANISMOS ALTERNATIVOS

2.1 Processo Penal e Constituição: o Devido Processo Legal como limite ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito

A legitimidade de aplicação do poder punitivo foi objeto do aperfeiçoamento das ciências penais, na medida em que este ramo do saber se estruturou procurando estabelecer um sistema civilizatório de limitação ao *ius puniendi* estatal. Outra não poderia ser a lição de Zaffaroni ao pontuar que a função do saber penal de todo Estado (Democrático) de Direito deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis¹⁵.

A experiência histórica aponta que o fenômeno do poder punitivo, associado ao modelo inquisitivo de persecução penal, foi um relevante instrumento de seleção e neutralização de pessoas consideradas disfuncionais. Ao longo do tempo, os Estados lançaram mão desta tecnologia social para alcançar seus objetivos políticos.

A título de breve contextualização histórica, os estudiosos, inicialmente, referem que a utilização do poder punitivo havia enfraquecido com a queda de Roma e com a generalização do feudalismo, renascendo nos séculos XII e XIII¹⁶. O retorno se deu na forma de mecanismo de homogeneização social com a instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício. Em meados do século XIII, essa técnica serviu para afirmar os mandamentos da Igreja Católica.

Mesmo com a queda da inquisição romana do século XVI, o modelo inquisitorial permaneceu presente no poder político a ser direcionado contra os hereges e reformistas, fenômeno que perdurou até o século XIX¹⁷. Jacinto Coutinho refere que o poder punitivo, levado a cabo pelo Santo Ofício, sem dúvida foi o maior engenho jurídico que o mundo conheceu, persistindo por mais de 700 anos¹⁸.

Contudo, Zaffaroni pontua que o sucesso do *modus operandi* da utilização do poder punitivo pelo poder constituído se deu na forma do colonialismo, sendo que desde

¹⁵ Zaffaroni pondera que o Direito Penal é um apêndice indispensável do Direito Constitucional no Estado de Direito, que está em constante tensão com o Estado de Polícia, sendo que o Estado de Direito terá perecido caso o Direito Penal não tenha êxito na sua missão de contenção do poder punitivo. Daí comparar sua função a de uma barragem, a qual permanece em constante resistência. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 172.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 38.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 34.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. O papel do novo juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

o XVIII aparece como neocolonialismo e desde o séc. XX como globalização¹⁹, daí se depreendendo os distúrbios que levam à necessidade de se repensar a política criminal contemporânea.

Com efeito, o poder punitivo tornou-se, com o advento da expansão colonialista da Europa, um importante instrumento de controle social, tanto interno, quanto externo. Internamente, o uso do poder punitivo serviu para a hierarquização social, militarizando a sociedade na figura do *pater familis* e controlando aqueles que poderiam oferecer riscos ao poder soberano. No âmbito externo, foi imprescindível para o controle das nações subjugadas pelas potências conquistadoras, que a exemplo de Roma fizeram uso do poder punitivo para sua própria expansão territorial.

O penalista latino-americano, em suas reflexões sobre a sistematização do poder punitivo como faculdade estatal, que se tornou o cerne das intenções do desenvolvimento de sua doutrina, refere que:

O exercício do poder planetário necessitou sempre de uma certa forma de poder interno nas potências dominantes, pois *não se pode dominar sem organizar-se previamente de forma dominante*. Por isso, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder teve antes de reordenar suas sociedades com base numa forte hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades), para o que retomou um exercício de poder interno que fora praticado pela grande potência conquistadora precedente (Roma) e que, com o fim daquele império, havia desaparecido: isto é, *o poder punitivo*²⁰.

O poder punitivo, originado a partir do confisco do conflito por parte do Estado e do fim da vingança privada²¹, tem como instrumento de primeira ordem a confiscação da vítima. Medida imprescindível para exercer seu poder de decisão sobre determinado fato delituoso²². Para tanto, entra em cena o poder de vigilância que

¹⁹ Para este estudo, mister se utilize a concepção de Milton Santos acerca do tema: Globalização é uma força condutora central por trás das rápidas mudanças sociais, políticas e econômicas que estão a remodelar as sociedades modernas e a ordem mundial. Desse modo, importante a reflexão do autor acerca do crescimento da prática de vários tipos de crime devido as transformações socioeconômicas e a diminuição de obstáculos para a movimentação de bens e serviços e sobretudo capital entre os países. In: SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007. Ver também MICHALET, Charles-Albert. *O que é mundialização?* São Paulo: Edições Loyola, 2003; BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 30.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2.

²² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 30-31.

controla a sociedade e seleciona os indivíduos que através de suas ações oferecem riscos para a hierarquização social²³.

Exemplo disso, no Estado Absolutista o autoritarismo serviu-se do uso do poder punitivo para centralizar o poder na figura do soberano. Lógica que consagrou o entendimento de que a ruptura com as normas estabelecidas pelo soberano violavam os ideais de justiça em que estava fundada aquela organização política. Isto colocava o súdito sujeito diretamente à vingança do monarca, daí não se extraindo qualquer racionalidade ou proporcionalidade na aplicação das penas. Esse tempo foi marcado por penas corporais efetivamente cruéis, promovidas em espetáculos públicos. Prática que tinha por objetivo prevenir eventuais atentados contra o poder do monarca e fortalecer o respeito às normas estabelecidas.

A desumanidade das penas patrocinadas pelo absolutismo foi estudada por Michel Foucault, trazendo como exemplo o clássico caso do parricida Robert-François Damiens, na célebre obra *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*²⁴. Damiens foi condenado em março de 1757. Dentre as condenações que decorreram de sua sentença, teve sua mão direita (pela qual cometera o crime) queimada com fogo de enxofre. Às suas coxas, braços e panturrilhas teve derramados chumbo derretido e óleo fervente. A seguir seu corpo atado a quatro cavalos foi desmembrado e seus restos mortais jogados ao fogo, tendo, ao fim, suas cinzas lançadas ao vento. Execução que ocorreu em praça pública, na presença da maioria dos cidadãos, como era comum a época.

Todas essas situações são mero exemplo das condenações ocorridas naquele período. Os argumentos que desvelam a irracionalidade do uso do poder punitivo no Estado Absolutista são ligados ao fato que o uso das penas corporais e o uso de tortura colocam o acusado inocente em situação pior daquele que é efetivamente culpado. Tanto aquele indivíduo que efetivamente tinha culpa quanto o acusado inocente são submetidos ao mesmo tormento físico, sendo que o culpado tem a favor de si uma estratégia defensiva proporcionada pela própria condição que lhe é infligida, vez que quando resiste à tortura com firmeza, deve ser absolvido como inocente, pois assim trocou uma pena maior por uma pena menor. Logo, de acordo com essa lógica, o inocente sempre deve perder e o culpado ganhar²⁵.

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 31.

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. 9-11.

²⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 78-79.

Como François Ost pontuou: toda ciência começa por uma recusa²⁶ e as violações à dignidade humana experimentadas fizeram com que uma corrente de pensadores humanistas retornassem aos postulados iluministas e consagrassem o Direito Penal como ciência. Essa corrente ficou conhecida como a Escola Clássica que se preocupou em estabelecer um sistema de imputação e responsabilização individual que garantisse um limite ao poder punitivo. Posto que preocupados com a barbárie do uso desmedido do poder punitivo difundiu uma série de denúncias contra o sistema penal vigente.

Baseado no Direito Natural e na doutrina do livre-arbítrio²⁷, os clássicos consagraram a pena como retribuição pelo delito praticado, desvinculada da tradição que marcou o antigo regime. Beccaria, expoente da Escola Clássica, teve o importante mérito de inaugurar os pilares fundantes da moderna ciência do Direito Penal, sobretudo de cariz liberal. Através de suas críticas, o jurista estabeleceu várias questões fundamentais para lograr êxito na prevenção dos delitos como a ideia de que é melhor prevenir os delitos do que puni-los²⁸.

O penalista defendia a instituição de leis claras e taxativas para que a população não versada nos meandros da legislação penal tivesse o pleno entendimento das condutas delitivas e suas consequências punitivas²⁹, o que garantia a limitação da vontade pessoal do soberano na aplicação das punições. Trata-se da primeira máxima do classicismo (*nulla poena sine lege*), posteriormente sistematizada por Feuerbach, na primeira metade do século XIX.

Em geral, a obra de Beccaria contém muitas ideias-chave de política criminal: o respeito às garantias penais e processuais como limites aos fins preventivos da pena, a prontidão e certeza na imposição da sanção penal como fatores de eficácia da prevenção, a proporcionalidade da pena como critério de justiça (necessidade) e

²⁶ OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 327.

²⁷ A filosofia grega inaugurou as reflexões acerca do livre-arbítrio. Aristóteles, baseado na ideia de *phrónesis* (prudência), em seus apontamentos revelou que os homens agem bem quanto evitam posições extremas, colocando a liberdade como justa medida. Santo Agostinho, em *De Libero Arbitrio*, conceituou livre arbítrio como a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, sendo liberdade o bom uso do livre arbítrio, e o mal, fruto da liberdade humana mal utilizada. Posteriormente, o iluminismo deslocou o homem para o centro do universo, pela capacidade do uso da razão, afastando-se do teocentrismo presente na Idade Média. Autores como Immanuel Kant, Descartes e John Locke aprofundaram a análise do livre arbítrio proporcionando argumentos para a celeuma desencadeada entre o determinismo e indeterminismo, importante a conceito de culpabilidade penal. REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*: Filosofia pagã antiga. São Paulo: Paulus, 2003. p. 221-225.

²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 180.

²⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 76.

afirmação da subsidiariedade, em tanto na busca de meios de prevenção de condutas menos nocivas e a inter-relação entre estrutura social e delito³⁰.

Do mesmo modo, a instituição do processo como meio que confere legitimidade à aplicação de pena³¹ foi elevado ao patamar de *standard* do Estado de Direito, conforme o constitucionalismo moderno foi adotando seus axiomas. O processo consagrado como garantia do cidadão frente ao direito de punir do Estado.

O discurso de um Direito Penal redutor tornou-se funcional ao crescimento e expansão da classe dos industriais e dos comerciantes, que detinham todo o interesse de conter o poder da classe hegemônica composta pela nobreza e o clero³². O pensamento iluminista foi adotado amplamente pela classe social emergente, que provocou algumas mudanças no poder punitivo.

Despontou, por conseguinte, a necessidade de um Direito Penal que seguisse um viés liberal de proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao poder punitivo estatal, na medida em que proporcionasse uma ampla revisão do poder punitivo. Essa revisão teria por objetivo primordial que o legislador (penal) estivesse vinculado, em suas atribuições, ao respeito a determinados postulados. Ou seja, procurou-se limitar a ampla liberdade dos legisladores em criar os institutos mais caros ao Direito Penal a partir de suas próprias normas.

A revolução francesa de 1789 e a independência americana de 1787 foram os grandes marcos da derrocada dos ideais do regime monárquico e da nova estruturação da sociedade, baseada nos ideais iluministas de contenção ao poder punitivo estatal. A limitação ao poder punitivo inaugurou um período de liberdades públicas. A autonomia dos cidadãos possibilitou um desenvolvimento nos grandes centros nunca antes visto.

O Estado enfraquecido abriu margem para que o individualismo estabelecesse diferenças econômicas poderosas entre os cidadãos. O liberalismo, que outrora serviu de discurso legitimante para a contenção do poder punitivo que estava nas mãos da monarquia e sob forte influência da igreja católica, passou a garantir à burguesia um domínio quase total sobre as riquezas e os meios de produção, ao mesmo tempo em que aos trabalhadores era permitido o mínimo para sua subsistência³³.

³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p.77.

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 3.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 43.

³³ LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973. p. 172.

A expansão das novas estruturas econômicas fundadas nas fábricas promoveu que uma grande massa de trabalhadores deixasse as zonas rurais e se acumulasse nas periferias das grandes cidades a procura de emprego. Zaffaroni, inclusive, sustenta que a concentração urbana foi um dos fatores cruciais para a transformação parcial do poder punitivo devido à grande dificuldade de controle social e o número crescente de pessoas fora dos padrões do sistema econômico³⁴.

Os burgueses necessitavam, por conseguinte, conter as classes trabalhadoras cada vez mais insatisfeitas com o desequilíbrio do novo sistema, razão pela qual a revolução industrial foi o vetor de abandono do discurso de limitação do poder punitivo. A burguesia passou a utilizar a velha técnica de direcionar o poder punitivo com fins políticos e econômicos para a estabilização social.

Surgiram nas ciências penais ideias apartadas da inspiração no direito natural e no liberalismo político da Escola Clássica. Impulsionada pelo paradigma científico causal-explicativo e pelas teorias de Darwin, Mill, Spencer e Comte, a concepção causal-naturalista, doutrina dominante até o primeiro quarto do século passado, que remetia ao positivismo científico³⁵ da Escola Positiva Italiana³⁶, ofereceu a estruturação das novas necessidades de conceituação do poder punitivo³⁷. A Escola Positiva tornou o Direito Penal uma ciência empírica, baseada nos dados da realidade social, buscando-se eliminar as reflexões metafísicas³⁸.

O positivismo da Escola Positiva Italiana sobrepunha a rigorosa defesa da sociedade frente aos direitos dos indivíduos³⁹. No Brasil, essa corrente de pensamento adentrou ao Código de Processo Penal de 1941, em meio a Constituição outorgada na

³⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. p. 45.

³⁵ O movimento positivista científico do final do século XIX caracterizou-se pelo ideal de rejeitar toda imposição metafísica do mundo da ciência e de restringi-la de modo rigoroso aos fatos e às suas leis, empiricamente considerados. Trata-se de uma ideologia das ciências que visa a reduzir as ciências da cultura ao modelo das ciências naturais. Nega-se a importância à filosofia dos valores, por se entender que a axiologia, por definição, subjetiva, não pode de modo algum pretender uma objetividade reservada à ciência empírica, que versa sobre o ser dos fatos. O valor como ente metafísico, para esta corrente, não pode ser objeto de um discurso científico que busca a verdade. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 101.

³⁶ A Escola Positiva surge na Itália a partir do desenvolvimento da filosofia positiva e dos estudos biológicos e sociológicos. Essa escola, produto do naturalismo, sofreu a influência das doutrinas evolucionistas de Darwin e Lamarck; sociológica de Comte, Spencer e Ferri e antropológicas na figura de Lombroso. PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. p. 83.

³⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal*. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista Trad. José Cerezo Mir, da 4ª edição alemã. Buenos Aires: Editorial BdF, 2004. p. 30.

³⁸ DELMANTO, Celso; et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 5.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Ditadura Vargas, inspirada no fascismo italiano⁴⁰, o que se pode perceber na exposição de motivos do Código de Processo Penal:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal⁴¹.

A partir dessa doutrina, passou-se a conhecer o Direito Penal do autor. O fato praticado e a medida de culpabilidade do indivíduo deixaram de ser o ponto central da avaliação. Sendo que o fator mais importante era a determinação da personalidade criminosa do autor, de uma tendência ao delito que determinadas pessoas apresentam, de onde decorre o fundamento de exclusão social do desvirtuado. Esse entendimento realça a ideia de determinismo da conduta criminosa do sujeito, traçando um perfil delinquente, com base em fatores sociais, físicos e psicológicos, a partir dos quais era constatada a periculosidade do individual no convívio social.

Os estudos de Ferri, Garofalo e Lombroso impulsionaram o poder punitivo do Estado a estabelecer inimigos da sociedade e impor contra eles esse poder. Os casos históricos de assassinatos promovidos pelos órgãos executivos do poder punitivo estatal repousam na ideia de futuro livre de grupos que não se encaixam no ideal a ser implantado naquele futuro planejado pelos dirigentes estatais que fazem uso do poder punitivo como instrumento de homogeneização da sociedade. Nesse viés, a ideologia

⁴⁰ VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Scipione, 2004. p. 364.

⁴¹ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, nº238, 13 OUT. 1941. Seção I, p. 19.688. Ver também: CAMPOS, Francisco. Democracia e Unidade Nacional. In: CAMPOS, Francisco. *Antecipações à Reforma Política*. Rio de Janeiro: J. Olympo. 1940. p. 3-13.

veiculada pela Escola Positiva, que desaguou na primeira guerra mundial, fomentou o retorno de um poder punitivo expansivo.

Na América Latina, os efeitos da expansão do poder punitivo já haviam sido experimentados no colonialismo e na fundação das repúblicas. Contudo, o poder punitivo, revigorado e transformado pela Escola Positiva, integrou diversas ditaduras civis-militares que se instauraram no pós-guerra.

Os países da América do Sul sofreram a intensidade do autoritarismo estatal influenciados pelo contexto mundial. O poder punitivo, a exemplo dos países centrais da Europa, foi direcionado pelos dirigentes estatais contra os inimigos políticos da ocasião, forte no objetivo de remover as pessoas disfuncionais do futuro social projetado, ou seja, aquelas vidas que não mereciam prosperar em um Estado ideal a ser construídos através de uma política de exclusão, por estarem configurados como inimigos⁴². Inclusive, trata-se de um dos caminhos que o poder punitivo percorreu durante sua história, daí Zaffaroni referir que a busca e a identificação desses inimigos foi tarefa permanente do poder punitivo ao longo dos últimos oito séculos⁴³.

O Brasil, como os demais Estados latino-americanos, seguiram sob a mão firme dos governos militares. A Constituição de 1967, com uma emenda em 1969 e os Atos Institucionais de 1 a 5, sustentaram a chamada doutrina da Doutrina de Segurança Nacional. Tais legislações injetaram verdadeiras atrocidades legais. Foi suspensa a concessão de *Habeas Corpus*, houve a previsão de prisão perpétua e até espaço para a prática deliberada do extermínio.

Os estudos realizados pela Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, instituídos para apurar os desdobramentos da ofensiva autoritária experimentada nos anos de ditadura civil-militar no Brasil, destacam que:

A Doutrina de Segurança Nacional, idealizada em grande parte por Golbery, foi uma tentativa de fundamentar conceitualmente a suspensão das garantias constitucionais, a limitação das liberdades individuais, a introdução da censura aos meios de comunicação e a repressão total aos que se opunham por meio de atividades clandestinas. A defesa do cristianismo ocidental foi usada como pretensa inspiração dessa doutrina, o que sempre foi contestado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), por expoentes como Dom Cândido Padim e padre Joseph Comblin, ambos igualmente vítimas de investigações e processos por parte do regime. A Doutrina de Segurança Nacional se assentava na tese de que o inimigo da Pátria não era mais externo, e sim interno. Não se tratava

⁴² LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 87.

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 8.

mais de preparar o Brasil para uma guerra tradicional, de um Estado contra outro. O inimigo poderia estar em qualquer parte, dentro do próprio país, ser um nacional. Para enfrentar esse novo desafio, era urgente estruturar um novo aparato repressivo. Diferentes conceituações de guerra – guerra psicológica adversa, guerra interna, guerra subversiva – foram utilizadas para a submissão dos presos políticos a julgamentos pela Justiça Militar⁴⁴.

Ainda foram criados pelos militares diversos órgãos para atuar na repressão política e dar efetividade às violações previstas na doutrina de segurança nacional. Foram formados órgãos como o Serviço Nacional de Informações (SNI), o Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI), e os Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS).

Dentre os métodos e procedimentos mais utilizados dentro das instalações do DOPS estava o pau-de-arara, método trazido dos tempos da escravidão que consistia em atravessar uma barra de ferro entre os punhos e os joelhos do preso que era amarrado e pendurado, o choque elétrico, os espancamentos e a Cadeira do Dragão (espécie de cadeira elétrica) também eram utilizados com frequência nos inquéritos policiais ocorridos naquele contexto, onde se procurava através da violência descobrir o maior número de envolvidos em conspirações contra o governo militar.

Segundo o relatório "Brasil, nunca mais", existiam aproximadamente 283 formas de tortura utilizadas na época nas quase 2.000 pessoas que se tem notícia de que foram torturadas entre 1964 e 1979⁴⁵. Dentre a variedade de procedimentos utilizados para investigar e punir os presos, sem dúvida a tortura foi o método mais empregado pelos agentes da repressão nos anos de chumbo.

Assim, evidencia-se que a história do poder punitivo acompanha o desenvolvimento da sociedade em geral. Tem-se que este instituto é feito de ciclos, ora a expansão do poder punitivo serve para a estruturação da sociedade e a manutenção do *status quo*, ora a limitação do poder punitivo serve para reformas necessárias após momentos de recrudescimento da violência estatal.

O aumento do poder punitivo indicou a necessidade de uma nova visão acerca das ciências penais, sobretudo nos efeitos que o pós-guerra proporcionou. Sabe-se que o poder punitivo foi responsável por uma série de violações ao princípio da dignidade

⁴⁴ BRASIL. *Direito à verdade e à memória*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 22.

⁴⁵ BRASIL. *Projeto Brasil: nunca mais*. Tomo II, vol. 1. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985. p. 01-25. Disponível em <http://dhnet.org.br/w3/bnm/tomo_v_vol_1_a_tortura.pdf> Acesso em 16 out. 2015.

humana⁴⁶. A experiência histórica de uso desmedido do poder de punir por parte dos Estados visualizada ao longo da primeira parte do século XX oportunizou que a ciência penal retornasse aos primeiros ensinamentos iluministas consagrados pela Escola Clássica.

Nesse sentido, ganhou força a teoria do garantismo penal. Em sua dimensão individual, pode-se dizer que o garantismo penal tem como fundamento a contenção do poder punitivo a um mínimo desejável através de um sistema lógico e coerente de garantias dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal. Daí Bonavides afirmar que “garantia” é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunta a liberdade civil e pública⁴⁷.

Para Luigi Ferrajoli⁴⁸, expoente do garantismo penal da década de 80, a busca do reestabelecimento dos postulados iluministas foi uma importante resposta aos modelos autoritários:

"Garantismo", com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. E precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o Direito Penal e o próprio princípio majoritário⁴⁹.

Os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico são, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Essa tradição mistura diversas vertentes filosóficas, tais como a doutrina do direito natural, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação

⁴⁶ Sobre o princípio da dignidade humana como fundamento político da república, seus fundamentos e limites: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 527.

⁴⁸ Em que pese Ferrajoli não tenha sido precursor do estabelecimento de garantias em âmbito penal, sua contribuição é de suma importância, apesar do apego excessivo a postulados iluministas. Conforme Bonavides a concepção puramente iluminista é reducionista, na medida em que afirma as garantias apenas de caráter individual.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 271.

dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena⁵⁰.

A doutrina se sustenta em alguns axiomas que expressam garantias que se dividem em penais e processuais penais. Baseiam-se, primeiramente, nos axiomas que revelam garantias relacionadas à pena, são eles: *nulla poena sine crimine*, consagrando a ideia de retributividade ou da consequencialidade da pena; *nullum crimen sine lege*, vinculado ao princípio da legalidade; e *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que se refere as sanções eminentemente necessárias, tornando vedadas penas excessivas e, de igual modo, cruéis.

Por outro lado, traz um conjunto de axiomas que dizem respeito às garantias frente ao delito, estabelecendo que *nulla necessitas sine injuria*, ou princípio da lesividade, vez que o poder punitivo é legítimo somente quando voltado ao rechaço às lesões contra os bens jurídicos; *nulla injuris sine actione*; já que o fato penalmente relevante deriva dos resultados lesivos como consequência da conduta humana⁵¹ e *nulla actio sine culpa*; ou seja repudia-se a responsabilidade penal objetiva, já que para além da repressão penal baseada em uma relação de causa e efeito, exige-se que o sujeito tenha reprovabilidade pelo injusto cometido.

Em paralelo aos axiomas referentes à pena e às garantias frente ao delito, o garantismo cuida de uma série de axiomas referentes a garantias processuais - *nulla culpa sine iudicio*; *nullum iudicium sine accusatione*; *nulla accusatio sine probatione*; e *nulla probatio sine defensione*. Com efeito, o princípio da jurisdicionariedade é fundamental para a doutrina garantista. Em sentido amplo, trata-se do conjunto coordenado das garantias de natureza penal, e em sentido estrito consagra o modelo acusatório de processo, o ônus da prova a cargo de quem acusa e a presença do contraditório⁵².

Paulo Bonavides expõe as influências garantistas de cariz individualista estão presente na Constituição Federal de 1988, ao afirmar que as garantias constitucionais marcaram consideravelmente o judicialismo do Estado liberal e até hoje não perderam a

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. p. 28.

⁵¹ Nesse ponto, fala-se em certa medida que o postulado tenha se mantido vigente, porque, atualmente, indaga-se a existência de crimes que são praticados por uma conduta humana, somente de maneira indireta ou mediata, trata-se da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Para mais, ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*: A teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14; e TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en Derecho Comparado, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. p. 495.

serventia protetora da Constituição como dos direitos fundamentais⁵³. Devido ao seu desenvolvimento para além da guarda dos direitos civis o autor aponta que as garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição, que são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, quanto garantias dos direitos subjetivos expressos, tidos como os remédios jurisdicionais eficazes para salvaguarda dos direitos fundamentais⁵⁴.

As garantias já não se limitam aos moldes de uma concepção confinada aos valores do Estado Liberal como pretende Ferrajoli, por isso não são elas garantias unicamente *contra* o Estado, mas garantias *no* Estado, Estado que a doutrina social do direito reconciliou com a Constituição e seus princípios clássicos e tradicionais⁵⁵.

Desse modo, os ordenamentos constitucionais contemporâneos promovem o crescimento e a importância das garantias constitucionais não somente no campo do direito constitucional clássico, mas também na esfera do direito processual. Confere-se, desse modo, eficácia global dos conjuntos de princípios penais e processuais, na medida em que se realiza a integralidade da teoria garantista.

No Estado Democrático de Direito os princípios revestem o Direito Penal de um caráter garantista, que para além da heterogeneidade de seus pressupostos, tais como se consolidaram nas constituições modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário. Quando se defende um projeto de Direito Penal segundo a Constituição – uma Constituição estruturada nas liberdades e garantias fundamentais próprias da Democracia – deve-se optar por conferir à Dogmática Penal um cabedal de propósitos limitadores do poder punitivo⁵⁶.

No campo do direito processual penal, o garantismo irradia-se por força da Constituição Federal, desvelando-se no princípio matriz do devido processo legal. O Estado Democrático de Direito, sobretudo após a segunda guerra mundial, encontrou no princípio do Devido Processo Legal sua pedra angular. Isto porque, durante a história, os reflexos do uso desmedido do poder punitivo serviram para consolidar a matriz liberal do Direito Penal, como limite ao poder punitivo.

Originado da cláusula *due process of law* do Direito Anglo-Americano, O direito ao devido processo legal, está consagrado na Constituição Federal no artigo 5º, LIV e

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 534.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 532-533.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 534.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La dogmática como racionalización peligrosa. In: VELÁSQUEZ V. (org.). *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibáñez/Universidad de los Andes, 2013. p. 325-337.

LV, deste princípio histórico, decorre uma série de outros princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

No século XX, houve uma constante evolução no campo do direito processual penal em respeito ao princípio da dignidade humana. Destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como diploma internacional que consagrou o direito de toda a pessoa de receber dos Tribunais competentes recurso efetivo para os atos que violem dos direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

No que tange ao direito europeu, A Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, §1º, garante que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Em síntese é o que relata, em perspectiva latino-americana, o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A República Federativa do Brasil, em busca de dar efetividade aos princípios fundamentais que envolvem um Processo Penal no Estado de Democrático de Direito, ainda no ano de 1992, ratificou os principais tratados e convenções internacionais de direitos humanos, visando a adequar-se às diretivas internacionais de civilidade na aplicação do *ius puniendi*⁵⁷. Dentre os mais efetivos, destaca-se o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas de 1966 e a citada Convenção Americana de

⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2015. p. 7.

Direitos Humanos de 1969, que fora assinada pelo governo militar, porém não foi encaminhado ao Congresso Nacional para ratificação⁵⁸.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 2008, endossou essa compreensão sobre a aplicabilidade dos tratados. Essa situação trouxe a questão de os tribunais pátrios aplicarem um Direito Penal alinhado com a Constituição e também com os tratados e convenções internacionais. Sobretudo em relação ao caráter supralegal das convenções de Direitos Humanos ratificadas pelo país, o que leva o magistrado a ter um duplo cuidado com as garantias processuais do acusado. Por um lado deve fazer valer a força normativa da Constituição no Processo Penal, e por outro, deve promover a sintonia das suas decisões com as diretivas convencionadas.

Sendo assim, desde a menção do rei João Sem-Terra na magna carta de 1215 (Law of the Land), passando pela adoção da expressão *Due Process of Law*, de 1354, no Estatuto *Westminster* sobre as liberdades de Londres, fala-se que o princípio do Devido Processo Legal é basilar de todo Estado Democrático de Direito porque este princípio abarca uma série de outros princípios constitucionais que asseguram ao cidadão proteção contra a aplicação ilegal do direito de punir do Estado⁵⁹.

O Estado conforme deve garantir um padrão de confiança no Poder Judiciário, proporcionando segurança social. O Devido Processo Legal representa não apenas uma série de atos técnicos, pois revela séculos de aprimoramento dos parâmetros éticos, enquanto instrumento de concretude de direitos de ordem constitucional, daí Rogério Tucci afirmar que a punição, no caso concreto, deve resultar de um pronunciamento judicial, concretizado em processo timbrado pelo *due process of law*⁶⁰.

Tem-se atualmente no Brasil, como corolário do Devido Processo Legal⁶¹, a garantia do acesso à jurisdição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88). Dessa garantia extrai-se que no Estado Democrático de Direito a lesão ou ameaça a direito dá ao cidadão o direito de levar a questão ao Estado-juiz para que cesse a violação. Esta garantia está em

⁵⁸ Apenas no ano de 1991, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 foi aprovado pelo parlamento através do Decreto Legislativo n.º 226, e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. In: GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. p. 4-5.

⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332.

⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 166.

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 100.

consonância com a garantia do acesso à jurisdição, na qual é vedada juízos de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF/88), já que ninguém pode ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF/88).

Da mesma forma, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Art. 5º, LV, da CF/88). Ou seja, as partes tem o direito de serem ouvidos em juízo pelo juiz e de terem seus argumentos considerados quando da sentença.

Outro aspecto ligado ao Devido Processo Legal presente na Constituição Federal é a garantia da obrigatoriedade de motivação em todas as decisões judiciais e de publicidade dos julgamentos conforme preceitua o artigo 93, IX, da CF/88:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Finalmente, cabe salientar que também é inerente ao Devido Processo Legal a garantia do prazo razoável do processo e da efetividade da jurisdição, que estabelece que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (Art. 5, LXXVIII, da CF/88).

A cláusula do Devido Processo Legal, portanto, apresenta-se como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)⁶². Rogério Tucci relata que o Devido Processo Legal, consubstancia-se, sobretudo, numa garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes, e num prazo razoável⁶³. Inclusive, Rogério Tucci afirma que o ente humano, membro da

⁶² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. p. 96. Também em: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). p. 205.

⁶³ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). p. 206.

coletividade, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e no qual garantidos:

- a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado por lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial;
- b) a estatuição, em lei regularmente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado à investigação, instrução e posterior julgamento acerca de fato tido como penalmente relevante;
- c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente;
- d) a correlação entre acusação e sentença de mérito;
- e) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material, como tecnicamente;
- f) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios, especialmente nos desfavoráveis ao imputado; e
- g) o não reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgada sentença condenatória⁶⁴.

Reveste-se em princípio de suma importância por revelar o modelo acusatório de investigação penal, onde as figuras do acusador e do julgador estão essencialmente separadas, garantindo a necessária imparcialidade do juízo. Nesse contexto, revela-se a independência do Poder Judiciário, pois a função precípua do juiz torna-se atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no Processo Penal⁶⁵.

A questão que é que a ciência penal se coloca em cheque contemporaneamente através da desvinculação do Devido Processo Legal pelo Estado. No novo modelo de sociedade, os Estados nacionais vão se desenvolvendo em meio à chamada globalização, fenômeno que apresenta o instituto do risco como marca principal da contemporaneidade.

Disso decorre que a emergência passa a legitimar o Estado a se afastar do Devido Processo Legal, lançando mão de mecanismos alternativos que, sob o pretexto da eficiência, atuam à revelia das garantias constitucionais. Ao mesmo tempo, nos países latino-americanos, o uso desmedido do poder punitivo levou a uma crise histórica que tende a se agravar com a penetração do instituto do risco no saber penal.

O estudo do risco e das emergências que promovem o alargamento do poder punitivo é primordial. Os crimes, nesse contexto, vão se tornando mais sofisticados e

⁶⁴TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208-217.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade constitucional. p. 71.

complexos, exigindo do Estado maiores investimentos na investigação criminal e o fortalecimento das garantias processuais que os cidadãos detêm.

2.2 A Legitimação da Emergência e a Sociedade do Risco: o fenômeno da criminalidade contemporânea sob a perspectiva político-criminal no Brasil

A partir da metade do século XX, a sociologia estipulou traços que diferenciam a sociedade contemporânea da sociedade industrial clássica. Esses traços levaram à análise de tratar-se de uma nova faceta da sociedade que se cunhou chamar de sociedade pós-moderna⁶⁶. Alguns teóricos sociais procuram atentar-se ao fato de que a sociedade pós-moderna ou pós-industrial tem gerado novos conflitos e novos recortes do sistema político⁶⁷.

A sociedade industrial, que antecedeu a pós-modernidade, foi marcada pela incessante busca pelo crescimento econômico. Os cenários proporcionados ofereceram inovações científicas e tecnológicas, dentre as quais se destacam a disseminação de informações e conhecimentos em tempo real; o deslocamento de pessoas, bens e serviços em menor tempo; e comércio e transações financeiras integradas no mundo inteiro⁶⁸.

Tal situação impulsionou o desenvolvimento de vários setores da sociedade mundial direto à pós-modernidade. Contudo os novos cenários apresentam uma série de novos riscos que aparecem como fenômeno paralelo e indissociável dos avanços experimentados. O que se deve ter em mente é que esses riscos são efeito colateral do progresso tecnológico.

Os riscos pós-modernos, expressos pela nova onda de criminalidade, atingem bens jurídicos não apenas individuais como tradicionalmente se conhece, mas também bens jurídicos difusos e coletivos, não se podendo contabilizar a quantidade de pessoas atingidas⁶⁹. Se antes os delitos atingiam bens jurídicos de âmbito individual, na pós-modernidade fala-se de efeitos catastróficos e pouco controláveis.

Silva Sánchez pondera que o progresso técnico está inevitavelmente atrelado ao desenvolvimento crescente das formas de criminalidade. Esses complexos distúrbios

⁶⁶ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 49-50.

⁶⁷ TOURAINE, Alain. Uma visão crítica da modernidade. In: *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 5, n. 5, p. 32-41, 1993. p. 36-37. Também em: TOURAINE, Alain. *La sociedad postindustrial*. Barcelona: Ariel. 1971.

⁶⁸ As características gerais do fenômeno da globalização são listadas pelo Fundo Monetário Internacional. Disponível em <<https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/041200to.htm>> Acesso em 01 jun. 2019.

⁶⁹ Sobre a questão dos bens jurídicos, ver: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010.

constituem um novo risco de difícil contorno⁷⁰. Desse modo, a sociedade contemporânea está reunida em torno do paradigma do risco, posto que a sociologia concentra seus diagnósticos da atualidade ao redor do conceito de Sociedade do Risco.

A ideia de risco, originalmente, faz referência aos percalços que as navegações marítimas sofriam no século XVII. O risco, ligado ao direito marítimo, tinha uma conotação diferente da experimentada na pós-modernidade, vez que versava tão somente quanto à possibilidade de retorno dos navios à sua origem, sem que haja prejuízos na viagem, como roubo das riquezas transportadas ou naufrágios⁷¹.

A chamada Sociedade do Risco, sob o ponto de vista sociológico, foi fundamentada nas obras de Ulrich Beck e de Niklas Luhmann. Os teóricos procuraram estabelecer características que explicam a sociedade atual.

Ulrich Beck, o primeiro deles, teve grande repercussão em diversos ramos do saber, a partir da célebre obra: “A Sociedade do Risco” (*Risikogesellschaft*). Beck sustenta que, de modo similar ao século XIX, a modernização dissolveu a sociedade agrária e elaborou a imagem estrutural da sociedade industrial. Desse modo, a modernização dissolve hoje os contornos da sociedade industrial e surge outra figura social em continuidade⁷².

Por Sociedade do Risco, o autor se refere ao estado de desenvolvimento no qual as bases da organização social não são somente a administração e a distribuição de recursos, senão, fundamentalmente, a distribuição dos riscos. Beck, afirma que na sociedade industrial a lógica reinante é a da produção de riquezas que domina a lógica da produção dos riscos, já na Sociedade do Risco essa relação se inverte⁷³.

O sociólogo alemão estabelece que o instituto do risco surge, justamente, como fator central que caracteriza a transição para o que o autor intitula a primeira e a segunda modernidade. A primeira modernidade vem acompanhada pela globalização, forte nos ideais capitalistas que transformaram as relações sociais e conferiram certos distúrbios sociais, como o individualismo excessivo nas interações humanas. Em um segundo momento, Beck refere o termo modernidade reflexiva para determinar a segunda modernidade, que nada mais é do que a instabilidade e imprevisibilidade

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad.* Madrid, 1996. p. 28.

⁷¹ LUPTON, Deborah. *Risk*. Londres: Routledge, 1999. p. 5.

⁷² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 16.

⁷³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. p. 19.

proporcionada pena constante evolução na epistemologia. Daí a expressão risco que veículo a incerteza que se depreende da evolução do conhecimento.

Beck adverte sobre os graves problemas que afetam a política e as instituições modernas, que são derivados da impossível gestão dos riscos e perigos produzidos. Tais questões interferem efetivamente do sistema jurídico dos países. Destaca-se que os riscos atuais, diferente dos antigos, não são imputáveis segundo as regras vigentes de causalidade, culpabilidade e responsabilidade.

À medida que a complexidade apresentada gradativamente pela sociedade aumenta, isso faz com que o individuo acredite que sua responsabilidade é menor, pois sua contribuição individual para a sociedade é mínima. Por isso, a vinculação dos cidadãos ao dano e sua respectiva imputação é pouca ou nenhuma.

As fronteiras da sociedade do risco dividem aqueles que suportam riscos potenciais daqueles que suportam mais difusamente os riscos, ou seja, a classe dos afetados não é contraposta pela classe dos não afetados, e sim, a classe dos afetados se contrapõe a classe dos ainda não afetados⁷⁴. Beck informa que o conceito e risco está correlacionado à globalização, vez que os perigos não respeitam fronteiras, tornando-se ameaça para a própria condição humana. Para o autor, a questão do risco não se confunde com catástrofe, que são acontecimentos delimitados no tempo e no espaço. O risco, por sua vez, é a antecipação da catástrofe e é sempre um acontecimento futuro que se torna presente no cotidiano pela percepção de sua magnitude⁷⁵.

O mais importante que decorre dessas conclusões é que na sociedade do risco se tem a necessidade de estabelecer mecanismos compensatórios, da mesma forma que o Estado assistencial buscou suplantar os desajustes e injustiças da sociedade industrial, e, também, destaca-se na sociedade do risco um compromisso ecológico. As considerações de Beck somam-se aos postulados de Giddens nos esforços da sociologia em conceituar o risco que afeta a sociedade contemporânea.

Por outro lado, Luhmann, desde um ponto de vista teórico-sociológico, concentrou os esforços de conceituação do instituto para além dos cálculos de probabilidade que outras ciências propuseram e estabeleceu o problema do risco a partir do entendimento de que seria o risco um problema social⁷⁶.

⁷⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. p. 46.

⁷⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. p. 30.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992. p. 27.

Percebe-se, nos ensinamentos de Luhmann, que o autor propõe uma troca de lentes com que se avalia o risco. Nota-se que Luhmann abandona a distinção risco-segurança e passa ao debate da distinção risco-perigo⁷⁷. Nessa senda, a figura do risco na sociedade contemporânea está presente em praticamente todas as condutas de inter-relações sociais. Qualquer situação da vida cotidiana importa em decisões a respeito de algo, e nessa situação, invariavelmente, está contida certa dose de risco.

Luhmann refere um argumento sensível quanto à tentativa de mitigar os riscos. Quanto mais há o avanço do homem em direção ao conhecimento e seu decorrente domínio sobre a natureza, crescem as variáveis que aumentam o risco. Isso significa o fim da crença de que o conhecimento contenha os riscos a que a sociedade está exposta⁷⁸.

O autor procura apontar a distinção entre risco e perigo. Esse entendimento segue um duplo viés. De um lado, tem-se a ideia de risco em certa hipótese em que o dano é consequência da ação e está pressuposto a consciência deste dano; já em uma situação onde o perigo está presente o dano é atribuído a causas externas que fogem ao controle⁷⁹.

A complexidade crescente da sociedade faz com que a tomada de decisão esteja no bojo da percepção do risco. As alternativas diversas crescem como variáveis não controláveis, nas quais as decisões são mais propensas a resultados danosos, e o dado contundente é que aquele que sofre o dano não causou o incremento do risco. Isso coloca a incerteza e a insegurança projetadas no futuro, daí apontar-se que na pós-modernidade o futuro apresenta-se como risco⁸⁰.

É importante assinalar que, segundo este conceito de risco, não é relevante o fato de quem decide perceba o risco como desdobramento de sua decisão ou que o dano venha a ocorrer no momento ou depois desta decisão. O que é pertinente para o conceito de risco é a possibilidade de o dano ser evitado⁸¹.

Luhmann defende a tese de que cada vez mais domina a ideia de que o futuro da sociedade depende da tomada de decisão: o futuro se transforma em risco na medida em que aumentam as possibilidades de escolha. Essas questões implicam diretamente nas ciências penais. Por isso falar-se em Direito Penal do risco para uma sociedade do

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo* p. 40.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. p. 41.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. p. 37.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. p. 52.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. p. 34.

risco. Luhmann entende que a tomada de decisão que implica em risco (e que muitas vezes é impossível perceber o nexos causal da decisão com o dano provocado, principalmente quanto àquele que sofreu o dano não criou o risco) muitas vezes pode ser tomada de modo equívoca e oportunista pelos operadores do Direito. Os critérios de imputação podem fazer que certo indivíduo seja responsável por um evento danoso, na medida em que se possa obter normativamente algo desse alguém⁸². O que por óbvio afasta a responsabilidade dos critérios de culpabilidade.

Pode-se perceber que os riscos atuais que a sociedade enfrenta são riscos produzidos pelo homem e estritamente relacionados por suas decisões, diferentemente do que acontecia com o instituto do risco nas sociedades passadas, cujo risco proveria da própria natureza. Porém, os riscos da sociedade atual ameaçam um número indeterminado de pessoas e inclusive a existência humana. Tal ideia por um lado, anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos provinham de acontecimentos naturais (para a tutela dos quais o Direito Penal é absolutamente incompetente) ou de ações humanas próximas e definidas, para contenção dos quais era suficiente à tutela penal dispensada aos clássicos bens jurídicos individuais.

Por outro lado, um dos marcos da sociedade do risco é a sensação de insegurança social, independentemente dos perigos reais. A criação de novos riscos e a complexidade dos processos em que a sociedade e o indivíduo estão contidos geram essa grande sensação de insegurança que se transforma em uma exigência de proteção sempre em uma crescente demanda.

Importante frisar que a natureza dos riscos atuais parte de decisões do campo industrial ou econômico, o que tem reflexos no campo da responsabilidade penal dos empresários e das empresas. Com efeito, alguns tipos de riscos criados nesse contexto já não podem ser contidos pelos padrões de controle conhecidos pela sociedade, o que gera insegurança.

Como dito, tem-se que a ideia de risco suscita ao Direito Penal problemas importantes. Alguns penalistas colocam que o risco repercute diretamente em questões de política criminal. Alflen introduz breve *excursus* que a percepção do risco, colocando que em primeiro momento o risco próprio da sociedade liberal do século XIX, era tido por um acontecimento exterior e imprevisto perceptível pelos sentidos, que quando operado por um terceiro, este sujeito era obrigado a proceder à reparação civil dos

⁸² LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. p. 95.

prejuízos. Contudo, em uma fase mais atual, o risco ganha proporções catastróficas com baixa possibilidade de previsão, frustrando a possibilidade de cálculos probabilísticos destinados a possíveis programas preventivos⁸³.

Zaffaroni prefere tratar a questão do risco em relação aos seus efeitos. O penalista traz importante reflexão quanto às “Emergências Legitimantes” que despontaram nas últimas décadas do século XX. Mais atinente a uma realidade latino-americana, mas sem perder de vista a questão do alargamento do poder punitivo no novo cenário que a questão dos riscos traz ao saber penal:

Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, esta empenhada numa propaganda völkisch e vingativa sem precedentes, a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes estados de exceção⁸⁴.

A emergência que se erige reside no fato de que os meios de defesa social não podem acompanhar de modo ordenado e integrado as novas formas de criminalidade das emergências que legitimam o recrudescimento do rigor punitivo na sociedade do risco. As incertezas passam a autorizar intervenções estatais enérgicas na busca de oferecer uma sensação de segurança e proteção na sociedade.

No passado, os delitos na maioria das vezes tinham certo alcance restrito às fronteiras de determinado estado, ou em algumas situações a complexidade delitiva se limitava a envolver um ou outro país. Nesse âmbito, os Estados concentravam seus esforços de apuração e investigação em seu âmbito interno e vez ou outra em algum acordo internacional de cooperação com países afinados com sua política criminal.

Na sociedade do risco, esse panorama ganhou diferenças significativas. As novas formas de criminalidade alcançaram um potencial nunca antes experimentado pela sociedade mundial. Os crimes da sociedade do risco tem um alcance imensurável e de difícil apuração. Alguns delitos apresentam um grau de complexidade que se torna quase impossível apurar o lugar em que o crime se iniciou ou se exauriu⁸⁵.

⁸³ ALFLEN, Pablo. O risco da técnica de remissão das leis em branco no Direito Penal da Sociedade do Risco. *Política Criminal*. n. 30, 2007. A7. p. 1-21.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 15-16. Também em: ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. 1 ed. São Paulo: GZ, 2010. p. 22-25.

⁸⁵ Pode-se dizer que decorre desse fenômeno a ideia de Roxin que a Ciência Penal terá de proporcionar as bases científicas para um Direito penal supranacional em curto prazo, isto é, propiciar o fortalecimento de

A questão dos sujeitos do crime também apresenta suas peculiaridades. Os delitos praticados através de pessoas jurídicas ou práticas efetivamente pela pessoa jurídica em crimes econômicos ou ambientais são exemplos bem claros da dificuldade posta.

Dessa relação, decorre que os cidadãos reclamem ao Estado, de maneira crescente, a prevenção contra esses riscos e a prestação de segurança como a única saída possível desta crise. Ou seja, lograr segurança se converte em um motivo dominante da ordenação da vida jurídica.

Um fator importante que interfere de maneira efetiva na percepção social dos fatores de risco é a rápida transmissão de informação pela mídia tradicional e pelas mídias sociais que marca a sociedade contemporânea. Em certos casos, a abordagem que é veiculada por essas agências é responsável por multiplicar a sensação de medo e incerteza quanto a possíveis desdobramentos dos ilícitos⁸⁶.

Desse modo, o Direito Penal vai sendo expandido para controlar esses novos riscos. Ocorre que, em verdade, torna-se inadequado que o poder punitivo assumira esse papel, pois tornaria sua intervenção excessiva, transformando o Estado em Estado-prevencionista.

Destaca-se uma série de técnicas que o ordenamento jurídico lançou mão para fazer frente a esses novos riscos: a) criações de delitos e infrações de risco; b) criação de bens jurídicos de conteúdo difuso; c) modificação da prova da relação causal; d) estabelecimentos de medidas preventivas de segurança; e) utilização de instrumentos econômicos e fiscais e f) maior participação social na vigilância de bens coletivos postos em risco.

Esse perfil de crimes desafia o Estado a oferecer alternativas de política criminal para proporcionar segurança aos cidadãos e reforçar o respeito à vigência das normas. Se nos delitos em geral já era preciso o reforço na investigação criminal, nesse panorama torna-se verdadeira exigência. Os distúrbios atuais somente podendo ser combatidos com investimento em inteligência de forma integrada e transnacional por parte dos países envolvidos.

um Direito Penal Internacional. A ciência penal do futuro terá que desenvolver-se sobre fundamentos internacionais em maior medida do que há feito até agora. In: ROXIN, Claus. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 401.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad*. Madrid, 1996. p. 37.

O investimento em inteligência na investigação e o inerente aparelhamento dos órgãos responsáveis pela apuração dos delitos sempre foram uma demanda constante. Contudo, diante da crise econômica pela qual passa os países latino-americanos o alocamento de recursos para a questão criminal se torna verdadeira celeuma.

Alguns pontos desvelam a verdadeira crise do Processo Penal. Um deles claramente é a produção probatória por parte do Estado em crimes mais sofisticados. O Processo Penal do Estado Democrático de Direito é aquele que respeita o princípio do Devido Processo Legal. Assim, o ônus de prova é do órgão acusador que pertence às instâncias estatais.

Sem que haja um forte aparato técnico para que se possa provar a existência de fatos delituosos o Estado tende a falhar na proteção da vigência das normas ou dos bens jurídicos. Isso deflagra um nível de tensão social nocivo aos interesses da administração pública.

A questão criminal dos novos tempos é marcada pela urgência. A eficiente contenção dos riscos exige uma atuação rápida do Estado. E a agilidade da atuação que se espera do Estado entra em conflito com uma outra exigência que se faz também por parte do Estado que é a instauração do processo com todas as garantias que confere a Constituição Federal de 1988. Sergio Moccia, em importante reflexão acerca do tema, aduz que:

No atual momento histórico tem se consolidado, em âmbito legislativo, mas igualmente na práxis, um *habitus* de caráter emergencial recorrente desde suas origens, ligado a graves e difundidas formas de criminalidade – terrorismo, criminalidade organizada, criminalidade econômica, ecocriminalidade, corrupção, mas também rapinagens cometidas por autores geralmente marginalizados – as quais despertam preocupação em relação à defesa dos direitos do indivíduo: em realidade, põem-se fortemente em discussão as garantias individuais fundamentais⁸⁷.

Efetivamente, a exigência penetrou o Processo Penal, de modo que tornou as garantias de verdadeira expressão civilizatória em empecilho que deve ser contornável para a aplicação do *ius puniendi*. Punir um acusado conforme manda as diretrizes garantistas tem um custo alto para esses países em crise. Assim, pode-se perceber na legislação e na jurisprudência o patrocínio de alguns institutos que procuram burlar o processo legal garantista e estabelecer uma via paralela aos ditames constitucionais.

⁸⁷ MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 41-54, jan./fev. 2013. p. 42.

Todas essas situações fomentadas pela emergência e a falta de estrutura do Estado para enfrentar as mudanças pelas quais se veicula o risco transforma o saber penal em um sistema simbólico, engendrado para uma atuação de fachada. Esse expediente, em geral, objetiva ignorar as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, oportunizando uma hipótese de proteção a segurança social através da criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais⁸⁸. Trata-se, efetivamente, do alargamento do poder punitivo com viés de controle de riscos.

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas, passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo⁸⁹. Não é de se estranhar que os crimes envolvendo complexos grupos econômicos e empresas têm aumentado vertiginosamente.

A dogmática penal acompanha o desenvolvimento da sociedade como um todo. Nesse sentido, as transformações sociais experimentadas nas últimas décadas penetraram de modo efetivo nas ciências penais, sendo possível perceber o domínio do paradigma do risco tanto em matéria de política criminal, quanto na teoria da pena⁹⁰.

Acerca desse dilema que avança nas ciências penais, Alflen pondera que o Direito Penal está passando da formalização e da vinculação aos princípios valorativos a uma tecnologia social e paulatinamente vai se convertendo em um instrumento político de manobra social. Assim, o problema atual é a luta contra um Direito Penal inspirado pelas modernas teorias sociológicas, orientadas segundo um modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido naquilo que se convencionou chamar Direito Penal do Risco⁹¹.

A força do fenômeno do risco põe o Direito Penal em marcha de expansão, gerando a relativização dos princípios fundamentais de garantia do cidadão frente ao poder punitivo estatal, em busca da segurança pública considerada valor fundante nessa

⁸⁸ DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6154>. Acesso em: 8 set. 2017.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito penal*. p.13.

⁹⁰ PRITTWITZ, Cornelius. Societá del rischio e diritto penale, 2004. P. 375. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi. (Org.) *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica dela Sccuola di Francoforte*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 375.

⁹¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004. p. 12.

sociedade. A insegurança que a crise gera, coloca os agentes públicos em emergência, que por sua vez buscam compensações impensadas e de curto prazo.

Essas medidas em âmbito legislativo se desvelam a partir de uma tendência à tipificação aberta, de conteúdo casual e improvisado, em uma tentativa de abarcar várias condutas com penas desproporcionais gerando um Direito Penal simbólico. Roxin, em seus apontamentos, leciona que:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "Direito Penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais⁹².

Hassemer, em suas ponderações sobre o tema, relata que as leis penais estão vinculadas de uma ou de outra forma a efeitos simbólicos⁹³. Exemplo disso é que mesmo em uma norma incriminadora de homicídio, o legislador leva consigo certa esperança preventiva de fortalecer o respeito à vida humana⁹⁴.

O autor classifica uma série de formas simbólicas que aparecem nas normas: a) Leis de declaração de valores sociais, como o caso do aborto; b) Leis com caráter de apelação moral, como por exemplo, as normas que protegem o meio ambiente, que tem a finalidade de dotar o cidadão de consciência ecológica; c) Leis de administração de crises, por exemplo as leis de terrorismo, que procuram transmitir segurança e reduzir o medo da sociedade quanto aos riscos advindos deste crime; e d) Leis que expressam compromissos assumidos pelo Estado, como é visto nas cláusulas gerais de Direito Penal que veiculam uma necessidade de atuação estatal⁹⁵.

O autor afirma que o Direito Penal simbólico tem sentido somente em um Direito Penal orientado às suas consequências. Fala-se em simbólico, pois trata-se de um Direito Penal no qual o legislador realiza através da norma outros objetivos que não necessariamente os descritos pela própria norma⁹⁶.

⁹² ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 569.

⁹³ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991. p. 25.

⁹⁴ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. p. 29.

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. p. 30.

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. p. 31.

Hassemer consagra algumas características que podem ser notadas nessa perspectiva pós-moderna do Direito Penal. O penalista alemão refere que esta visão das ciências penais favorece determinados campos de reforma, em detrimento de outros. O interesse do legislador está voltado a reformas da parte geral do Direito Penal e da Execução Penal, deixando em segundo plano as demandas por reforma nas penas e medidas de segurança, que não se encontram no cerne do interesse político criminal. As reformas próprias do simbolismo penal são sustentadas e defendidas no âmbito do direito processual penal através da aceleração e facilitação do processo⁹⁷.

Por outro lado, Hassemer consagra que existem dois instrumentos que são levados a uso para a ampliação da extensão do poder de punir estatal. O primeiro é a elaboração de normas penais que protegem bens jurídicos universais, Hassemer, inclusive, afirma tais normas visam à proteção das instituições e somente de modo indireto protegem os cidadãos. Por isso mesmo aparece um segundo instrumento que a política-criminal do Direito Penal simbólico consagra é a ênfase nos crimes de perigo abstrato, ou seja, crimes que não há vítimas materialmente definidas, em geral estabelecendo diretivas normativas⁹⁸.

Em crítica aos pressupostos aventados, o Direito Penal Simbólico transforma o Direito Penal em *sola ratio*, vez que a resposta estatal não está mais ligada a um fato pretérito e sua punição, mas principalmente está voltado a controlar e dominar o futuro, firme na orientação de cumprimento de normas. Tais problemas que levam a uma execução deficiente e a expectativa de que o Direito Penal seja restrito a funções simbólicos em si⁹⁹.

Paulo de Sousa Queiroz corrobora essa perspectiva, aduzindo que o fenômeno do simbolismo penal se torna cada vez mais claro nas legislações, na medida em que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, pretende difundir na comunidade uma falsa impressão de segurança jurídica, para além da intenção de efetivamente prevenir e reprimir a criminalidade¹⁰⁰.

Isto importa diretamente na missão do juiz criminal, ao qual cabe encontrar o ponto de equilíbrio entre a violência do comportamento delituoso e a violência da própria norma penal. Sendo que a crescente produção de leis penais que se pode

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. p. 59.

⁹⁸ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. p. 60.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 28.

¹⁰⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 74, p. 09., jan. 1999. p. 09.

ressaltar no contexto do Direito Penal simbólico dificulta a atividade decisória mais ajustada aos princípios e normas constitucionalmente fundamentadas.

No que se refere aos custos suportados por todos, tem-se que essas medidas levam a corrupção do Processo Penal clássico, vez que se torna cada vez mais custoso em termos de tempo e dinheiro. Passa-se, assim, ao domínio dos acordos de colaboração premiada no Processo Penal¹⁰¹.

Pode-se notar que mecanismos como interceptações telefônicas ilegais e quebras de sigilo bancário feitas por órgãos administrativos sem observância dos ditames legais e a utilização desmedida da técnica das leis penais em branco¹⁰² são instrumentos a serviço da administração pública de um Direito Penal preocupado com a neutralização desse complexo distúrbio moderno.

O Direito Penal Emergencial trouxe consigo o Direito Processual Emergencial¹⁰³, exigindo do Poder Judiciário a mesma atuação emergencial, abrindo mão do rigor formal do Processo Penal, em troca da responsabilização a qualquer custo do agente. O que se nota é que essa emergência a curto prazo pode até mesmo trazer algumas respostas à sociedade, porém a custo de ruir os maiores ganhos civilizatórios na limitação ao poder de punir.

O mesmo se nota a contrário senso, ou seja, medidas emergenciais descriminalizadoras ou despenalizadoras, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário e o sistema carcerário, favorecendo a não punibilidade de condutas graves. Ainda temos medidas premiaias que concedem benefícios ao delinquente quando há colaboração processual efetiva, desassociação das organizações criminosas, entre outras, dispostas de forma vaga e indeterminada, deixando ao arbítrio do julgador concedê-las ou não, servindo de moeda de troca entre o Estado e o Réu.

Assim, o chamado Direito Penal Emergencial apresenta-se como solução para os problemas que a nova criminalidade expõe, produzindo uma resposta sensível à sociedade. Porém, o que ocorre é que o Direito Penal Emergencial não enfrenta o cerne da questão, que são os problemas estruturais da sociedade, os problemas políticos, e a falta de investimento na investigação policial.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. p. 61-62.

¹⁰² Importante ver as ponderações de Pablo Alflen quanto à utilização das leis penais em branco. In: ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004. p. 56.

¹⁰³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 6; Também em: FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra. 2010. p. 60.

No caso brasileiro, o problema se reflete no encarceramento em massa, sendo que os dados do Departamento Penitenciário Nacional¹⁰⁴ consagram o país como a terceira maior população carcerária do mundo, com aproximadamente 726 mil pessoas privadas de liberdade¹⁰⁵. O Brasil supera países como Rússia, México e Índia, apresentando cerca de 40% de presos provisórios.

Os estudos apontam que dentre os crimes que mais geram prisões estão o tráfico de drogas com 28% da população carcerária total, junto aos crimes de roubos e furtos com 37%. Homicídios e demais crimes que representam aproximadamente 11% dos presos. Esses números desvelam uma série de disfunções da sociedade brasileira. Da totalidade dos presos, cerca de 55% dos encarcerados têm entre 18 anos e 29 anos. Aspectos que são relevantes ao apontar o problema do encarceramento do jovem com baixo acesso à educação, uma vez que 75% da população prisional sequer alcançou o ensino médio. O problema se agrava quando se constata que 64% dos presos são negros, residentes em sua maioria em estados do norte e nordeste do país.

Em relação às mulheres, os dados apontam que existem cerca de 45 mil presas no Brasil. Desse total, desponta outra vez o problema da política de drogas no país, vez que cerca de 62% das presas estão relacionadas ao crime de tráfico de drogas. No que tange ao poder punitivo aplicado no âmbito dos adolescentes. Na realidade brasileira entre 1996 e 2015, tem-se que cresceu 443% o número de jovens privados de liberdade em termos relativos à quantidade de jovens no país, o que supera o crescimento da população carcerária adulta no mesmo intervalo em 243%¹⁰⁶. Em dados mais recentes (2016), o Levantamento do SINASE indica um total de 26.450 adolescentes e jovens em atendimento socioeducativo, sendo 18.567 em medida de internação (70%), 2.178 em regime de semiliberdade (8%) e 5.184 em internação provisória (20%).

Com efeito, a política criminal posta em marcha em meio à chamada sociedade do risco reflete o simbolismo do Direito Penal. Esse processo coloca um perigoso questionamento aos pilares modernos face à incapacidade prática do Estado de garantir a segurança dos cidadãos. Cabe ressaltar que essa política criminal vale-se de

¹⁰⁴ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Levantamento Anual Sinase 2016. Coord. de Ricardo P. Costa et al., Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, disponível em «https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/marco/Levantamento_2016Final.pdf», último acesso em 24 mar. 2019.

¹⁰⁵ BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: *INFOPEN*. Atualização - junho de 2016/organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa (et al.) – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

¹⁰⁶ CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018. p. 17.

mecanismos alternativos ao Processo Penal clássico, consagrado sob o enfoque do princípio matriz do Devido Processo Legal. Daí falar-se em uma política criminal negocial, enquanto mecanismo alternativo ao devido processo legal, que atende às demandas da sociedade por punições céleres e duras.

Esse fenômeno explica o porquê da *plea bargaining*, própria do Processo Penal norte-americana, ter adentrado com vigor nas legislações de diversos países ao redor do mundo e ensaia sua influência na legislação brasileira. A título de exemplo, alguns países europeus têm admitido a constitucionalidade da justiça negocial. A Corte Constitucional Alemã e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos admitiram o uso da barganha em âmbito processual penal. De igual modo, a Corte Constitucional Italiana, também tem reconhecido a constitucionalidade do *patteggiamento*, equivalente ao *plea bargaining* no país.

A tendência à abreviação do Processo Penal, com soluções negociadas entre o acusador e o réu, torna-se expressão das respostas simbólicas que o Estado dá às emergências que não pode combater. Os riscos impostos pela sociedade do risco expõem as mazelas históricas dos Estados contemporâneos, vez que os crimes atingem um patamar de complexidade que somente seriam combatidos com décadas de desenvolvimento e aprimoramento da investigação criminal e do fortalecimento do Processo Penal e todas as suas garantias. Além disso, as instituições que interferem no poder punitivo deveriam cultivar uma cultura garantista e democrática, de fortalecimento de uma atuação pautada pelo zelo as regras do jogo. Contudo o que ocorre é que os agentes estatais se veem diante de um novo ciclo de mudanças, procurando às presas respostas rápidas e enérgicas para a crise dos mecanismos de repressão e controle da criminalidade.

O ímpeto de reprimir a criminalidade de forma mais rápida e eficaz acaba por limitar as garantias processuais fundadas na tradição liberal do Direito Penal. Essa redução dos níveis de legalidade, com o inevitável aumento dos níveis de informalidade, marca a volta das formas de processo pré-modernas, desvirtuando o equilíbrio entre verdade substancial e verdade processual, daí Baratta dizer que o processo cria a prova, o processo cria o crime e o processo é a pena principal¹⁰⁷.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, jan/mar, 2000. p. 12.

Interessante, por conseguinte, desenvolver uma reflexão sobre como a política criminal interfere no direito de punir do estado e como as emergências e riscos adentram no Processo Penal, fazendo com que os operadores do direito fomentem mecanismos alternativos ao clássico Processo Penal. Esse impacto das mudanças impõe o alargamento do poder punitivo, cabendo, portanto, um olhar crítico para desenvolverem-se hipóteses alternativas de fortalecimento do Estado Democrático de Direito através do respeito ao Devido Processo Legal.

2.3 A barganha processual como mecanismo alternativo voltado à administração dos riscos

As clássicas garantias político-criminais constantemente são desafiadas por mecanismos que buscam atender às emergências da época. Com propriedade, Pablo Alflen alerta que a sociedade se vê desafiada por uma nova onda de riscos que afetam os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal¹⁰⁸.

O terrorismo, a onda de violência surgida da guerra às drogas e a criminalidade das grandes cidades são exemplos claros da expansão desse risco que deve ser controlado pelos órgãos executivos de política criminal. Aspecto basilar e determinante em relação ao tema na sociedade do risco é a questão da repercussão dos fins político-criminais no direcionamento do agir estatal.

A influência dos critérios de política criminal sobre a estruturação do sistema jurídico-penal vem se revelando como sintoma das mudanças nas ciências penais¹⁰⁹. A política-criminal surge, nesse contexto, como uma ciência transistêmica em face do Direito Penal positivo. Sua função última consiste em servir de padrão crítico e em oferecer um critério de determinação dos limites da punibilidade¹¹⁰. Nos dias de hoje, diante das novas e complexas exigências, a política criminal orienta não apenas a dogmática, sendo possível notar também seu predomínio no âmbito da chamada ciência conjunta do Direito Penal¹¹¹.

¹⁰⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. p. 55.

¹⁰⁹ Posição encontrada nas obras de ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2000. Também em: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

¹¹⁰ MASI, Carlo Velho. A funcionalização do direito penal a partir de critérios de política criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 270, p. 18-19., mai. 2015. p. 18

¹¹¹ Nesse sentido, von Liszt entende o problema do delito como uma realidade complexa, onde a única maneira de compreendê-lo é levando em conta os conhecimentos que apontam a política criminal e criminologia. Fala-se de uma ciência total de Direito Penal, integradora de todas as disciplinas que

Não se nega que a integração entre os elementos do saber penal permite uma dinâmica funcional, pois é notória a necessidade de um maior diálogo entre as ciências jurídico-penais. Os fenômenos contemporâneos forçam uma integração do pensamento sistemático com a realidade e a praticabilidade¹¹².

Ocorre que, o fenômeno experimentado na realidade jurídica tem a ver com a utilização de políticas criminais que visam a combater os riscos e emergências legitimantes que desafiam a sociedade contemporânea. Essas políticas englobam mecanismos alternativos ao princípio do Devido Processo Legal, enquanto paradigma do Estado Democrático de Direito.

A influência das decisões valorativas de política-crime no sistema do Direito Penal comunica uma insegurança quanto aos critérios dessa relação¹¹³. Pragmaticamente, os agentes estatais, na atualidade, têm o poder de definir o que é o Direito Penal de acordo com seus projetos e estabelecer certos caminhos para se chegar ao fim pretendido.

Pode-se dizer que a primeira definição de política criminal deve-se a Feuerbach, em 1803, que trata a política criminal como o conjunto de métodos repressivos com os que o Estado reage contra o crime. O célebre penalista concebe a política criminal como o conteúdo sistemático de princípios – garantidos pela investigação científica das causas do delito e da eficácia da pena, segundo os quais o Estado dirige a luta contra o delito, por meio da pena e de suas formas de execução¹¹⁴.

Com base nas primeiras lições sobre a política criminal, os penalistas trataram de delinear o campo de atuação desse ramo das ciências penais, visto que gradativamente concentraram-se maiores atenções na sistematização da política criminal. Zuñiga Rodrigues destaca que a política criminal apresenta as características básicas de qualquer atuação política, ou seja, é o conjunto de estratégias para determinado fim¹¹⁵. Trata-se de um conjunto de estratégias, instrumentos, modelos para conseguir um determinado fim. Assim, se o ponto fundamental de partida de toda atuação política, que constitui o fim geral da política criminal não pode ser obtido de

servem para estudar o fenômeno delitivo. von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1988, p. 62.

¹¹² AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2017. p. 256.

¹¹³ MASI, Carlo Velho. *A funcionalização do direito penal a partir de critérios de política criminal*. p. 18-19.

¹¹⁴ von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1988, p. 62.

¹¹⁵ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. Salamanca: Colez, 2001. p. 23.

forma consensual, dificilmente se poderá chegar a um acordo dos instrumentos para levá-la a cabo¹¹⁶.

Para a autora o fim geral da política criminal é a realização material dos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições. O saber do Estado de Bem-Estar Social das sociedades europeias pós-modernas propõe que o Estado deve intervir para a realização de direitos distributivos e assistenciais. A intervenção judicial se orienta desde fins de integração social, atuando predominantemente sobre os desequilíbrios ou os riscos sociais que puderam por em perigo a estabilidade social. O saber jurídico em geral, configura-se como os últimos tempos como um conhecimento útil, efetivo e funcional para a estabilidade do sistema social¹¹⁷.

Zipf, por sua vez, define que a política criminal se refere à determinação do fato delituoso cometido e a função da justiça criminal como consequência de um determinado modelo de regulação neste campo (decisão fundamental político-criminal)¹¹⁸. Trata-se de um setor objetivamente delimitado da política-jurídica geral: é a política-jurídica no âmbito da Justiça Criminal¹¹⁹. Na mesma linha de Zipf, Delmas-Marty conceitua política criminal é o conjunto de métodos com que o corpo social organiza as respostas ao fenómeno criminal¹²⁰.

Outrossim, Zuñiga Rodriguez separa duas situações relacionadas à política criminal. Os Estados que respeitam limites dos princípios e garantias na intervenção Estatal, baseados em respeito aos direitos fundamentais, atuam legitimamente e realizam uma política criminal democrática. Já aqueles Estados que não respeitam esses direitos e garantias fundamentais, através de sua atuação política buscam a legitimação da intervenção punitiva e realizam uma política criminal autoritária¹²¹.

A política-criminal ganhou então uma função inteiramente nova e muito mais relevante. De ciência que interessava somente ao legislador interessado no fomento às reformas, passou a definir os próprios limites de punibilidade e ao interesse dos juristas¹²². Lógica que se estende ao Direito Processual Penal, de modo que se mostra

¹¹⁶ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. p. 24.

¹¹⁷ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. p. 30-31.

¹¹⁸ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. p. 23

¹¹⁹ ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. trad. Izquierdo Macías-Picavea, Madrid: Edersa, 1979. p. 3-4.

¹²⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos actuales de Política Criminal*. Trad. Marino Barbero Santos. Madrid: Centro de Publicaciones Secretaria General Tecnica Ministeria de Justicia. 1986. p. 19.

¹²¹ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. p. 28.

¹²² AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2017. p. 260.

cabível a influência das valorações de política criminal na própria elaboração normativa¹²³. Figueiredo Dias, desse modo, defende a exigência de um Processo Penal funcionalmente orientado como realização de justiça de modo célere e eficiente, fortalecendo o Estado de Direito e a confiabilidade nas instituições públicas¹²⁴.

A prevenção da delinquência enquanto objetivo fundamental do sistema penal e do controle social em geral vem a constituir o eixo da política criminal moderna. Se a política criminal é a disciplina que estuda quais são os mecanismos mais idôneos para fazer frente a uma determinada criminalidade, desde o ponto de vista preventivo e não somente repressivo e que para selecioná-los se elege uma série de princípios que se derivam das características do Estado Social e Democrático de Direito¹²⁵.

O Estado tem a missão de aplicar a pena, respeitando os princípios basilares da república. Todavia, um processo que respeite as garantias político-criminais do acusado frente ao poder punitivo estatal tem se mostrado moroso e excessivamente oneroso ao Estado¹²⁶, de modo que a tendência internacional é a utilização de mecanismos alternativos ou de abreviação ao Processo Penal clássico.

Vale destacar que o paradigma do Devido Processo Legal impõe algumas responsabilidades ao Estado na busca por aplicar o Poder Punitivo, sobretudo no que tange ao ônus probatório. Ao Estado incumbe a missão de produzir provas para embasar sua pretensão punitiva, restando ao acusado o direito de não se auto incriminar, isto porque a lógica do Estado Democrático de Direito expõe que se procura evitar castigar inocentes, mesmo que eventualmente seja posto em liberdade algum indivíduo culpado. E isso é cada vez mais problemático no contexto dos crimes contemporâneos.

A fragilidade econômica dos países latino-americanos faz com que o Estado não tenha condição muitas vezes de produzir provas no Processo Penal, principalmente em delitos mais complexos como os delitos de natureza econômica ou política. Essa emergência legitima o Estado a afastar-se do Devido Processo Legal e lançar mão de

¹²³ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador*. p. 257.

¹²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37.

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* p. 63.

¹²⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 28.

alguns mecanismos alternativos que visam burlar a regra constitucional¹²⁷. Trata-se de chegar ao fim almejado sem passar pelo caminho previsto e correto para o exercício legítimo do direito de punir.

Os delitos de repercussão econômica, em geral, sempre estiverem ligados a grandes grupos econômicos e tradicionais correntes políticas. Essa sintonia criminosa há muito atua nos bastidores do poder na república brasileira, porém de alguns anos para cá se formou uma corrida punitivista para estancar essa mal. Despertou-se nos agentes públicos um tardio alarde diante dos prejuízos que a falta de controle desses grupos criminosos causou. Tais emergências que legitimam a atuação estatal atingiram diretamente a confiança dos cidadãos nas instituições. A sensação de insegurança impulsionou os agentes estatais a oferecer respostas céleres e contundentes acerca da questão.

Contudo, a histórica falta de investimento estatal em inteligência na investigação, fortalecimento das garantias no Processo Penal e aparelhamento dos agentes de segurança colocou o poder judiciário diante de um grave problema. De um lado, desvelaram-se os crimes complexos que a sociedade contemporânea sob o paradigma do risco apresenta; e, de outro lado, os mecanismos de investigação pensados para conter os crimes estavam tão pouco desenvolvidos que não fariam jus ao desiderato de segurança.

Nesse diapasão, a colaboração premiada veio para preencher a lacuna. O Estado-acusador percebeu que diante dos défices estruturais, sobretudo no que tange a sua capacidade de produzir provas no Processo Penal, o poder negocial surge como um mecanismo poderoso e eficiente. Uma porque esconde os problemas do próprio Estado na persecução penal, à medida que fica a cargo do colaborador indicar os delitos, os autores e as respectivas provas, e outra porque traz celeridade à persecução, vez que abrevia o Processo Penal.

O instituto da colaboração premiada, efetivamente, é um fenômeno global. Trata-se de uma tendência que aproxima os países do utilitarismo norte americano. Poucas legislações sobreviveram à investida da negociação no Processo Penal. Ferrajoli diz que esse Direito Penal diferenciado traz no seu bojo o crescimento da discricionariedade nas fases *ante* e *post indicium*, segundo módulos transacionais, prêmios aos arrependidos e outras especificidades¹²⁸.

¹²⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 73-74.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. p. 758.

Os influxos negociais são vistos como uma legislação de emergência sob o pretexto de promover maior eficiência criminal no trato com a criminalidade organizada. Contudo, o limite da integração funcional entre Direito Penal material e o processual são os princípios garantísticos, vez que o fim do Direito é o respeito à dignidade humana¹²⁹. Ou seja, a política criminal esta submetida ao sistema jurídico-constitucional¹³⁰.

A história ensina que os conflitos que não terminaram em genocídio se solucionaram pela negociação, que pertence ao campo da política¹³¹. No plano processual, o juízo se tornou extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para as pessoas de escassos recursos.

Pode-se notar que mecanismos como interceptações telefônicas ilegais, quebras de sigilo bancário feitas por órgãos administrativos sem observância dos ditames legais e a utilização desmedida da técnica das leis penais em branco¹³² são instrumentos a serviço da administração pública de um Direito Penal preocupado com a neutralização desse complexo distúrbio moderno.

Nesse sentido, a busca pela flexibilização do processo, aderindo a meios alternativos ao rígido ônus probatório, impulsiona a aceitação da técnica de barganha no Processo Penal, a qual vem ganhando cada vez mais notoriedade. Cabe ressaltar que o fenômeno não é novo: a novidade reside em seu desvelamento e sua extensão, sobretudo nos processo que envolvem a economia, tributos e tóxicos¹³³.

Hassemer aponta que os princípios e as regras do Direito Processual Penal exigem muito do juiz criminal e dos outros profissionais participantes no Processo Penal, porém são necessários. Deve-se ver que, segundo o autor, por que os princípios e regras exigem demais dos atores do processo estão sujeitos a meios alternativos que hoje são trazidos com maior insistência e contam com maior adesão, sobretudo na práxis. Para Hassemer, a *bargaining* ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de parques recursos. Por essa via, o Processo

¹²⁹ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador*. p. 259.

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 35.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. p. 17.

¹³² Importante ver as ponderações de Pablo Alflen quanto a utilização das leis penais em branco em ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. p. 56.

¹³³ HASSEMER, Windfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 236.

Penal acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (Ministério Público)¹³⁴.

O jurista alerta para os perigos que o chamado “*deal*”, “*compromisso*,” “*acordo*” ou “*gentleman’s agreement*” pode causar em longo prazo para aqueles princípios e regras que garantem a proteção dos participantes do processo, atentando ao fato de que “aquele acusado que pode pagar um bom defensor e na situação é notável a proposta de compromisso com a justiça, pode criar expectativas em relação a conclusão informal de sua causa”¹³⁵.

O *plea bargaining*, instituto consagrado na *common law*, pode ser conceituado como uma espécie de acordo negociado entre o Ministério Público e o acusado, no qual o acusado confessa o crime, delatando os comparsas ou entregando informações quanto ao *modus operandi* da organização criminosa em troca de benefícios que variam desde a redução da pena até o perdão judicial.

Cumprе destacar que mesmo nos Estados Unidos da América (EUA), onde a justiça negociada é tradicionalmente utilizada, o instituto sofre pesadas críticas. John Langbein, em obra intitulada “Torture and Plea Bargaining”, trata das semelhanças da barganha com a técnica de tortura:

Nossa lei de barganha não só recapitulou muito da loucura doutrinária da lei da tortura (...), mas também repetiu o principal erro institucional da lei da tortura. A negociação de argumentos concentra o controle efetivo do processo criminal nas mãos de um único agente¹³⁶.

Ainda em relação à analogia com a tortura, Langbein destaca que:

(...) nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, ossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se

¹³⁴ HASSEMER, Windfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. p. 62.

¹³⁵ HASSEMER, Windfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. p. 234-235.

¹³⁶ Tradução livre: “Our law of plea bargaining has not only recapitulated much of the doctrinal folly of the law of torture (...) but it has also repeated the main institutional blunder of the law of torture. Plea bargaining concentrates effective control of criminal procedure in the hands of a single officer” In LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, 1978. p. 17-18.

recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo.

A *plea bargaining* representa uma manifestação de oportunidade pura na forma de consenso entre duas partes, acusação e defesa, com controle judicial dirimido¹³⁷. Schünemann critica o modelo negocial, aduzindo que se trata de uma ficção, pois representa uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador. Em realidade seria como um “contrato de adesão” devido a ausência de paridade de armas, vez que presente a submissão do réu a partir de uma lógica de redução de danos, visando a evitar os riscos do processo¹³⁸.

Nos EUA, estudos apontam que de 80 a 95% das soluções dos delitos envolvem a *plea bargaining*¹³⁹, o que leva a casos extremos em que o acusado cumpre pena sem que haja toda a produção probatória mediante contraditório no Processo Penal, bastando a homologação de um acordo. Com base nesses dados, Nereu Giacomolli aduz que no sistema da *plea bargaining*, tudo é possível: a negociação praticamente não encontra barreiras. O acusador até mesmo tem a faculdade de alterar a qualificação jurídica dos fatos, devido ao reconhecimento da culpabilidade por um tipo penal menos grave. Todavia, leciona o autor, que o Ministério Público não é obrigado a negociar com a defesa, tendo a sua disposição amplas faculdades para acusar, como também para oferecer benefícios a serem acordados com o acusado (por exemplo: acordar sobre o local do cumprimento de penas, a exclusão da acusação contra familiares ou amigos, não considerar os antecedentes penais do acusado, etc.)¹⁴⁰.

Argumentos de ordem ética e moral também são ressonantes quanto à aceitação por parte do Estado de “antivalores”¹⁴¹ da vida em sociedade, como o incentivo à traição em que o delator incorre perante seus comparsas. Do mesmo modo, com a imposição da renúncia ao direito ao silêncio do réu, já que a confissão é o pressuposto para a negociação de colaboração processual.

¹³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

¹³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013. p. 257.

¹³⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. In LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. II. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 274.

¹⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. p. 41.

¹⁴¹ A expressão é de Luiz Flávio Gomez em GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 320

Alguns argumentos que podem resumir com propriedade a ideia dos críticos é o pensamento da dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant, jurista que deu início de uma construção racional do que possa ser entendido por dignidade humana universal. Embora ainda a concepção teológica influenciasse o pensamento da época, a ideia de Kant completa o processo de Secularização:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim¹⁴².

Kant ainda aponta que o conceito de dignidade não permite qualquer equivalência, devendo ser concebido como um princípio que não se pode graduar, pois “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”¹⁴³.

Luigi Ferrajoli destaca que o sistema da *plea bargaining* é totalmente ideológico e mistificado, fruto de uma confusão entre o modelo acusatório e as características concretas do sistema acusatório americano, representando uma fonte inesgotável de arbitrariedade, uma vez que o processo se converte em uma exceção, na medida em que muitos imputados inocentes preferem-se declarar culpados a se submeter aos custos e riscos do processo¹⁴⁴.

Ademais, a crítica que a doutrina aponta é que a degeneração do sistema processual acusatório conforme se conhece de forma clara e inequívoca o saber e a razão serão substituídos pelo poder de barganha atribuído ao Ministério Público. Nas palavras de Ferrajoli, “o processo é transformado num luxo reservado àqueles que estão dispostos a arcar com os riscos e os custos”¹⁴⁵.

Outro fato relevante é a tentativa de burlar o requisito de voluntariedade dos colaboradores através da intimidação através de prisões processuais. Atenta-se ao fato de que a prisão preventiva e as demais medidas cautelares diversas da prisão são decretadas, segundo a legislação processual vigente, pelo juiz observando-se a

¹⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68

¹⁴³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. p. 77.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. p. 747.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. p. 748.

necessidade da instrução criminal, ante relevante risco à produção de prova¹⁴⁶. Entretanto, são crescentes as críticas em relação à utilização da prisão processual como mecanismo para obter a colaboração premiada. Tem-se que incompatível com o sistema acusatório a utilização desses tipos de prisões cautelares como mecanismo para obter determinada prova¹⁴⁷.

Nesse sentido, o instituto da colaboração premiada torna-se uma celeuma de difícil contorno. Não se pode deduzir da mera disposição de não colaborar uma suposta atitude de ocultação, ou obstrução da instrução criminal legitimadora da prisão provisória¹⁴⁸. A prática da negociação nos tribunais pátrios pode flertar com a inquisitorialidade, colidindo com o Devido Processo Legale seus corolários, o direito a defesa, ao silêncio, o que torna essa prisão processual um mecanismo análogo a uma espécie de tortura.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclusive considera que o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo se inserem na clausula constitucional do devido processo legal¹⁴⁹. Em suma, conclui Sanguiné que: “somente é legítima a prisão cautelar como meio de proteção passiva da prova e não como mecanismo ativo para obter prova¹⁵⁰”.

Por esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal considerou, recentemente, não recepcionada pela Constituição Federal a condução coercitiva para interrogatório, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, em virtude do direito ao silêncio e da garantia constitucional contra a autoincriminação¹⁵¹. O Ministério Público deve compreender a prisão processual não como uma oportunidade de obter confissão (*guilty plea*) ou cooperação dos acusados¹⁵².

¹⁴⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 239-240.

¹⁴⁷ SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. p. 515-516.

¹⁴⁸ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada. In: *Crise no Processo Penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN; Diogo Rudge; MADURO, Flavio Mirza. Orgs. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 332.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99.289/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009; STF, HC 99.289/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.06.2009; Med. Cautelar em HC 91.478-1/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.05.2007; Med. Cautelar em HC 91.477-2/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.05.2007;

¹⁵⁰ SANGUINÉ, Odone. *A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada*. p. 333.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 395/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 13 e 14.06/2018; ADPF 444/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13 e 14.06.2018.

¹⁵² KLEIN, Douglas J. *The pretrial detention “crisis”: the causes and the cure*. Chicago: Urb. & Contemp., 1997. p. 302.

Em regra, a prisão processual é medida excepcional, quando resta comprovada a necessidade de preservação de determinada prova ou quando há o receio de que o acusado venha a fugir ou reiterar a prática delitiva. A citada Lei de Organização Criminosa traz como requisito inafastável da validade da colaboração premiada a voluntariedade por parte do colaborador.

No que tange a prisão temporária, Malan crítica o uso do instituto como estratégia de coação física e psicológica, referenciando que a decretação de uma prisão temporária pode prestar-se ao fim da extorsão da confissão ou delação premiada do investigado, sob a ameaça de uma possível prorrogação da medida¹⁵³.

Aury Lopes Júnior adverte que tudo se torna mais difícil para aquele réu que não aceita o “negócio”. A acusação formal é utilizada como instrumento de pressão, à medida que solicita penas pesadas, junto ao pleito de figuras mais graves do delito, ainda que sem qualquer base fática. A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a segurança do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente¹⁵⁴.

Em suma, a doutrina penal tem envidado esforços para alertar quanto ao uso indiscriminado da prisão processual como método de forçar o réu a ser um colaborador premiado. Mesmo do ponto de vista da previsão legislativa, a negociação entre acusador e réu preconiza que seja respeitado o requisito da voluntariedade, vez que o réu não pode suportar a ineficácia do Estado em produzir as provas de sua condenação. Assim, é preciso que se respeite as regras do jogo, para se punir respeitando o Estado Democrático de Direito.

Com razão, não são poucas as críticas que a doutrina move contra a barganha penal. Primeiro que nos casos de organização criminosa, que são os casos em geral em que se nota um protagonismo das negociações, os colaboradores são beneficiados com prêmios previstos em lei, são também criminosos que se valem das suas informações para obter vantagens e escapar dos rigores da lei. Ocorre que a prática forense tem revelado que muitas vezes os réus colaboradores costuram acordos com a acusação fora

¹⁵³ MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 224, 2016.

¹⁵⁴ Prefácio de Aury Lopes Junior na Obra “Barganha e Justiça Criminal Negocial”. In: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.

dos previstos em lei. Sendo que, em outras vezes, a acusação negocia com os réus mesmos abdicarem de seu direito constitucional de recorrer de decisão condenatória.

Outro ponto a se refletir é quanto aos acordos de não persecução penal que o Ministério Público passou a adotar em certos casos de colaboração premiada. Ao criminoso que detém informações preciosas basta recorrer ao Ministério Público quando se vê diante da eminente derrocada de sua empreitada criminosa e entregar provas e nomes em troca de sua imunidade. O sinal que o acusador passa não é no sentido de dar benefícios aquele que se arrepende e decide espontaneamente colaborar, mas sim àquele que sendo mais inteligente que seus comparsas os entrega.

Importante também é se manter um nexos na investigação na hipótese de algum réu em colaboração delatar um terceiro que por sua vez indica outros nomes e assim por diante. A sanha punitivista pode fazer com que se descubra crimes e réus que nada tenha a ver com a questão original, desvirtuando-se o processo e levando a impunidade dos réus mais articulados na estratégia defensiva.

Por outro lado, as opiniões favoráveis ao sistema da *plea bargaining* exaltam sua capacidade de solucionar a maioria dos delitos de forma rápida, repercutindo na eliminação da onerosa produção das provas, o que leva à economia de tempo e de dinheiro. Norberto Avena, a par das críticas que são feitas ao instituto, vislumbra no mecanismo de colaboração premiada um instrumento importante na busca da verdade real, se bem empregado¹⁵⁵. Ao encontro disso, Gabriel Silveira de Queirós Campos preconiza que:

A justiça criminal consensual é reflexo claro de uma orientação político-criminal de intervenção mínima do direito punitivo, preocupada em extrair maior eficácia de todo o sistema penal, e, por conseguinte, propiciar as finalidades de prevenção geral¹⁵⁶.

Geraldo Brindeiro, em suas considerações sobre o tema, aponta que a constitucionalidade do *plea bargaining* foi reconhecida pela Suprema Corte americana, ao julgar o caso *Brady vs. USA*, na década de setenta. Na oportunidade, a Corte americana estipulou os parâmetros para aceitação do acordo, a saber:

¹⁵⁵ ÁVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado* – São Paulo: Método Ed., 2009. p. 497.

¹⁵⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiroz, *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. *Custos Legis: revista eletrônica do Ministério Público*. Vol. 4. 2012. p. 26-36. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012PenalProcessoPenalCamposPleaBargaining.pdf>> Acesso em: 06. nov. 2017.

- a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos;
- b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis;
- c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão;
- d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado ¹⁵⁷.

Alguns países europeus têm admitido a constitucionalidade da justiça negocial. A Corte Constitucional Alemã¹⁵⁸ e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁵⁹ admitiram o uso da barganha em âmbito processual penal. De igual modo, a Corte Constitucional Italiana, desde a Decisão 313, de 1990, também tem reconhecido a constitucionalidade do *patteggiamento*, equivalente à colaboração premiada ou ao *plea bargaining* no país.

Porém, foi na Itália que o instituto do *patteggiamento* foi introduzido com maior efetividade pelo código de Processo Penal de 1988. O acordo de colaboração foi amplamente usado pelo Ministério Público na Operação Mãos Limpas, na investigação de pagamento de propinas para concessão dos contratos do governo envolvendo partidos políticos e a criminalidade organizada.

Cabe ressaltar que foram poucas as legislações no mundo que resistiram às investidas da *plea bargaining* americana. De uns anos para cá, a *plea bargaining* ensaiou sua influência na legislação brasileira. Contudo, foi o rumoroso caso do mensalão (Ação Penal 470) julgado pelo Supremo Tribunal Federal que colocou em voga diversas reflexões que o instituto suscita quando comparado ao *standard* do devido processo legal, elevado à cláusula pétreia pela Constituição Federal de 1988.

Em que pese a Constituição Federal tenha aberto a exceção de permitir acordos no âmbito dos juizados especiais, pouco se utilizou deste expediente em casos mais complexos. A partir do interesse político-criminal que no Brasil despontou após a operação lava-jato, o agir estatal foi direcionado à estancar a criminalidade financeira e política fortemente organizada.

¹⁵⁷ ESTADÃO. Delação premiada e ‘plea bargain agreement’. Disponível em: <<https://canalcienciascriminai.nais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>> Acesso em 03 nov. 2017.

¹⁵⁸ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 1215/07.19/3/2013. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/04/rs20130424_1bvr121507.html>. Acesso em: 07. nov. 2017.

¹⁵⁹ INTERNACIONAL. European Court of Human Rights, Natsvlishvili and Togonidze x Georgia, 9043/05, 29/4/2014. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/10B-Natsvlishvili-and-Togonidze-press-release.pdf>>. Acesso em: 07. Nov. 2017

As repercussões desses crimes com certeza oferecem riscos efetivos para a sociedade contemporânea. Contudo, os agentes que atuam nessas organizações criminosas, diferentes dos criminosos comuns, são pessoas de alto poder aquisitivo, capazes de fazer valer seu poder de barganha na hora de negociar acordos com o ministério público. A questão que se coloca é em relação aos criminosos comuns sem esse staff. Sendo que o processo clássico com todo o meio de defesa a ele inerente iria ficar como privilegio daquele criminoso que tem condições de arcar com os custos de um processo.

Na realidade para além do duvidoso aspecto moral por trás das colaborações, o que importa para o Estado é a celeridade do procedimento, que se mostra muito mais vantajoso para o Estado, vez que há a abreviação do processo, visto que o criminoso abre mão de sua defesa, pois o procedimento importa primeiramente a confissão dos crimes e por vezes a delação dos comparsas, e principalmente, o próprio criminoso alcança os meios de prova para as informações que entregou à acusação.

Trata-se do melhor dos mecanismos para a acusação. Isto porque promove condenações com base em provas que nunca poderia ter produzido, já que nos crimes mais complexos muitas vezes somente os participantes conhecem as informações importantes para o deslinde do caso, e quando se trata de crimes políticos podem fazer voltar aos cofres públicos uma quantidade considerável de ativos desviados.

Pairam incertezas quanto os reais benefícios que este mecanismo pode trazer ao sistema judiciário. Nesse sentido, é possível perceber a proliferação de processos que utilizam como expediente a anterior prisão processual daqueles réus que podem oferecer informações valiosas, para posteriormente forçar o acusado a negociar acordos na colaboração premiada. Tais casos suscitam a análise quanto ao emprego de temor por prisões arbitrárias ou pena desproporcionais como método de intimidação utilizado como política criminal para o desfecho de casos em que o Estado não possui a capacidade para lidar com o rígido ônus probatório que o de Direito reclama.

Não obstante, cabe ressaltar a importância da reflexão: a adoção de uma posição utilitarista do Processo Penal, que tem trazido repercussões ao combate à criminalidade econômica e contra a administração pública merece desenvolvimento ou estes novos mecanismos processuais (mais especificamente a justiça criminal negociada) tendem a relegar a segundo plano todas as garantias fundamentais, tal qual o anterior uso indiscriminado da tortura por agentes estatais.

Contudo, para o Estado Democrático de Direito não basta aplicar penas desprovidas de sentido e finalidades alinhadas com os seus pressupostos. Cada aplicação do direito de punir, sobretudo em crimes complexos, é uma reafirmação dos ideais do próprio estado de direito e dos princípios e garantias do Processo Penal neste contexto. O Estado deve promover justiça com os meios previstos constitucionalmente para fazer-se justiça de modo correto. É necessário punir, porém com os meios corretos de aplicação penal.

Em que pese à negociação oferece breve sensação de segurança para os cidadãos, respondendo de modo rápido aos grandes riscos expostos através dos crimes complexos que a sociedade contemporânea tem enfrentado, a longo prazo, está-se cada vez mais deixando para trás o modelo de Processo Penal constitucional que é a expressão do que de mais caro as correntes iluministas do passado deixaram como legado às novas gerações. E o que de mais importante e civilizador a razão ofereceu á legitimidade do direito de punir.

A crise atual esta gestando um Processo Penal simbólico. Feito para responder o apelo midiático de ordem, segurança e espetacularização do Processo Penal. Basta ver que se o Estado-acusador detivesse o poderio técnico de produzir provas e promover investigações céleres e eficientes jamais se sentaria à mesa com criminosos para barganhar benefícios mútuos.

Antes de reconhecer sua incompetência e partir para alternativas, o Estado deveria promover sua reestruturação completa. Porém, o caso não é tão simples como se expõe. Investimento em inteligência e aparelhamento dos órgãos investigativos requerem orçamento, o que passa por uma reforma tributária efetiva, possibilitando aqueles que arrecadam mais, contribuir mais, pois o interessa de se gozar de segurança é de todos, porem aqueles que detém mais patrimônio estão mais expostos a riscos. Esforços são importantes também no sistema político, uma reforma política que fortaleça os mecanismos de transparência e responsabilização são relevantes, pois além de contribuir com as investigações criminais, possibilitam que os eleitores isolem de maneira natural aqueles que nada acrescentam aos interesses nacionais.

Nota-se que a crise do Direito Penal (e do Processo Penal) são apenas um estágio mais visível da real crise pela qual os Estados Democráticos de Direitos passam na atualidade. Aspectos somente contornáveis com esforços políticos para serem superados. A política criminal negocial em realidade vem como um paliativo para suportar as emergências e riscos que se colocam em meio a essa crise. Por vezes parece

que o mecanismo de negociação se coloca como um avanço nos procedimentos judiciais, havendo até certo entusiasmo por parte de alguns, porém em realidade mais adiante se verá um recrudescimento do poder punitivo experimentado em outras épocas.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA E A PLEA BARGAINING: uma análise comparada dos institutos da Justiça Penal Negociada

3.1 Plea Bargaining: origem, desenvolvimento e aplicabilidade nos EUA

A *plea bargaining*, que atualmente ensaia sua influência em quase todas as legislações pelo mundo¹⁶⁰, traduz-se como essência do sistema judicial americano. Fatores comuns, como a necessidade de uma maior celeridade processual¹⁶¹ ou a maior ênfase no combate ao crime organizado, a partir de diretivas internacionais¹⁶², impulsionam diversos países a adotarem o modelo negocial.

Milton Heumann conceitua a *plea bargaining* como o processo pelo qual o réu abre mão de seu direito ao julgamento em troca de uma redução na acusação ou na sentença¹⁶³. John Langbein, por sua vez, define que ocorre a *plea bargaining* quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpa em troca de uma punição mais leniente do que aquela que a ele seria imposta caso fosse condenado ao final do processo¹⁶⁴. Basicamente, além dos pontos destacados pela doutrina, pode-se dizer que a *plea bargaining* consiste no intercâmbio de concessões por parte do Estado-acusador, cuja contraprestação oferecida pelo acusado, dentre outros fatores, resulta na formulação de uma declaração de admissão de culpabilidade¹⁶⁵.

¹⁶⁰ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. New York: Routledge, 2012. Ver também: TURNER, Jenia I. *Plea bargaining across borders*. New York: Aspen Publishers, 2010.

¹⁶¹ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114. 2017.p. 48.

¹⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado*. Nova York, 15 nov. 2000. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 8 nov. 2018.

¹⁶³ HEUMANN, Milton. *Plea bargaining. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981. p.1.

¹⁶⁴ LANGBEIN, John H. torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978. p. 8.

¹⁶⁵ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, 2001. p. 21-22.

Nota-se que um ponto em comum resulta na invariável renúncia à defesa por supressão de fases do processo, passando-se à imediata aplicação da pena pactuada¹⁶⁶. Tem-se, por conseguinte, que a análise do instituto é primordial para o entendimento de como se desenvolvem as decisões naquele sistema, sobretudo diante da sua crescente e notória expansão.

O procedimento penal norte-americano revela um posterior desenvolvimento da tradição germânica, na qual a vítima ou sua família acusava o autor do crime perante o tribunal do rei. Esse modelo, originariamente tomado da Inglaterra, foi conservado pelos estadunidenses através do desenvolvimento do Departamento de Justiça, enquanto autoridade profissional de acusação¹⁶⁷. As partes, por conseguinte, enfrentam-se perante um tribunal imparcial formado pelo banco de jurados, os quais participam como espectadores da discussão processual e devem decidir sobre a imputação delitiva. Vige, portanto, o sistema adversarial (*adversary system*)¹⁶⁸.

O sistema adversarial (*common law*) apresenta suas peculiaridades que se diferenciam do sistema acusatório (romano-germânico), vigente na maioria dos países europeus e na América Latina. Essas questões implicam diretamente nas negociações entre o acusador e o réu, vez que o peso valorativo que o sistema da *common law* dá para alguns institutos comuns são efetivamente conflitantes com o sistema romano-germânico¹⁶⁹.

A estrutura do processo penal norte americano consagra o entendimento de que há uma margem alargada de liberdade para o estabelecimento de acordos entre o Departamento de Justiça e os profissionais encarregados da defesa dos acusados. Isso porque, o acusado pode prescindir completamente do exame da questão de sua culpabilidade em audiência e com isso também da produção probatória, caso desde o

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 69-70.

¹⁶⁷ O Ministério Público norte americano possui três esferas – federal, estadual e dos condados. Possui atribuições típicas de Ministério Público, além de agregar questões próprias da advocacia ou procuradoria de entes políticos. Na esfera federal é representado pelo United Attorney General, representado em 94 cortes distritais federais, nomeado pelo presidente, com aprovação pelo Senado Federal. No plano estadual, há o Attorney General of the State pelo voto popular e mandato de quatro anos. Por fim, no condado, encontram-se os State's Attorneys, igualmente eleitos para mandato de quatro anos e com atribuições preponderantemente criminais. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104-106.

¹⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal?: ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo??. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A, 1998. p. 417.

¹⁶⁹ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114. 2017. p. 40.

princípio se declare culpado, autorizando-se, desde o momento, a hipótese de acordo sobre cumprimento de pena. Isso tudo apesar da 6ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América garantir aos acusados em processo penal o julgamento perante o tribunal do júri (*jury trials*) para todas as infrações graves, definidas pela Suprema Corte como aquelas passíveis de punição com prisão superior a 06 (seis) meses.

Os principais sujeitos que atuam no Processo Penal representam diferentes frações de poderes e responsabilidades em cada sistema¹⁷⁰. A confissão tem uma grande importância probatória para o tribunal, vez que substitui a determinação de culpa e autoriza a aplicação de pena¹⁷¹. Esse aspecto é primordial no direito processual comparado para uma reflexão sobre a assunção da negociação como mecanismo de resolução dos conflitos no processo penal.

Alschuler relata que desde os primeiros dias da *common law* tem sido possível que um acusado seja condenado através de sua própria confissão¹⁷², embora ainda não houvesse a previsão do instituto da *plea bargaining*. Entretanto, o próprio autor relata que não se pode concluir de modo seguro a ausência de negociação acerca da confissão de culpa (*plea bargaining*) no período, em razão de que os registros estatísticos dos tribunais penais são relativamente recentes na jurisprudência norte americana.

Em realidade, o autor afirma que os tribunais anglo-americanos desalentavam as admissões de culpabilidade. Além de que os poucos registros judiciários dos primeiros anos do século XIX revelam uma taxa baixa de confissões por parte dos acusados¹⁷³. Jeremy Bentham, nesse período, declarou que na prática forense quando um prisioneiro se declarava culpado, o magistrado procurava persuadi-lo a retratar-se¹⁷⁴.

Em *Commonwealth v. Battis* (Massachusetts), julgado em 1804, o réu, acusado dos crimes de sequestro, estupro e homicídio, após assumir a autoria dos fatos (*plea guilty*), foi informado pela corte que o ônus de provar a autoria dos crimes era do Estado, razão pela qual não estava obrigado a assumir a responsabilidade pelos fatos. Porém, o acusado insistiu em confessar os crimes, foi então que a corte encerrou a

¹⁷⁰ LANGER, Máximo. *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal*. p. 39.

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal?: ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo??* p. 418.

¹⁷² ALSCHULER, Albert W. La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, 2001. p. 26

¹⁷³ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 24.

¹⁷⁴ BENTHAM, Jeremy. *Rationale on judicial evidence*. Londres: Hunt and Clarke, 1827. p. 316.

sessão de julgamento, concedendo mais tempo ao acusado para considerar sua admissão. Com o retorno do julgamento, apesar da insistência do réu em declarar-se culpado, procedeu-se a oitiva dos policiais, carcereiros e até do juiz que havia realizado a audiência preliminar, todos indagados sobre possíveis ameaças, coerções ou ofertas ilegais. O juízo também determinou a avaliação de sanidade mental do acusado. No entanto, nenhum sinal de coação ou incapacidade fora auferido. Assim, o *guilty plea* foi finalmente aceito¹⁷⁵.

Langbein aponta quatro indícios específicos sobre a negociação e pactuação de confissão anteriores à guerra civil americana. Por primeiro, em 1845, uma lei autorizava o processamento por caça ilegal ante os juízes de paz. Essa norma autorizava o juiz a condenar o acusado por uma contravenção (caça não permitida) quando confessava, e processar pelo delito de caça ilegal quando o acusado se negava a admitir sua culpa. A norma então premiava aqueles acusados que confessavam¹⁷⁶.

Um segundo indício de confissão negociada surgiu do exame de cinco mil acusações formais do *Home Circuit Assizes*, entre 1558 e 1625. Alguns acusados tiveram sua acusação modificada quando se declararam culpados, casos em que a violação de domicílio com intenção de cometer um delito restava processado por furto. Com a desclassificação dessas imputações delitivas mais graves para outras mais brandas, denota-se a hipótese de existência de negociações sobre culpabilidade¹⁷⁷.

Em 1749, aparece o terceiro indício de confissões negociadas anteriores à guerra civil americana. No caso-paradigma, três imputados acusados do crime de ilegítimo desapoderamento de um barco confessaram a autoria do delito, em troca da acusação por violação de domicílio ou similar com intenção de cometer delitos. Situação mais benéfica do ponto de vista punitivo para os réus, que colaboraram com a acusação.

Por último, o quarto indício surgiu do exame feito nos tribunais ingleses no início do século XIX. A jurisprudência da época revela um procedimento negocial incipiente desenvolvido nos crimes relacionados à moeda falsa. Os dados apontam que quando um indivíduo era acusado dos crimes de falsificação de moeda falsa e posse de moeda falsa com intenção de usá-la para defraudar, a sanção do primeiro delito era pena

¹⁷⁵ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 9.

¹⁷⁶ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 40.

¹⁷⁷ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 41-42.

de morte e do segundo, o desterro para as colônias por alguns anos. Caso houvesse confissão do delito menos grave, ou seja, posse de moeda falsa com a intenção de usá-la para defraudar, o acusado restava livre da pena capital¹⁷⁸.

Langbein refere que até o século XVIII não era necessária a *plea bargaining*, vez que os julgados eram dirigidos por juízes e sem a presença de advogados no direito consuetudinário¹⁷⁹. O incremento do caráter adversarial no processo, bem como as regras de provas introduziram grande complexidade ao processo penal tornou o procedimento regular de conflitos impraticável¹⁸⁰.

O autor aduz que ao remontar o período prévio à segunda metade do século XVIII encontramos que o procedimento de juízo aplicado pelo *common law* demonstrava um grau de eficácia que hoje só pode esperar-se do *plea bargaining*¹⁸¹. O primeiro ponto destacado é a rapidez com a qual se desenvolvia os juízos por jurado. Os juízos eram tão rápidos que entre 12 e 20 casos eram resolvidos no mesmo dia. Em 1794, pela primeira vez, um juízo durou mais de um dia e se encontrou dificuldades para chegar à conclusão da sessão. O acusado não poderia nomear advogado e muito raras vezes havia a figura do advogado de acusação¹⁸².

Estipula-se que até o ano de 1880, no pós-guerra civil, a população dos Estados Unidos aumentou aproximadamente em quinze milhões de pessoas. Nas grandes cidades, as taxas demográficas eram ainda mais expressivas, tendo em vista que 40% da população migraram para os centros industriais¹⁸³. George Fisher, em suas considerações sobre o tema, relata que o crescimento populacional e a migração de trabalhadores para os centros urbanos refletiram no aumento da criminalidade e no aumento de processos criminais. Se um promotor de justiça de Massachusetts cuidava de cerca de 42 casos criminais no ano de 1839, passou a cuidar de 443 casos no ano de 1849¹⁸⁴.

¹⁷⁸ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 43.

¹⁷⁹ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining. Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, A, 2001. p. 59.

¹⁸⁰ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 59.

¹⁸¹ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 61.

¹⁸² LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 61.

¹⁸³ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 25-26.

¹⁸⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 40.

A produção probatória que tornou complexos os juízos modernos era praticamente inexistente nas primeiras décadas do séc. XVIII¹⁸⁵. Os juízes contavam com um sistema alternativo de supervisão do jurado, tendo faculdade irrestrita para emitir opiniões acerca do mérito dos casos penais. Ainda, não existia a apelação criminal. Assim, não se conhecia manobras defensivas para provocar e manter erros para depois apelar¹⁸⁶.

Em um sistema de juízo tão pouco desenvolvido não pareceu estranho que se encontrassem pressões para criar um procedimento para evitar o juízo. Tampouco, deveria se estranhar que este modo sumário de juízo tenha desaparecido nos últimos dois séculos. O nível de proteção frente às condenações errôneas se encontrava em vários aspectos por debaixo do nível que os povos civilizados requerem hoje em dia¹⁸⁷.

Apenas após a guerra civil os casos que envolviam negociações começaram a aparecer nos tribunais superiores norte-americanos. O primeiro caso apareceu no estado do Tennessee em 1865, em *Swang vs. State*, onde um acusado se declarou culpado pelas imputações de jogos ilícitos, restando descartadas outras oito imputações delitivas. Naquele caso, a corte considerou inconstitucional o acordo realizado, vez que classificou a atuação da acusação como coercitiva, estabelecendo que o direito ao julgamento deveria prevalecer sobre todo tipo de barganha ou negociação¹⁸⁸.

Já em 1877, a corte de Wisconsin considerou um acordo negociado com o acusado que assegurou ao mesmo uma pena mais benigna em troca de testemunhar contra outros acusados¹⁸⁹. Em *Wight vs. Rindskopf*, pela primeira vez um tribunal se pronunciou acerca da questão do sigilo dos acordos¹⁹⁰.

A Suprema Corte dos Estados Unidos não tratou de apreciar a negociação durante esse período, porém indícios apontam a adoção do mecanismo. Como no exemplo de Alschuler, no chamado “Whiskey Cases”, de 1878, onde a corte declarou que os acusados que delatavam cúmplices e coautores mereciam a não persecução

¹⁸⁵ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 62.

¹⁸⁶ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 63.

¹⁸⁷ LANGBEIN, John H. *Comprendiendo la breve historia del plea bargaining*. p. 63.

¹⁸⁸ NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: A comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. Maryland: University press of America, 1998. p. 83.

¹⁸⁹ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 47-48.

¹⁹⁰ NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: A comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. p. 85.

penal, tendo que o acordo de reduzir a condenação em troca da não persecução estatal por outras acusações de índole civil contra eles era inválido¹⁹¹.

Desse modo, na virada do século XX, os tribunais americanos tornaram-se mais dependentes das confissões negociadas. Tanto promotores, quanto juízes viam seus interesses atendidos com a diminuição dos casos criminais levados a julgamento através da *plea bargaining*. A negociação foi projetado a método dominante de resolver os casos penais, muito pela influência exercida por diversos atores sociais. Processo impulsionado por leis de proibição das bebidas alcoólicas que aumentaram a pressão por uma rápida resolução dos casos¹⁹².

Assim como Langbein, Alschuler sustenta que a negociação era essencialmente desconhecida durante a maior parte da história da *common law*. Estudos apontam que nos anos 20, do século XX, a negociação havia ficado comum e que o uso deste mecanismo na condenação havia se incorporado à prática forense nas décadas anteriores. Em cidades populosas como Chicago, Detroit, Denver e Los Angeles as condenações baseadas em confissões de culpa (*guilty pleas*) chegaram a cerca de 80% dos processos apreciados por aquelas cortes¹⁹³.

Nas décadas seguintes os tribunais americanos ficaram mais dependentes das declarações de culpabilidade. Alguns fatores são apontados como preponderantes para a banalização da *plea bargaining* nos tribunais americanos. A adoção de eleições para os membros do Ministério Público (*District Attorneys*) tem íntima ligação com o crescimento da política negocial. Ocorre que, esses atores devem apresentar resultados estatisticamente eficazes para permanecerem competitivos no pleito popular. Assim, o número e a natureza de condenações, bem como o êxito logrado em oferecer respostas rápidas refletem na quantidade de votos recebidos¹⁹⁴.

Ainda em 1958, a negociação não tinha respaldo do corpo de juristas e operadores do direito, de modo estava em voga a questão de que a suprema corte americana pudesse declarar como ilegal¹⁹⁵. Contudo, a Suprema Corte americana firmou entendimento no sentido de que a administração da justiça norte americana

¹⁹¹ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 49.

¹⁹² ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 25.

¹⁹³ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p. 28.

¹⁹⁴ VIANO, Emilio C. *Plea bargaining in the United States: a perversion of justice*. p. 126

¹⁹⁵ ALSCHULER, Albert W. *La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia*. p.25

depende na articulação de negociações em âmbito criminal. Em *Missouri vs. Frye*, inclusive, foi estabelecido que a *plea bargaining* não seria apenas um componente do sistema de justiça criminal; seria a *plea bargaining* o próprio sistema de justiça criminal¹⁹⁶.

Importante referir como a negociação aparece em meio ao procedimento criminal mais comum nos tribunais norte-americanos. De maneira geral, após a prisão do acusado, é oferecida acusação formal (*complaint*). A acusação deve conter a demonstração de justa causa (*probable cause*) para o desenvolvimento do processo. Em seguida, o magistrado aprecia a acusação designando determinada data para o comparecimento do acusado perante o juízo (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para dar conhecimento ao réu das acusações oferecidas, advertido de seu direito a ser defendido por advogado, bem como a possibilidade de livrar solto através de fiança.

O processo segue com a acusação sendo submetida à análise pelo grande júri (*grand jury*), a qual cabe, em audiência, receber as provas submetidas pela acusação e decidir se há a justa causa para que o réu vá a julgamento. Uma vez aceita a acusação o grande júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se “indiciamento” (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento.

A *plea bargaining* geralmente é realizada na fase inicial do processo e celebrada antes do julgamento de mérito. O momento oportuno em que ocorre a formalização do acordo dá em audiência preliminar (*preliminar hearing*). Realizada a negociação, na qual as partes procuram barganhar benefícios em relação ao caso, a acusação propõe a imputação ao acusado. Superada essa etapa, o réu é advertido sobre o teor das acusações lançadas pela acusação, bem como é indagado pelo magistrado sobre como se declara, se culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*).

A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.

¹⁹⁶ HEUMANN, Milton. Plea Bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*. July/2018, p. 2-12.

Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime.

Caso, o processo tenha seguimento, passa-se ao confronto de provas (*discovery*) na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Momento em que as partes podem peticionar sobre temas ligados à supressão das provas obtidas ilicitamente, dentre outras nulidades do processo para posterior julgamento. Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*).

O poder de barganha das partes torna-se crucial no processo penal norte americano, já que a negociação pode se dar de diferentes maneiras a depender do tipo de *plea bargaining* que se segue. Tudo a depender da natureza da confissão e os aspectos mais benéficos a serem atribuídos ao caso concreto.

A *charge bargaining* consiste em uma negociação de minimização da acusação. Trata-se de uma transação em que o acusador acorda com a defesa a troca da tipificação da conduta original por uma acusação menos grave, mediante a confissão do acusado. Por exemplo, pode-se trocar a acusação de roubo por furto, furto por manuseio de mercadorias roubadas, e uma série de acusações mais brandas¹⁹⁷.

Do mesmo modo, a acusação tem o poder de desistir da acusação de outras tipificações que constarem da denúncia, em troca da confissão do réu em alguma das imputações. Nesse caso, após a acusação ser desclassificada para um crime com punição mais branda ao réu, veda-se ao magistrado basear a sentença no crime cometido e posteriormente desclassificado¹⁹⁸.

Do ponto de vista da atuação do Departamento de Justiça, o promotor pode, ainda, prometer à defesa não oferecer nenhuma evidência no dia do julgamento. Um aspecto importante é a utilização a *charge bargaining* para manter o processo em juízos que detém competência para aplicação de punições menos severas¹⁹⁹.

¹⁹⁷ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. New York: Routledge, 2012. p. 25.

¹⁹⁸ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. p. 25.

¹⁹⁹ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. p. 25-26.

A *count bargaining* consiste em negociação da quantidade de acusações a serem oferecidas pelo promotor. O promotor, nesse caso, concorda em retirar algumas acusações, como por exemplo, no caso de roubo e receptação, o acusador concorda em retirar a acusação de receptação, caso o réu confesse a prática do delito de roubo.

A *fact bargaining*, ou negociação acerca dos fatos delituosos, dá-se na hipótese de o promotor concordar em celebrar acordo no qual ele pode omitir ou modificar um ou mais fatos na acusação que poderiam afetar a pena que seria imposta ao réu. Em troca de uma confissão, o promotor pode apresentar os fatos ao juízo da maneira que mais beneficiar o acusado²⁰⁰.

Outros aspectos normalmente contemplados é o caso de a acusação omitir certas circunstâncias agravantes que podem estar presentes no caso concreto ou o envolvimento de co-autores do crime. A *fact bargaining* tem como exemplo o caso do tráfico de drogas de grande quantidade, a acusação em troca da confissão, celebra pacto com a defesa em modificar os fatos para uma menor quantidade de drogas, sem o concurso de pessoas, o que minimizaria sobremaneira a pena privativa de liberdade.

Por fim, uma terceira forma de *plea bargaining* é a negociação sobre a sentença ou *sentence bargaining*. Trata-se da única hipótese de participação do juiz na celebração do acordo. O defensor ou o promotor pode solicitar ao juízo uma sentença mais leve do que seria decidido pela corte para aquele crime cometido, caso o réu declare-se culpado ou desista de apresentar argumentos para a sua defesa (*nolo contendere*)²⁰¹.

Assim, o próprio advogado de defesa pode tomar a iniciativa de discutir com o magistrado as circunstâncias do caso concreto levado ao tribunal, podendo alcançar um acordo sobre uma alteração da natureza da sentença condenatória. Por exemplo, o réu pode confessar a infração de resistir à prisão, e o promotor recomenda ao juiz que o sentencie a uma pena alternativa à prisão²⁰².

Um dos pontos basilares da lógica negocial é a ampla disponibilidade da ação penal por parte do Departamento de Justiça, o que coloca nas mãos da acusação a oportunidade de desistir da imputação. Além disso, a gestão das provas está, com maior

²⁰⁰ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. p. 26.

²⁰¹ RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. p. 26.

²⁰² RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. p. 26-27.

ênfase, sob responsabilidade das partes, vez que o juiz se mantém distante desse embate²⁰³.

Gize-se, que no sistema adversarial de processo penal, o juiz está adstrito a acatar a confissão ou o acordo, analisando os requisitos de legalidade e proceder à sentença do caso concreto. Ocorre que, devido à liberdade de atuação dos promotores muitas vezes os acordos de confissão são realizados antes mesmo que o juiz tome conhecimento da investigação, caso em que foge ao controle judicial a apreciação dos requisitos legais da *plea bargaining*.

A *plea bargaining* foi utilizada em numerosos casos na jurisprudência americana, como no caso do assassino de Martin Luther King, James Earl Ray que, na Carolina do Norte, se livrou da pena de morte, por assassinato em primeiro grau, o americano negociou sua declaração de culpabilidade (*plea of guilt*), substituindo por assassinato em segundo grau, sem risco de pena de morte.

Nota-se que a principal diferença entre o júizo em sentido estrito e a *plea bargaining* é a falta de conexão com o conjunto probatório para estabelecer a culpabilidade ou inocência do acusado²⁰⁴. Conforme visto, a *plea bargaining* se erigiu no sistema judicial norte americano como um mecanismo previsto para simplificar o procedimento do julgamento pelo tribunal do júri.

Quanto à previsão legal, a *plea bargaining* está positivada na legislação norte americana na 11ª Lei Federal de Regulamentação dos Procedimentos Criminais²⁰⁵. Promulgada na década de 40, início do século passado, a lei federal da *plea bargaining* prevê como requisito de validade da negociação a voluntariedade e a consciência, por parte do réu que optasse pela *guilty plea* ou *nolo contendere*, bem como o dever de redigir os termos do acordo por escrito. Critérios que foram ratificados pela Suprema Corte Americana em *Boykin vs. Alabama*, na decisão de 1969.

Nesse sentido, a questão implicou diretamente na elaboração de regras pelos tribunais estaduais acerca do procedimento da formulação da *guilty plea*. Como por exemplo, as *rules of court* da corte da Califórnia, espécie de regimento interno do tribunal estadual que previa expressamente como pressupostos da negociação que o

²⁰³ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatório-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio, BOVINO, Alberto (comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 22.

²⁰⁴ VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ramonville Saint-Agne, v. 83, 1/2, jan./jun. 2012. p. 123

²⁰⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Criminal procedure. 2019. Ed. *Rule 11. Pleas*. Disponível em: <<https://goo.gl/9nqavJ>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

acordo deveria ser reduzido a termo, tendo o magistrado dever de informar que a aceitação inicial do acordo por parte do juízo não seria irrevogável. Da mesma forma, deve informar que caso retirado o consentimento judicial, poderia o acusado retratar-se de sua confissão²⁰⁶.

Posteriormente, a Lei Federal nº 11 passou por profunda modificação a partir da emenda de 1975, na tentativa de diminuir a informalidade do procedimento que eram conduzidos perante as cortes americanas. Dentre as mais destacadas atualizações do procedimento, foi acrescentado o dever de informação quanto à negociação: a necessidade de prévia advertência pelo juízo da natureza das infrações imputadas, bem como das penas mínimas e máximas previstas para cada tipo penal e da garantia de representação por advogado e de julgamento.

Não obstante, tornava necessária a explicação quanto aos termos do acordo, suas consequências e o compromisso de dizer a verdade em suas declarações. Havia, ainda, a previsão de possibilidade de benefícios a serem oferecidos pela acusação, tais como arquivamento, recomendação de sentença mais branda, não oposição ao pedido de sentença mais branda, etc. Também havia a vedação expressa à participação dos juízes nas negociações.

Entretanto, outras emendas foram realizadas para dirimir as informalidades e diferenças que se apresentavam perante as diferentes cortes americanas. Em 1982, houve o acréscimo da necessidade de informação do juízo ao acusado acerca das possibilidades e efeitos de possíveis cláusulas que previssessem liberdade condicional. Em 1989, adicionou-se a possibilidade da liberdade supervisionada. Em 1999, a fim de regular a prática levada a cabo pelos acusadores de colocarem cláusulas de renúncia ao direito de recorrer de sentença condenatória. Foi acrescentado um rol de recursos que poderiam ser renunciados, bem como seus efeitos²⁰⁷.

Nos anos 2000, aportaram outras emendas, das quais se destaca a impossibilidade de o acusado retirar sua declaração de culpa ou alterar a opção por não contestar as acusações após a imposição da sentença condenatória²⁰⁸. Frisa-se que isso

²⁰⁶ SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 245-293, dez. 1998. p. 270.

²⁰⁷ COOK, Julian A. Federal guilty pleas under rule 11: the unfilled promise of the post-Boykin era. *Notre dame Law Review*, v. 77, i. 2, p. 597-640, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/mE2PcX>>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 611.

²⁰⁸ COOK, Julian A. Federal guilty pleas under rule 11: the unfilled promise of the post-Boykin era. *Notre dame Law Review*, v. 77, i. 2, p. 597-640, 2002. Disponível em: <<https://goo.gl/mE2PcX>>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 612.

importa na crítica por parte da doutrina americana devido ao um alto grau de coerção contra os acusados, muito pela discricionariedade dos agentes do departamento de justiça que possuem a prerrogativa de diminuir ou aumentar as imputações, denunciar ou não o acusado ao tribunal, ou até mesmo estender as imputações a membros da família do réu para forçar o acordo. Esse cenário enfraquece a defesa e requer um profissional altamente treinado e capacitado para a etapa da *bargaining*²⁰⁹.

Por sua vez, os princípios que guiam a atuação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos estão previstos na *U.S. Attorney's Manual*, que estabelece os procedimentos a serem adotados pelos promotores americanos²¹⁰. O manual expõe um conjunto de normas pelas quais os órgãos persecutórios devem pautar sua atuação em relação ao procedimento da *plea bargaining*.

No provimento 9-27.300 da *U.S. Attorney's Manual*, há a diretiva quanto às imputações delitivas constantes da acusação elaborada pelo Departamento de Justiça contra o acusado, pelas quais os promotores devem dar o início à celebração das negociações. Por força desta norma, a acusação deve se pautar pela imputação da infração mais gravosa ao acusado, sob o ponto de vista das penas a serem suportadas, com o objetivo de induzir à confissão e posterior celebração de acordo.

Nota-se uma tentativa de uniformização da atuação da acusação, devido à marcada informalidade que tradicionalmente paira sobre o cotidiano dos procedimentos de negociação no judiciário americano. Além disso, destaca-se a inclinação à adoção de uma técnica de barganha processual, enquanto racionalidade negocial, vez que a diretiva do manual impõe o início das negociações a partir da maior punição possível, como forma de ter às mãos uma espécie de trunfo contra o réu para que o mesmo celebre o acordo.

Não obstante, há uma preocupação com a celeridade do processo. No item 9-27.320, recomenda-se que os promotores somente façam imputações adicionais necessárias para que seja realizada a justiça. Isso porque, tem-se que acusações adicionais prolongam os julgamentos, já que uma infinidade de imputações traria complexidade às causas postas à apreciação dos magistrados.

No item 9-27.420, a normativa veicula critérios que foram ratificados pela Suprema Corte Americana em *Boykin vs. Alabama*, na decisão de 1969. No dispositivo,

²⁰⁹ VIANO, Emilio C. *Plea bargaining in the United States: a perversion of justice*. p. 127.

²¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Attorney's Manual. Title 9: Criminal. 9-27.000. Principles of Federal Prosecution. Disponível em: <<https://goo.gl/Y2vzex>>. Acesso: 02 nov. 2019.

determina-se que os promotores precisam se atentar a uma série de condições formais antes do oferecimento do acordo:

- a) Desejo do acusado em cooperar com os investigadores ou com a persecução penal em relação a terceiros;
- b) O histórico criminal do acusado; a natureza e gravidade das infrações imputadas;
- c) O remorso ou constrição por parte do acusado e seu desejo de assumir a responsabilidade por seus atos; a conveniência do acordo e disponibilidade do acusado para contribuir com o caso, a probabilidade de obtenção de sentença condenatória;
- d) O provável efeito do acordo sobre testemunhas;
- e) As hipóteses da sentença e outras consequências que possam vir a ser enfrentadas pelo acusado;
- f) O interesse público na celebração do acordo e na disponibilidade do julgamento;
- g) A redução de custos e a necessidade de evitar atrasos em outros processos;
e
- h) Os interesses da vítima, incluindo qualquer efeito sobre o direito de restrição²¹¹.

Como dito, a *plea bargaining* encontra-se no centro do processo penal americano. O grande volume de processos anualmente julgados pelos tribunais americanos, fez com que o instituto se tornasse uma prática inerente ao direito criminal e à sua administração²¹². De modo que Suprema Corte americana já afirmou que se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento em toda sua amplitude, os estados e o governo federal precisariam multiplicar várias vezes o número de juízes e tribunais²¹³.

²¹¹ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. p. 36.

²¹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 751 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742>> Acesso em; 04 jul. 2019.

²¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Santobello v. New York*, 404, U.S. 257, 260 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em 04 jul. 2019.

Através da *plea bargaining*, o modelo estadunidense tem exercido profunda influência em diversos países que seguem o modelo acusatório de processo penal. No Brasil, razões diversas levaram a maior aceitação das negociações entre acusação e réu. Cita-se, a título de exemplificação, a onda que se apropriou do Ministério Público e do Judiciário brasileiro de combate à corrupção e maior celeridade na resolução de casos criminais.

Nesse sentido delimitado, permite-se fazer uma aproximação entre a colaboração premiada e a prática de *plea bargaining*, não enquanto dinâmica de livre negociação entre Ministério Público e acusado quanto às consequências penais e processuais do delito cometido, mas apenas enquanto mecanismo direcionado a incentivar a aproximação entre investigado e órgão de acusação de modo a preencher os requisitos legais autorizativos da “sanção positiva” pela contribuição probatória proveniente do imputado, apreciação que não está imune ao controle judicial²¹⁴.

Assim, passa-se ao estudo do instituto da colaboração premiada que veicula a técnica de barganha no processo penal, a qual vem transformando a persecução penal para ajustar-se ao dever de investigar e reprimir os crimes complexos que desafiam a contemporaneidade.

3.2 Colaboração Premiada: evolução legislativa e desenvolvimento no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê um sistema penal democrático, arraigado na criação das condições de máxima efetividade das garantias fundamentais. O legislador constituinte consagrou o sistema acusatório no âmbito do processo penal brasileiro, calcado no tratamento igualitário das partes, no qual a decisão é construída em contraditório²¹⁵.

Dois aspectos despontam como primordiais para distinguir o sistema acusatório do antigo e antidemocrático sistema inquisitório. Em primeiro lugar, destaca-se a separação das funções de acusar e julgar, vez que quando estão reunidas no mesmo órgão, não há a garantia de imparcialidade do juiz, necessária ao Devido Processo Legal. Em segundo plano, a mera separação das funções mostrou-se insuficiente para

²¹⁴ GREVI, Vittorio. Riflessioni e suggestioni in margine all’esperienza nordamericana del “plea bargaining”. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*. Roma, a.7, n. 1-3, p. 53-78, 1985. p. 59-61.

²¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013. p. 5.

garantir o processo justo, de modo que se concentrou na gestão da prova a maior democraticidade do processo penal.

Nesse sentido, a maior ou menor participação do magistrado na produção da prova, afasta ou aproxima o processo penal do sistema acusatório²¹⁶. Impera nesse sistema a livre produção de provas, cabendo ao juiz a função de garantir as regras do jogo. Por conseguinte, segue-se em âmbito nacional uma tradição romano-germânica apartada do sistema adversarial, marcante nos países em que a *plea bargaining* é alçada a aspecto estrutural do sistema de justiça. Em que pese à tradição acusatória em que o Brasil está inserido tenha profundas diferenças com o sistema americano no que tange a institutos importantes para a política negocial, tal fator não afasta o trânsito de institutos entre os dois sistemas.

A doutrina penal aponta vestígios da negociação em processo penal desde os tempos mais remotos na legislação pátria. Havendo exemplos de casos clássicos da figura da colaboração de acusados com os acusadores em troca de benefícios mútuos. A colaboração premiada, que instrumentaliza a barganha processual, pode-se dizer, teve sua primeira aparição na cultura jurídica brasileira a partir do célebre caso do movimento republicano conhecido como Inconfidência Mineira. Nesse caso histórico, a Coroa Portuguesa, em 1789, celebrou acordo de colaboração com um dos inconfidentes, Joaquim Silvério dos Reis.

O colaborador alertou sobre a data em que a organização realizaria a revolta, oportunidade em que delatou os demais membros do movimento, dentre eles o líder da Inconfidência Mineira, Joaquim José da Silva Xavier (Tiradentes). Como benefício de sua colaboração, Joaquim Silveiro dos Reis recebeu perdão de suas dívidas com a Coroa. Seus companheiros seguiram para prisão no Rio de Janeiro. Alguns inconfidentes sofreram o degredo para a África, enquanto Tiradentes foi condenado à forca em praça pública²¹⁷.

À época, a legislação penal e processual penal que vigorava em solo brasileiro estava adstrita ao Livro V, das Ordenações Filipinas. Dentre as normas que regulavam casos penais, estava posto que aquele que, com sua colaboração, impedisse a ocorrência de crime de Lesa Majestade, desde que não fosse seu principal organizador, receberia o

²¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. p. 5-6.

²¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodium, 2015. p. 212-214.

perdão judicial. De igual modo, aquele que delatasse outros corréus faria jus ao benefício. A previsão da negociação nas Ordenações Filipinas trata-se de hipótese insipiente de colaboração premiada na legislação, contudo tal dispositivo fora revogado pelo Código Penal Imperial de 1830²¹⁸.

Posteriormente, de maneira informal, a Ditadura Civil-Militar, instaurada no Brasil entre os anos de 1964 e 1985, fez ressurgir a figura da delação como principal meio de investigação criminal. Esse expediente serviu para alcançar outros opositores ao regime que se organizavam em grupos de resistência. Não obstante, nas dependências do DOI-CODI, foi através de torturas físicas e psíquicas contra os acusados custodiados que as autoridades policiais extraíam confissões e demais informações. Prática que recrudescer com a edição do Ato Institucional nº 5, que serviu para dar um aspecto legal às práticas desumanas da época²¹⁹.

Com efeito, o modelo da *plea bargaining* ganhou força, a partir da década de noventa, promovendo sua influência no direito brasileiro através da promulgação de diversas leis penais. Pode-se notar que gradativamente houve um alargamento do campo de influência da barganha, devido a introjeção de cada vez mais benefícios aos colaboradores, em troca de informações pertinentes às investigações criminais.

Inicialmente, os institutos da delação e colaboração premiada foram veiculados na Lei n.º 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) que estabeleceu em seu art. 8º a redução de um a dois terços da pena para o criminoso delator da quadrilha: “*Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*”. Tal dispositivo alterou o artigo 159 do Código Penal que passou a prever a delação por parte do acusado dos demais autores do crime de extorsão mediante sequestro como causa especial de diminuição de pena na hipótese de que a colaboração tenha como consequência a libertação da vítima. Em seguida, a Lei n.º 9.269/1996, deu nova redação ao dispositivo para excluir do texto legal as expressões quadrilha ou bando, introduzindo o instituto do concurso de pessoas: “*Se o crime é cometido em concurso, o*

²¹⁸ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50-56.

²¹⁹ A ex-Presidente da República, Dilma Rousseff, presa nos anos de ditadura militar no Brasil, relata o *modus operandi* das autoridades da época, que procuravam transformar os todos os presos políticos em delatores para alcançar cada vez mais um maior número de opositores ao regime. ROUSSEFF, Dilma. Entrevista concedida ao jornal O GLOBO em 29/06/2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/dilma-diz-que-nao-respeita-delator-citadoacao-da-utc-aecio-16593859>>. Acesso em 27 nov. 2019.

concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Já em 1998, na Lei n.º 9.613/1998, conhecida como “Lei de Lavagem de Capitais”, anos mais tarde alterada pela Lei n.º 12.683/12, o instituto foi ampliado, incluindo além da redução da pena, a faculdade de o juiz deixar de aplicar a pena ou substituí-la por pena restritiva de direitos, estabelecendo no art. 1º, parágrafo 5º, que:

Art. 1º, § 5. 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.

A questão aparece também nos artigos 13 e 14 da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, Lei n.º 9.807/99. A legislação, ao mesmo tempo em que promove a redução de pena de um a dois terços para o acusado ou indiciado que colaborar com a investigação policial, a exemplo do que já acontecia na lei nº 9.613/98, alargou ainda mais os benefícios do colaborador para incluir o perdão judicial para o acusado primário, a saber:

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 crim/inal 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.

Do mesmo modo que as legislações anteriores, a Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas), em seu artigo 41, também veicula a hipótese de colaboração do acusado no deslinde da investigação policial ou do processo penal. Estabelece o texto legal que o colaborador faz jus à redução de um a dois terços da pena em caso de condenação:

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.

Posteriormente, o Brasil foi signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2004), tratados que preveem que os Estados-parte adotem as medidas apropriadas para que as pessoas que participem ou tenham participado de organizações criminosas colaborem com as autoridades competentes, com informações e delações, mediante a mitigação das penas, a proteção e, em certos casos, até a imunidade judicial.

Em 2005, foi promulgada a Convenção das Nações Unidas em Mérida contra a Corrupção, para combate à corrupção, facilitação e apoio internacional na luta contra a corrupção e a promoção da integridade, da obrigação de prestação de contas e da devida gestão dos assuntos e bens públicos. Em seu artigo 37.2, prevê expressamente “*a mitigação da pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos*”.

Desse modo, foi na nova legislação de organização criminosa, Lei n.º 12.850/13, que se estabeleceu a maior polêmica quanto à utilização da barganha no Processo Penal. Essa legislação vem em meio a uma corrente contra a corrupção e os crimes praticados por políticos e empresários em detrimento ao erário público, nos quais maior ênfase foi dada após a ação penal n.º 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, trazendo uma ampliação da figura da colaboração premiada conforme se conhecia das demais leis que tratavam de maneira sucinta o instituto. Em seu artigo 3º, estabelece que em qualquer fase da persecução penal, será permitido como meio de obtenção de provas a colaboração premiada, sem prejuízo de outros meios previstos em lei.

A Lei n.º 12.850/13 embora trate da colaboração premiada em meio a crimes cometidos mediante organização criminosa, traz um procedimento mais completo da previsão da colaboração premiada, além de alargar os benefícios a que os colaboradores fazem jus, quando com suas informações tragam alguns dos resultados previstos na lei:

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

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em sede do julgamento do Habeas Corpus n.º 90.962/SP da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao encontro do artigo 4º, *caput*, da Lei n.º 12.850/13, estabeleceu os requisitos legais basilares da colaboração premiada: a eficácia e a voluntariedade. Os Ministros em decisão que inaugura as discussões acerca da viabilidade das negociações, estabeleceram que “*O instituto 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*”²²⁰.

Em dicção similar ao que estabelece o item 9-27.420, da lei federal n.º 11, da legislação norte-americana sobre *plea bargaining*, o parágrafo 1º, da lei n.º 12.850/13, estabelece que: “*Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*”.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em sede do Habeas Corpus n.º 127.483, entendeu que os critérios de personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social não são requisitos para o acordo de colaboração, mas critérios para a concessão dos benefícios ao imputado a serem avaliados no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração e na aplicação da sanção de sentença após homologação de acordo e a efetiva cooperação do agente.

Em consonância com os requisitos legais de eficácia e resultados, ainda, o julgador deverá considerar o conteúdo do parágrafo 1º, do artigo em comento. Após auferir os requisitos expostos, o magistrado deve conceder os prêmios da colaboração, que consistem em não oferecimento da denúncia, perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade, substituição por penas restritivas de direitos ou progressão de regime.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 90.962/SP. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200702217309&dt_publicacao=25/09/2007>. Acesso em: 06 nov. 2019.

No que tange à atuação da autoridade policial, o que fica claro através da leitura do art. 4º, o qual demonstra que o instituto poderá ser utilizado até mesmo pela autoridade policial no inquérito policial, levando-se em conta as circunstâncias do parágrafo 2º:

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

(...)

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

Aspecto importante é que o dispositivo legal faz alusão ao artigo 28 do Código de Processo Penal, por analogia à questão do arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. A lei traz a regra de que caso o juiz discorde do requerimento de perdão judicial elaborado pelo *parquet* ou pela autoridade policial, com manifestação do órgão ministerial, deverá o magistrado remeter os autos ao procurador-geral, cabendo a este uma das três que trata o dispositivo previsto no Código de Processo Penal.

Nota-se que a dicção do artigo 4º, parágrafo 4º, da lei n.º 12.850/13, relativiza uma questão basilar no processo penal constitucionalmente orientado, na medida em que dá ao Ministério Público o poder de dispor sobre o oferecimento da denúncia no parágrafo 4º, da lei nº 12.850/13:

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

(...)

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

I - não for o líder da organização criminosa;

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

Não obstante, outro aspecto nebuloso reside nos ditames do parágrafo 14º, do mesmo artigo, o qual impõe a renúncia ao direito ao silêncio e o dever de falar a

verdade ao acusado colaborador que queira acordar com a acusação ou o órgão policial acordo de colaboração premiada:

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

(...)

§ 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.

A participação do juiz criminal no procedimento do acordo de colaboração premiada veio prevista nos parágrafos 6º e 7º, do artigo em comento, impondo na primeira regra uma vedação de atuação do magistrado e na segunda, um dever de fiscalização quanto aos requisitos legais da negociação:

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

(...)

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

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6, 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.

Dentre as regras que tratam da segurança jurídica do acordo, destaca-se a inclusa no parágrafo 10º, do artigo 4º, da lei n.º 12.850/13, que coloca em voga a questão de arrependimento da negociação, que dita que *“As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”*.

Interessante ater-se à questão de o Ministério Público prometer certos benefícios ao acusado colaborador e retratar-se dos mesmos, após receber as informações úteis ao deslinde do processo penal. Salienta-se que a única ressalva para

essa hipótese é que as provas alcançadas pelo colaborador, se autoincriminatórias, somente não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

A força da palavra do delator foi mitigada pelo legislador através da regra de corroboração, o parágrafo 16º, que fecha o artigo 4º, da Lei das Organizações Criminosas, traz a regra de corroboração da prova, nos termos que: “*Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”. Os acordos tem sua validade através da regra de corroboração de que trata o artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/13.

Com base nisso, veda-se qualquer condenação suportada apenas pelas palavras do colaborador. Tal regra deve ser cotejada com o que preconiza o artigo 197 do Código de Processo Penal, que trata da confissão do réu e seu valor dentro do processo penal. O dispositivo legal estabelece que a confissão se afira pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existem compatibilidade ou concordância.

De outra banda, por muito tempo pairou incertezas acerca dos direitos do colaborador e, de igual forma, sobre os limites desses direitos. De modo que, visando a reduzir a informalidade, o legislador elencou os direitos do colaborador no artigo 5º:

Art. 5º São direitos do colaborador:

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

Outrossim, o artigo 6º traz os requisitos formais a serem fiscalizados pelo magistrado na fase de homologação dos acordos:

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

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

O sigilo das negociações é trazido pelo artigo 7º, em exemplo ao que ficou estabelecido pela Suprema Corte Americana em *Wight vs. Rindskopf*, e posteriormente positivada na lei federal n.º 11:

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

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

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

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

A lei de Organização Criminosa, conforme se verifica, alargou o modelo negocial na legislação brasileira, além de prever maiores benefícios aos acusados colaboradores. Tal legislação compõe a base normativa do procedimento da colaboração premiada no Brasil, embora muitas questões controversas tenham sido realçadas por força da lei n.º 12.850/2013. A Lei 12.850/2013, que prevê medidas de combate às organizações criminosas, foi a primeira a estabelecer procedimento completo sobre os acordos de colaboração premiada, regulamentando plenamente essa técnica de investigação criminal e aproximando-se do modelo do Direito Comparado.

Anos mais tarde, por meio da resolução n.º 181/2017²²¹, o Ministério Público, em meio a rumorosas investigações que reacenderam os debates acerca das negociações no processo penal, tratou de estruturar procedimento detalhado que disciplina o procedimento investigatório criminal (PIC). Em seus argumentos, o Conselho Nacional do Ministério Público justificou essa iniciativa na necessidade de haver maior celeridade processual em relação aos crimes mais graves, bem como na decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n.º 593.727/MG²²², que reconheceu o poder de investigação do Ministério Público e fixou bases para a atuação do *parquet*.

²²¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181 de 7 ago. 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>>. Acesso em 16 out. 2018.

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado e qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (lei 8906/94, artigo 7º, incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (súmula vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Destacam-se algumas inovações trazidas pela resolução n.º 181/2017, tais como a disciplina acerca da colaboração premiada e também algumas diretivas de atuação dos promotores de justiça em relação às negociações, a exemplo do *U.S. Attorney's Manual*, do departamento de justiça norte americano. No parágrafo 5º, do artigo 18, determina-se a realização de acordo no próprio momento da audiência de custódia. Tal normatização segue o exemplo da *preliminary hearing* do processo penal americano, oportunidade em que ocorre a negociação entre a acusação e réu, antes da instrução do processo.

Contudo, a inovação mais contundente se concentra no acordo de não persecução penal. A redação trazida pela resolução dispõe que, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor um acordo ao investigado, devidamente acompanhado de seu defensor, para que não haja o ajuizamento da ação penal pública.

O acordo de não persecução penal se perfectibiliza quando o acusado atende aos requisitos estabelecidos no artigo 18, da Resolução n.º 181/2017. No caso, pena mínima inferior a quatro anos, não tendo o crime sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Ainda, o investigado deve ter confessado formal e detalhadamente a prática delitiva.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática (...).

Além desses requisitos, a resolução impõe algumas condições nos incisos seguintes, a serem cumpridos de forma cumulativa ou não, que são basicamente: a reparação do dano ou a restituição da coisa para a vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; a renúncia voluntária a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como

instrumentos, produtos ou proveito do crime; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima fixada para o delito, diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo Ministério Público; o pagamento de prestação pecuniária, a ser fixada nos termos do artigo 45, do Código penal, a entidade pública ou de interesse social indicada pelo Ministério Público. A prestação será destinada, preferencialmente, para as entidades que tenham por função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e o cumprimento de outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que, proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Após a edição da resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público houve a propositura das ADIs 5790²²³ e 5793²²⁴ no Supremo Tribunal Federal. Os argumentos em desfavor da resolução concentram-se na exclusão de apreciação por parte do poder judiciário e na inovação legislativa por parte do órgão do *parquet*, já que ao Ministério Público não é dado legislar sobre direito processual, por força da Constituição Federal.

Logo após as críticas, foi exarada a resolução 24/2018 pelo Ministério Público Federal que previu a submissão do acordo ao juízo competente. De fato, o acordo deverá ser remetido a juízo o qual, considerando “*o acordo cabível e as condições adequadas ou suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação*” (art. 18, §5º, da Resolução n.º 181/2017 alterada pela Resolução n.º 24/2018). A inovação procura afastar o objeto da ADI 5793, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que reclama a não apreciação pelo judiciário dos acordos de não persecução negociados pelo Ministério Público.

Em 2019, visando ao endurecimento da legislação penal, foi lançado o Projeto de Lei n.º 882/2019, de autoria do Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, propondo uma série de alterações significativas no Código Penal, Código e Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, Código Eleitoral, dentre outros. No mesmo sentido, foi lançado o Projeto de Lei n.º 10.372/2018, composto por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5790/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=528302>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5793/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

Federal, Alexandre de Moraes, abordando diversas modificações em vários aspectos da legislação penal. Os projetos de lei ficaram conhecidos como “Pacote Anticrime”. Pode-se citar como focos de atuação dessa nova legislação três temas prioritários: o combate à corrupção; ao crime organizado; e os crimes violentos.

Dentre as modificações que são relevantes para o acompanhamento da crescente influência da *plea bargaining* no Direito Brasileiro. O “Pacote Anticrime”, em seu Art. 28-A, consagra os acordos de não persecução ao investigado, quando os crimes em persecução forem apenados com pena mínima inferior a 04 anos de privação de liberdade, sem violência ou grave ameaça a pessoa, após a confissão do delito e sujeito a homologação pelo magistrado.

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor²²⁵.

Vasconcellos pontua uma perspicaz diferença entre barganha processual e a não persecução penal. O autor aponta que a diferença entre os dois institutos reside nos espaços de oportunidade do processo, pois a barganha processual se instrumentaliza através desses espaços, ponderando que em um cenário onde vigore exclusivamente a

225

Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8F616E5320D0F7C76407D744F87F252.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 13 dez. 2019.

obrigatoriedade de ação penal não haveria espaço para que o acusador deixe de promover o processo²²⁶.

Entretanto, o próprio autor revela a possibilidade de se cogitar a hipótese em que o representante ministerial utilize espaços de oportunidade para que não seja oferecida a denúncia, sem a imposição de punição ao réu. Nesse ponto reside a diferença em relação à barganha, já que nela há a imposição de uma punição ao acusado, sem o transcurso do processo com suas garantias intrínsecas²²⁷.

O Pacote Anticrime propõe a alteração do Código de Processo Penal para inclusão do Art. 395-A que prevê o acordo de não continuidade da ação penal. Trata-se de espécie de acordo de aplicação imediata da pena, como notória introdução do *plea bargaining*. Uma vez proposta a denúncia, há a aplicação imediata da pena privativa de liberdade, após a confissão circunstanciada e a declaração das partes que dispensam a produção de provas.

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

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

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§3º Se houver cominação de pena de multa deverá constar do acordo.

§4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação devesse constar do acordo.

§5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§7º o juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

²²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 70.

²²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. p. 71.

§8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§11. A celebração de acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal²²⁸.

Assim sendo, pontuam-se algumas diferenças entre o acordo de não persecução e o acordo de não continuidade da ação penal. O primeiro deles ocorre na fase de investigação criminal a cargo do Ministério Público, devendo ser realizado na audiência de custódia, no curso da investigação ou após a conclusão do procedimento investigatório. Portanto, essa espécie de acordo é prevista para ser pactuado antes do recebimento da denúncia. Em contrapartida, o acordo de não continuidade da persecução penal somente se realizará após o recebimento da denúncia e até o início da instrução.

O anteprojeto do novo Código Penal que tramitou no Congresso Nacional introduz e regulamenta o *plea bargaining* para crimes com pena máxima de até oito anos de reclusão:

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

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

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

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

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas²²⁹.

²²⁸

Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8F616E5320D0F7C76407D744F87F252.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 13 dez. 2019.

²²⁹

Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8F616E5320D0F7C7640>

A iniciativa de enxertar a negociação na legislação penal brasileira não se restringe aos aspectos abordados. Dentre as substanciais modificações que o “Pacote Anticrime” propõe, tem-se a previsão inédita de admitir-se transação, acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa, a despeito do que dispõe o parágrafo primeiro, do artigo 17, da Lei nº 8.429/92, que veda expressamente a negociação em sede de improbidade administrativa. O texto da legislação passaria a vigorar com o seguinte dispositivo:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º A transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²³⁰.

A Câmara dos Deputados institui um grupo de trabalho, presidido pelo Deputado Lafayette de Andrada, para analisar os Projetos de Lei conjuntamente. Foram realizadas diversas audiências públicas para a discussão com a comunidade jurídica acerca dos principais temas abordados pelas propostas de modificação da legislação penal. O grupo reuniu quase 50 (cinquenta) especialistas para debater os tópicos.

Após os estudos promovidos, foi veiculado o relatório final da análise do Pacote Anticrime, abrangendo tanto as propostas do Projeto de Lei nº 882/2019, quanto o Projeto de Lei nº 10.372/2018. Dentre as considerações acerca da introdução da *plea bargaining* na legislação penal brasileira, destaca o não acolhimento da inclusão do art. 395-A, no Código de Processo Penal, que promove a introjeção do instituto no processo penal, já que o grupo de trabalho entendeu que a matéria deve ser analisada em uma “reforma mais sistêmica do processo penal, o que está ocorrendo na Comissão que está analisando o projeto de um novo Código de Processo Penal”.

O grupo de trabalho destacou a contribuição da especialista Rebecca Shaeffer que atentou à importância de se promover um estudo metódico no que tange à *plea*

7D744F87F252.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 13 dez. 2019.

²³⁰

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8F616E5320D0F7C76407D744F87F252.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 13 dez. 2019.

bargaining, tendo em vista a profunda modificação da praxis nos tribunais. A especialista destacou que o Chile, ao tratar do assunto, estabeleceu uma comissão constitucional que conduziu um estudo global. A comissão chilena debruçou-se sobre as salvaguardas que existiam entre os sistemas da *common law* e o sistema europeu, optando pela adoção de um sistema híbrido.

De outra banda, destacou que o Pacote Anticrime não é claro no que diz respeito a limitações nos tipos de casos em que o *plea bargaining* pode ser utilizado. Salienta que a maioria dos países rechaça o *plea bargaining* para a maioria dos casos, sendo que o desconto previsto no projeto de até 50% da sentença é muito alto para os padrões internacionais. Além de que, o fato de duas pessoas sendo acusadas pelo mesmo crime pode levar a sentenças diferentes, reduzindo o grau de confiança no sistema penal.

Outrossim, o relatório final do Pacote Anticrime²³¹ teve seu prosseguimento perante a Câmara dos Deputados com a inclusão dos seguintes dispositivos, no artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013:

Art. 3º-A O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Art. 3º-B O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

§1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado.

§2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.

§3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, na suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário, quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual em vigor.

§4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

231

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8F616E5320D0F7C76407D744F87F252.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 13 dez. 2019.

§5º Os Termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e advogado, ou defensor público com poderes específicos.

§6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.

Art. 3º-C A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

§1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou Defensor Público.

§2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de Defensor Público.

§3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar os fatos ilícitos em relação aos quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

§4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.

Além dos acréscimos previstos para o artigo 3º, da Lei nº 12.850/2013, segundo o relatório final, que aprova as modificações propostas pelo Pacote Anticrime, o artigo 4º, da Lei nº 12.850/2013, passaria a vigorar com uma série de acréscimos em relação à colaboração premiada. Destaca-se a proposta de modificação e inclusão do parágrafo quarto, do disposto em análise, que oportuniza ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia quando a proposta de acordo referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento.

§4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:
(...)

Gize-se que o Pacote Anticrime tende a fazer com o que os requisitos do paragrafo 7º, do artigo 4º, da Lei de Organizações Criminosas, passem a vigorar com algumas adequações a serem observadas pelo magistrado para homologação dos acordos. São eles:

§7º Realizado o acordo na forma do §6º, serão remetidos ao juiz para análise do respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I – regularidade e legalidade;

II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput, parágrafos 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal e os requisitos de progressão de regime abrangidos pelo parágrafo 5º deste artigo.

III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos do art. 4º, caput, desta lei;

IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos onde o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares;

§7º-A O juiz ou tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Código Penal e do Código de Processo Penal, antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos parágrafos 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

§7º-B São nulas de pelo direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

Por fim, o relatório final foi aprovado prevendo a regra do parágrafo 16, que veda a decretação de determinadas medidas com base apenas nas palavras do colaborador. Acrescidas das regras dos parágrafos 17 e 18.

§16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

I – medidas cautelares reais ou pessoais;

II – recebimento de denúncia ou queixa-crime;

III – sentença condenatória.

§17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

§18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.

Sendo assim, o texto-base foi aprovado por 408 votos a favor e 09 contra, com duas abstenções, o que totaliza 419, em âmbito da Câmara dos Deputados. Nesse sentido, seguiu o Pacote Anticrime para apreciação do Senado Federal, o qual foi promulgado e transformado na Lei n.º13.964/19²³².

No que tange ao Poder Judiciário, a negociação no processo penal mostra-se com ampla aceitação por parte dos tribunais pátrios. Estudos apontam que cerca de 89% dos juízes de primeira instância são favoráveis a adoção da colaboração premiada. Na segunda instância os números são ainda mais contundentes, cerca de 92,2% dos

²³² Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/622241-camara-aprova-pacote-anticrime>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

desembargadores aprovam os acordos em processo penal²³³. O Supremo Tribunal Federal, no Brasil, teve oportunidade de declara-se de maneira sucinta sobre o tema na oportunidade que indeferiu *habeas corpus* de um dos corrêus²³⁴ da Operação Lava Jato.

Assim, nota-se um movimento pelo alargamento do espaço de negociação no processo penal. Embora, o Pacote Anticrime, no que diz respeito ao tema deste estudo, tenha sofrido alguns freios em referência à redação original, parece que a inclusão da técnica de barganha, presente nos acordos de colaboração premiada, é uma tendência para o futuro do sistema penal no Brasil.

3.3 Desdobramentos da colaboração premiada na Operação Lava-Jato

A utilização da negociação de acordos em processo penal vem tornando-se cada vez mais presente no combate aos chamados crimes do colarinho-branco (*White-Collar Criminality*)²³⁵, celeuma que sempre foi tormentosa na realidade brasileira. A par das diferenças já apontadas, tem-se que a obtenção de provas, por meio da barganha, promoveu uma mudança de paradigma na dinâmica processual a partir de rumorosos casos da jurisprudência brasileira.

Inicialmente, na operação Banestado, do Ministério Público Federal do Paraná, que investigava um esquema de evasão de divisas, descoberto no fim dos anos 90, o instituto da colaboração premiada timidamente teve sua influência verificada. Porém, devido aos desdobramentos do caso, não foi possível chegar-se a admitir a colaboração premiada como um destacado meio de obtenção de provas.

Anos mais tarde, a Ação Penal n. 470, rumoroso caso Mensalão, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, trouxe mais uma vez ao cerne das discussões a figura do delator. Ainda de modo incipiente, pôde-se observar certa inclinação à utilização de colaboração ou delação por parte do sistema penal. Alguns réus, inclusive, forneceram provas da atuação criminosa de outros, recebendo o perdão judicial pelos

²³³ A pesquisa foi realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB). Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro/>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

²³⁴ O réu Erton Medeiros Fonseca impetrou Habeas Corpus, buscando anular a decisão do relator ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de delação premiada do corrêu Alberto Youssef, o que deixa claro a polêmica questão quanto aos direitos de defesa do réu delatado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico DJe-021, publicado em 04/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288958>> Acesso em: 07.nov.2017.

²³⁵ SUTHERLAND, Edwing Hardin. *White collars criminality*. 1940. Disponível em: <<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf>> Acesso em: 3 dez. 2018.

seus crimes²³⁶. Entretanto, a única colaboração premiada reconhecida foi a promovida pelo deputado Roberto Jefferson, pela qual foi exposto o esquema criminoso.

O acusado ofereceu colaboração premiada ao Ministério Público sem qualquer tipo de barganha, supostamente como retaliação aos demais membros do esquema criminoso. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal deliberaram se o réu faria jus ao prêmio, vez que não houve negociação com o órgão de acusação. Por fim, vencido o ministro Ricardo Lewandowski, ao acusado foi concedida a redução de pena prevista no artigo 14, da Lei n 9.807/99²³⁷.

Contudo, o marco do instituto da colaboração premiada na jurisprudência brasileira foi a chamada Operação Lava-Jato. A iniciativa contribuiu para a diretiva proposta pelo Ministério da Justiça, chamada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos. Primeiramente, as investigações concentravam-se na perseguição criminal de doleiros que utilizavam empresas de fachada para movimentar bilhões de reais em contas bancárias em paraísos fiscais. Dados do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) mostram que os agentes realizaram operações financeiras atípicas que superavam 10 (dez) bilhões de reais.

Com os desdobramentos da Operação Lava-Jato, o Ministério Público Federal pôde tomar conhecimento do esquema criminoso. Aponta-se que há mais de dez anos, empresários ligados às principais empreiteiras em atividade no país formavam cartel para valer-se de desvios de dinheiro público, consistentes no pagamento de propina de até 5% do montante total de contratos bilionários. Para organizar os pagamentos, as empreiteiras valiam-se de doleiros ou operadores financeiros investigados na primeira etapa da investigação²³⁸.

Após a colaboração premiada do doleiro Alberto Youssef, o primeiro a firmar acordo com o Ministério Público, a investigação expandiu-se, alcançando políticos e empresários. Dentre os crimes investigados, destacam-se a corrupção ativa e passiva,

²³⁶ Trata-se das colaborações dos réus Lúcio Funaro e José Batista, que respondiam ação penal perante a primeira instância da Justiça Federal, em processo relacionado ao caso Mensalão. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal 470/MG. Relator: Barbosa, Joaquim. Publicado em 22/04/2013. Fl. 58.260. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/ InteiroTeor_AP470.pdf>. Acessado em 27 nov. 2019.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal 470/MG. Relator: Barbosa, Joaquim. Publicado em 22/04/2013. fl. 59.354. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/ InteiroTeor_AP470.pdf>. Acessado em 27 nov. 2019.

²³⁸ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 nov. 2019.

gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, organização criminosa, obstrução da justiça, operação fraudulenta de câmbio e vantagem indevida.

Embora a colaboração premiada já estivesse presente na legislação brasileira há mais de 30 anos foi a partir dessa operação, inspirada na Operação Mãos Limpas da Itália (*Mani Pulite*), que se passou a concentrar-se na questão negocial no processo penal. Entre os anos de 2014 e 2017, 159 acordos foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal e 158 foram homologados em primeira instância. Do total de 159, são 455 investigados em todas as categorias processuais e 66 denunciados. São 159 acordos para 178 inquéritos e apenas cinco ações penais²³⁹.

Passa-se a analisar os principais acordos de colaboração premiada pactuados pelos réus da Operação Lava-Jato e o Ministério Público, a fim de debruçar-se sob o ponto de vista legal e constitucional da matéria. Para tanto, recorre-se ao estudo elaborado por Thiago Bottino, que traz uma série de incongruências dos principais acordos formulados²⁴⁰.

Em 27/08/2014, o Ministério Público Federal celebrou o primeiro grande acordo de colaboração premiada advinda da chamada Operação Lava-Jato. Paulo Roberto Costa (STF, Pet. 5.259/DF), réu colaborador e ex-diretor da estatal Petrobrás, após ser preso por duas vezes e sofrer onze mandados de busca e apreensão, em meio à operação Bidone (2ª fase da Operação Lava-Jato) celebrou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal.

De sua parte, apresentou à justiça oitenta anexos, cada um deles correspondente a uma diferente notícia de crime, e relatou o envolvimento de três governadores, dez senadores e catorze deputados federais²⁴¹. Após o acordo foi colocado imediatamente em liberdade.

Nota-se que a estratégia levada a cabo pela força tarefa foi a prisão processual decretada com o objetivo de pressionar o réu que detinha informações preciosas para a acusação, a qual de outro modo não poderia ter conhecimento. Outras estratégias ao largo da legalidade foram lançadas pela acusação, tais como notícias falsas sobre supostas confissões já realizadas, manutenção da segregação cautelar aos investigados

²³⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2014. Brasília: MPF, 2017. p. 20-21.

²⁴⁰ BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 359-390, ago. 2016. p. 376-377.

²⁴¹ CHEMIN, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017. P. 110.

que invocaram o direito ao silêncio, ameaça de prisão de familiares e promessas de recompensas, como substituição de custódia por prisão domiciliar e redução da pena, para quem colaborasse²⁴².

Em relação ao acordo assinado pelo réu, destaca-se que diversos benefícios costurados entre acusação e réu não estavam previstos nos ditames da Lei n.º 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

- 1) A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5ª, I, a e Cláusula 5ª, §1º);
- 2) A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias contados da celebração do acordo (Cláusula 5ª, I, b);
- 3) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto (Cláusula 5ª, I, c);
- 4) Imposição de desistência de todos os Habeas Corpus impetrados pela defesa do réu, no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidade (Cláusula 12); e
- 5) Renúncia ao direito ao silêncio, ao direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos formulados no acordo (Cláusula 17).

De plano, despontam diversas limitações constitucionais e ilegalidades pactuadas no acordo de colaboração premiada. Importante referir que as questões apontadas geralmente se repetem em diversas colaborações, tornando-se inerente à colaboração.

A cláusula 5ª, I, 'a', que assegura ao colaborador a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica viola o disposto nos artigos 317 e 318 do código de processo penal. Nesses dispositivos estão elencados alguns requisitos para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, dentre eles: ser o agente maior de 80 anos; extremamente debilitado por doença grave;

²⁴² MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, p. 206-227, ago. 2016. p. 217.

imprescindível para os cuidados especiais de pessoa deficiente ou menor de 6 anos; ou, caso homem, se for único responsável por cuidados do filho de até 12 anos de idade, entre outros. A utilização como barganha ou moeda de troca na hipótese de prisão domiciliar ao réu colaborador desvirtua o instituto e o desígnio de justiça que se quer alcançar.

No mesmo sentido, a cláusula 5ª, I, 'b', que concede a limitação do tempo de prisão preventiva, independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, vai de encontro ao sistema processual penal brasileiro. Sabe-se que na legislação brasileira não há prazo máximo para a prisão preventiva e perdura enquanto subsistir os motivos que a justifiquem (art. 316, do código de processo penal). Além disso, o que respalda a concessão de benefícios ao acusado colaborador é a efetividade de sua colaboração, não cabendo restringir a duração da prisão preventiva sem garantia da efetividade da colaboração.

No que tange à cláusula 5ª, I, 'c', que fixa o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto, tem-se que termina por ferir o sistema acusatório, consagrado no processo penal brasileiro por força da Constituição Federal de 1988. Dispor sobre penas privativas de liberdade não é competência do Ministério Público, mas sim do Juiz de Direito ou Tribunal, após a instrução probatória, tratando-se de um dos pontos mais sensíveis do sistema acusatório. Além de que, segundo o artigo 33, do código penal, o condenado quando não reincidente cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos, faz jus ao regime semiaberto, o que desborda do pactuado com o acusado.

Ainda, a cláusula 12ª, que impõe a desistência, por parte do colaborador, de todos os Habeas Corpus impetrados pela defesa do réu, desistindo também do exercício de defesas processuais viola o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. No inciso LXVIII, da Carta Magna, está garantido que: *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*. Não obstante, o inciso XXXV, do mesmo artigo, consolida que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. De modo que, trata-se de uma tentativa de restringir o contraditório e a ampla defesa através do acordo de colaboração premiada.

Por sua vez, a cláusula 17ª, que contém mandamentos no sentido de renúncias ao direito ao silêncio e ao direito de recorrer das sentenças penais condenatórias

proferidas em relação aos fatos que são objeto do acordo, fere o postulado no artigo 5º, inciso LXIII que informa que o preso tem o direito de permanecer calado, além do direito implícito ao duplo grau de jurisdição presente na Constituição Federal.

Ainda, o réu Paulo Roberto Costa comprometeu-se a renunciar em favor da União, a qualquer valor mantido em contas bancárias e fundos de investimentos no exterior, inclusive aos que mantinha no Royal Bank of Canada Cayman, cujos valores chegavam a aproximadamente USD 02 (dois) milhões e 800 (oitocentos) mil dólares que estavam em nome de familiares utilizados para manejar as contas, bem como cerca de USD 23 (vinte e três) milhões de dólares mantidos na Suíça (também em contas de terceiros).

Somadas as penas em cúmulo material dos crimes praticados por Paulo Roberto Costa, ex-diretor da estatal Petrobrás, chegar-se-ia há um total de quase 39 (trinta e nove) anos de reclusão. Contudo, após o pacto de colaboração premiada, a pena restou reduzida para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime fechado²⁴³.

Após a colaboração de Paulo Roberto Costa, proliferou-se a estratégia de colaboração premiada utilizada como principal meio de obtenção de informações por parte da acusação. Contudo, fortaleceu-se a questão de os acordos terem critérios duvidosos e *extra-legem*. Na colaboração firmada entre Ministério Público Federal e o réu Alberto Youssef (STF, Pet. 5.244/DF), pode-se notar as seguintes ilegalidades:

- 1) Fixação do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5ª, II e V);
- 2) A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7ª, h e i e §3º);
- 3) A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7ª, §4º); e

²⁴³ SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. p. 303.

- 4) Liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7ª, §§ 5º e 6º).

A colaboração de Alberto Youssef apresenta um aspecto inédito nas colaborações pactuadas pelo Ministério Público. A cláusula 5ª, II e V prevê a já conhecida e ilegal *progressão per saltum*. O artigo 112 da Lei de Execuções Penais estabelece que será transferido para o regime menos rigoroso o apenado que tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior.

Assim, há a vedação de progressão do regime mais rigoroso (fechado) para o menos rigoroso (aberto) sem a passagem pelo regime intermediário (semiaberto). Também o artigo 120 da Lei de Execuções Penais dispõe expressamente que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto, devendo o cumprimento de 1/6 no regime semiaberto, além de cumprir os requisitos de ordem subjetiva: aptidão, capacidade e merecimento. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive elaborou a súmula 491 que estabelece que “*é inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.*”.

Já na cláusula 7ª, o *parquet* concede a permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado, o que consiste na mais notória ilegalidade do pactuado. Os bens produtos de crime, em realidade, devem ser sequestrados pelo poder judiciário, conforme preconiza os artigos 125 e 127 do código de processo penal. Ainda, o réu renunciou em favor da justiça vários bens móveis e imóveis, bem como a quantia de R\$ 1.893.410,00 (um milhão, oitocentos e noventa e três mil, quatrocentos e dez reais) e U\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) que foram apreendidos nas dependências da empresa GFD Investimentos Ltda²⁴⁴.

Não cabe ao Ministério Público barganhar a concessão de informações utilizando-se da impunidade quanto ao uso de produtos que o colaborador adquiriu através de fatos criminosos. Sendo que também há a hipótese de liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória, caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem 50 vezes o valor dos imóveis.

²⁴⁴ Informações disponíveis em: <<http://politica.estadao.com.br/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

Em suma, a cominação das penas dos crimes praticados pelo réu Alberto Youssef, sem o acordo de colaboração premiada, superaria 80 (oitenta) anos de prisão, em razão da cumulação material dos delitos. Contudo, após a barganha de informação com os órgãos de acusação, a pena negociada foi de 03 (três) anos de reclusão em regime fechado²⁴⁵.

Por sua vez, outra colaboração que relata de maneira transparente a atual celeuma quanto à legalidade e aceitação do instituto da colaboração premiada é a colaboração do réu Pedro José Barusco Filho (13ª Vara Federal, IP 5049557-14.2013.404.7000/PR), que também prevê benefícios que não estão incluídos na lei 12.850/2013.

- 1) O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em regime aberto diferenciado pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos (Cláusula 5ª, I, II, III e IV);
- 2) A obrigação de o Ministério Público Federal pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador e suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas (Cláusula 5ª, §6º).

O acordo de colaboração premiada de Pedro José Barusco Filho tornou-se polêmico, pois criou o instituto do regime aberto diferenciado, jamais previsto na legislação penal. Trata-se de uma inovação que reflete o excesso de poder que o Ministério Público se arrogou. A cláusula 5ª, incisos I, II, III, e IV repete a incompetência do Ministério Público de dispor sobre penas privativa de liberdade ou penas restritivas de direitos. Ainda, viola o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, que diz que cabe à União legislar privativamente sobre direito penal, além de não respeitar os requisitos do artigo 44, do Código Penal para a aplicação das penas restritivas de direitos em substituição à privação da liberdade.

²⁴⁵ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 300.

Já a cláusula 5^a, §6^o, do acordo consiste na promessa de que o Ministério Público Federal irá pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador e suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas. Contudo, segundo a lei n.º 8.429/92 a ação de improbidade administrativa é indisponível, não se podendo acordar sobre o seu alcance ou os seus efeitos.

O réu Pedro Barusco ainda comprometeu-se a repatriar cerca de US\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões) à Petrobrás, estatal onde desempenhava a função de gerência²⁴⁶. Estipula-se que a cumulação material pelos crimes praticados pelo réu chegaria a 18 (dezoito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o que restou reduzida para 02 (dois) anos de privação de liberdade, em regime semiaberto, após premio pela colaboração²⁴⁷.

O publicitário Renato Barbosa Rodrigues Pereira (Pet 7265) celebrou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal. Dentre as peculiaridades de seu acordo estão:

- 1) O Ministério Público se obriga a suspender por 10 anos o processo. Decorrido o prazo sem a prática de fato que implicaria rescisão, voltarão a fluir prazos;
- 2) Previsão de perdão judicial para todos os crimes de que será acusado na ação penal que decorrerá da sua delação, menos os cometidos nas eleições de 2014 para o governo do Rio de Janeiro (Cláusula 5, I).

A Lei n.º 12.850/13 estabelece que o Ministério Público tem a prerrogativa de suspender o oferecimento da denúncia por seis meses. Em caso de necessidade, cabe a prorrogação por mais seis meses. O que desborda dos contornos legais é a previsão da cláusula de suspensão por dez anos do processo, vez que não há razoabilidade, tampouco proporcionalidade para prazo tão alargado. Além e que a previsão de perdão judicial, com hipótese de seletividade entre as condutas criminosas, não cabe ao órgão de acusação.

Quanto a proliferação de acordos que apresentam cláusulas de benefícios fora dos limites legais que a legislação propõe, o Ministro Luís Roberto Barroso, em questão

²⁴⁶ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 304.

²⁴⁷ Informações disponíveis em: <<http://politica.estadao.com.br/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites.acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2019.

de ordem da Petição nº 7.074/2017, em favor da concessão de benefícios sem expressa previsão legal, votou que:

Se a lei permite o não oferecimento da denúncia, se a lei permite a concessão de perdão judicial, isto é, permite que isente o colaborador de qualquer pena, a meu ver, é intuitivo que se admita o estabelecimento de condições outras, que não resultem na total liberação do colaborador. Simplesmente porque quem pode o mais – não oferecer a denúncia ou negociar o perdão judicial – pode perfeitamente negociar uma sanção mais branda do que a que consta na textualidade da lei²⁴⁸.

Entretanto, a celeuma é controversa até mesmo em sede do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Ricardo Lewandowski, todavia, negou-se a homologar o acordo de colaboração premiada do publicitário Renato Barbosa Rodrigues Pereira, sob os seguintes argumentos:

Validar tal aspecto do acordo, corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas no ordenamento jurídico, ademais de caráter híbrido. (...) Simetricamente ao que ocorre com a fixação da pena e o seu regime de cumprimento penso que também não cabe as partes contratantes estabelecer novas hipóteses de suspensão do processo criminal ou fiar prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles estabelecidos pelo legislador, sob pena de o negociado passar a valer mais do que o legislado na esfera penal²⁴⁹.

A colaboração premiada, que no Brasil serve como meio de obtenção de provas, promove um momento singular na jurisprudência brasileira, no qual esquemas de desvio de verbas públicas e compra de parlamentares foram desvelados. Os esforços para barrar a corrupção trouxeram à luz das evidências diversas disfunções que o processo penal brasileiro historicamente se recente.

Aponta-se certa crise dos instrumentos probatórios tradicionais, em razão de não mais serem suficientes ao enfrentamento das novas facetas dos crimes contemporâneos. Essa disfuncionalidade manifesta-se na assunção desvelada da justiça penal negociada por parte das agências de repressão²⁵⁰.

²⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PET 7.074/DF. Min Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348254>>. Acesso em 13 dez. 2019.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 7.265/DF. Min. Ricardo Lewandowski (Decisão Monocrática). J. 14.11.2017. p. 22-23.

²⁵⁰ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 287.

Em primeiro plano, tem-se a complexidade do *modus operandi* dos agentes que se dedicam à prática desses delitos. A profissionalização e o dinamismo da atuação criminosa, aliada à utilização de meios tecnológicos, importam em verdadeiro obstáculo ao trabalho investigativo. Em geral, esses elementos somam-se à transnacionalização das condutas que dissimula a imputação delitiva²⁵¹.

Outrossim, a atuação por meio de grupos criminosos, em geral, dissipa a autoria em meio à divisão hierárquica dentro da estrutura da organização criminosa, colocando o “homem de trás” longe do alcance das autoridades. Esse agente torna-se o principal beneficiário das condutas delitivas através de delegações de funções executórias para pessoas de hierarquia inferior dentro da estrutura. Como fenômeno correlato, o chefe da organização é o agente que mais detém informações mais valiosas e detalhadas sobre o esquema delitivo, a despeito dos outros membros da organização²⁵².

A sofisticação estrutural dessas organizações, de moldes quase empresariais, faz com que haja certa penetração no mercado lícito e no aparato governamental, o que se torna um bloqueio à atuação policial, já que há uma maior ocultação ou dissimulação da infração, que proporciona aos criminosos obter vantagens econômicas e financeiras. Não menos importante é a questão do pacto de lealdade e de silêncio entre comparsas dentro da organização criminosa. Prática desenvolvida pelos grupos mafiosos do século XX com a figura da “omertà”, cuja figura do traidor era visto como espécie de criminoso dentre os criminosos da organização²⁵³.

Destarte, os elementos apontados junto à falta de investimento em recursos e inteligência por parte dos órgãos estatais de repressão ao crime impedem uma atuação eficaz por parte das autoridades e reforçam a alternativa aos acordos de colaboração com agentes importantes dentro das organizações criminosas. Assim, a quebra da lei do silêncio dos criminosos só vem sendo possível na realidade brasileira através do instituto da colaboração premiada, que passa ao cerne dos meios de obtenção de provas ao invés de medida excepcional.

²⁵¹ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 288.

²⁵² SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 288-289.

²⁵³ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 290.

Gize-se que essa terceira via do direito penal proporciona riscos à legalidade penal, à proporcionalidade e à isonomia no campo da aplicação da pena²⁵⁴. Além de que a tradição acusatória com traços da inquisitorialidade de outrora se alia, no momento atual, com as consequências da introdução da negociação de acordos de colaboração premiada.

Aspectos abstratos e conceituais, por si só, já colocam em cheque os métodos utilizados na colaboração premiada, que quando confrontados com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, suscitam debates quanto ao implante do mecanismo no processo penal. No entanto, a centralidade da adoção da colaboração premiada revela, como aspecto mais relevante, a discrepância entre os meios empregados nas negociações e aqueles previstos na Constituição Federal. A realidade é que, sob o manto do combate à corrupção, o poder investigatório aumentou seu alcance e efetividade.

A questão dos traços de inquisitorialidade no processo penal tende a se agravar com o amplo espaço de negociação no processo penal. Sabe-se que a separação entre as funções de acusar e de julgar é fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito, o que, preliminarmente, seria suficiente para avaliar-se o grau de esclarecimento civilizatório da sociedade. Contudo, a insuficiência dessa concepção é verificada na gestão da prova e no alcance do *ne procedat iudex ex officio*. Tornou-se imprescindível o afastamento do juiz da iniciativa probatória, a fim de fortalecer os laços com o contraditório e a ampla defesa, além da necessária imparcialidade do magistrado²⁵⁵. Questões denunciadas por Lopes Junior dentre seus apontamentos sobre os sistemas de processo penal:

Todas essas questões giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo²⁵⁶.

²⁵⁴ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 298.

²⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. p.6.

²⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 29.

Atento a esta questão, o legislador estabeleceu na Lei n.º 13.964/19, de 24 de dezembro de 2019, um série de medidas que procuram reduzir a influência do magistrado na produção da prova em si, tais como:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

(...)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

Tem-se que tais modificações na legislação vigente promovem uma maior racionalidade e civilidade no procedimento negocial. Contudo, ainda não estão consolidadas as garantias mencionadas no processo penal e na *práxis* forense. Embora se possa perceber que o procedimento de negociação muitas vezes promove algumas garantias, a lógica da barganha tende a agravar mazelas que o próprio processo penal vem reproduzindo. Por exemplo, não basta que a legislação afaste o juiz penal da produção da prova em si, vez que a proximidade dos objetivos de política criminal é capaz de unir a acusação e o terceiro imparcial, seja pelo interesse de ambas as partes nos números satisfatórios de produtividade, seja pela faceta veladamente parcial que o magistrado possa vir a assumir na fiscalização das negociações.

A democraticidade de um sistema, segundo Lopes Júnior, se cria as condições necessárias para a efetivação das regras do jogo, especialmente do contraditório e, por conseguinte, da ampla defesa e imparcialidade do juiz. A colaboração premiada coloca em xeque a imparcialidade do juiz, já que esta decorre não apenas de o magistrado não haver desempenhado atividades típicas de acusação, mas do fato de decidir munido de elementos trazidos pelas duas partes. Desse modo, a conformação constitucional só admite a influência do contraditório se o juiz não estiver psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo²⁵⁷.

Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário tem aceitado a posição do Ministério Público quanto à alargada interpretação dos dispositivos legais que tratam dos benefícios do acordo de colaboração premiada. Posição criticada por Vasconcellos que

²⁵⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 128.

aponta uma indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena ao imputado²⁵⁸.

4 ANÁLISE TEÓRICA QUANTO À (IN)APLICABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO AO MODELO ACUSATÓRIO BRASILEIRO

4.1 A perspectiva da doutrina penal brasileira quanto aos possíveis desdobramentos da implementação da barganha no Brasil: inovação ou retorno à arbitrariedade?

A análise e compreensão de determinado objeto não parte do vazio epistemológico, já que todo o fenômeno de conhecimento pressupõe uma série de pré-compreensões sobre o objeto em si e o mundo que o cerca²⁵⁹. Da mesma forma, o rigor científico aponta que a análise de um instituto não pode ser tomada de modo isolado, vez que o objeto do conhecimento se relaciona, de forma ampla, com outros objetos e com o sistema em que está inserido. Desse modo, isolar determinado objeto de conhecimento é privá-lo de qualquer sentido possível²⁶⁰.

O fenômeno da barganha segue a mesma estrutura. Pressupõe uma série de compreensões, positivas e negativas, a serem interpretadas de forma conglobante em relação ao sistema jurídico em que está inserida. Isso para que possa se chegar a algum tipo de conclusão acerca do problema das suas limitações constitucionais.

Tem-se que a negociação no processo penal concentra seu campo de influência em meio à tensão entre dois polos de sinais opostos. A equação que se apresenta entre a necessária persecução dos crimes complexos e a imprescindível manutenção dos direitos fundamentais no processo penal encontra sua legitimidade no equilíbrio entre o garantismo e a assunção de novos métodos investigativos.

De um lado, tem-se o eficientismo do sistema penal que se encontra fortemente vinculado ao modelo negocial, vez que a implementação dos acordos no sistema penal traz como consequência números favoráveis às estatísticas de produtividade dos poderes públicos. De outro, há o polo da legitimidade do sistema penal, que se centra nos princípios e garantias fundamentais, base do Estado Democrático de Direito²⁶¹.

²⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal*. p. 215. Também em: SILVA, Marcelo Rodrigues da. *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*. p. 304.

²⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária de São Francisco, 2014. p. 209-215.

²⁶⁰ HEGEL, G.W.F. *A ciência da lógica*. Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (1830). São Paulo: Loyola, v.1, 1995.

²⁶¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. p. 49.

Boa parte dos apoiadores do modelo negocial argumenta que o acordo pactuado entre acusação e defesa apresenta reflexos no combate à corrupção e a impunidade no cenário nacional. Que o modelo negocial é efetivo e desponta como algo célere, eficaz e capaz de alcançar maiores resultados no combate aos crimes de corrupção e desvio de ativos do erário público. Questiona-se, nessa senda, se as razões efficientistas de política criminal em colisão com os direitos fundamentais podem permitir moderações que legitimam a adoção da justiça penal negociada.

O problema que se coloca é como racionalizar as demandas de reforço e qualificação dos mecanismos penais, de modo a manter em equilíbrio a equação liberdade-segurança, preservando-se, quando da introdução de novos instrumentos reativos de investigação e punição, os direitos fundamentais²⁶².

Conforme Valdez Pereira, entender o sistema judiciário penal tão somente como espaço de tutela das liberdades e garantias constitucionais de verificação e repressão de delitos, por certo que rejeitaria, *a priori*, qualquer tentativa de ponderação entre razões de eficiência e de garantia²⁶³. Contudo, apesar da persecução ao crime organizado concretizar-se no momento da repressão penal, há que se levar em conta uma premissa básica para o enfrentamento da questão: não ser o processo penal o local próprio de repressão à criminalidade organizada, senão antes e fora do processo, em forma de investimentos em prevenção e inteligência²⁶⁴.

Por outro lado, sabe-se que os números estão a favor de um alargamento dos espaços de negociação e consenso. Uma parte cada vez mais crescente da doutrina penal assume uma posição de aceitação quanto à política criminal negocial. Inclusive, essa corrente de pensadores aduz que o direito de defesa do acusado ganha uma nova faceta e uma nova oportunidade estratégica dentro do processo penal.

Essa vertente fundamenta sua predileção pelo triunfo da barganha no processo penal brasileiro na eficácia dos acordos, no rechaço às críticas quanto ao suposto aproveitamento da posição de traidor por parte do Estado e na funcionalidade do processo penal que serve à política criminal negocial que persegue os crimes complexos. Assim, Norberto Avena aduz que:

Para alguns, a delação premiada trata-se como um procedimento eticamente censurável, já que induz à traição. Além disso, implicaria

²⁶² PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. p. 31.

²⁶³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. p. 50.

²⁶⁴ GREVI, Vittorio. *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*. In: GREVI, Vittorio. *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993, p. 3-42.

no rompimento ao sistema da proporcionalidade da pena, permitindo a punição diferente de indivíduos acusados do mesmo crime e com o mesmo grau de culpabilidade. Particularmente, não concordamos com esse entendimento, aderindo à corrente que vislumbra no instituto um mecanismo de combate à criminalidade organizada e que, bem empregada, servirá de instrumento importante na busca da verdade real²⁶⁵.

Interessante o estudo quanto a essas ideias para uma aproximação dos pólos de legitimidade e eficiência do sistema penal. O primeiro grande argumento lançado por essa corrente de pensamento é a questão da eficiência do instituto da barganha na persecução da verdade real por meio do processo penal.

Scarance Fernandes esclarece a diferença entre eficiência e eficácia. O autor entende que o conceito de processo penal eficaz é aquele que, ao atingir o resultado, possibilita idênticas oportunidades à acusação e à defesa de “defenderem suas posições jurídicas, fazendo que os julgamentos estejam legitimados pelo uso do procedimento adequado”²⁶⁶. Em relação à eficiência. Scarance Fernandes relata que está ligado à finalidade última atribuída ao processo. Se a finalidade for assegurar a defesa do acusado, o processo eficiente é aquele que assegure os meios de defesa. Por outro lado, se a finalidade for permitir à acusação apurar a verdade e punir os agentes, será eficiente o processo que alcançar estes fins. Contudo, caso a finalidade do processo seja a obtenção de um resultado justo que se legitime pelo processo adequado, será eficiente o processo que “assegure a ambas as partes os exercícios de seus direitos e as proteja com as garantias constitucionais”, ou, em outras palavras, a eficiência está no devido processo penal²⁶⁷.

Rosimeire Leite em suas considerações sobre a justiça consensual coloca que não parece correto que a ideia de eficiência processual seja vista apenas sob determinado enfoque negativo de sua percepção. A autora defende que o processo penal deve ser concebido como um instrumento para ser eficiente, atingindo os resultados mais proveitosos com os menores custos, isto porque a atuação do Estado, dentre outros fatores, deve ser norteado pelo princípio da eficiência. A justiça consensual apresenta-se como um novo modelo de processo penal, caracterizado por ser

²⁶⁵ ÁVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado* – São Paulo: Método Ed, 2009. p. 149.

²⁶⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. p. 25. In: FERNANDES, Antônio Scarance *et al.* (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24-25.

²⁶⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal*. p. 24-25.

menos repressivo por estimular a participação, o diálogo, o acesso à justiça, bem como valorizar os interesses da vítima²⁶⁸.

A eficiência, nessa visão, marca o tema da justiça penal consensual. Os acordos entre acusação e defesa vinculam-se ao objetivo de enfrentar os transtornos decorrentes da criminalidade complexa. Pode-se perceber que alguns tipos de delitos são investigados de maneira mais rápida e com custos menores. Nesse sentido, Vanise Monte corrobora relatando que a delação premiada "dá à persecução penal um concreto instrumento para que se busque a redução da impunidade no país e efetivo combate à criminalidade organizada²⁶⁹".

Do mesmo modo, Gabriel Campos defende a importância do instituto da delação premiada como possibilidade de persecução da criminalidade moderna e complexa, promovendo efetividade em relação ao desbaratamento de organizações criminosas. Aponta que a adoção do instituto produz um aumento de qualidade da atividade processual, promovendo a justiça. Parte, igualmente, de um pressuposto de que o processo penal serve como instrumento de política criminal²⁷⁰.

Em parte, assiste razão aos defensores do modelo, vez que os números que a "Operação Lava-Jato" apresenta dão conta de bilhões de reais que retornaram aos cofres públicos que de outra forma o Estado não conseguiria recuperar. Contudo, não é possível acreditar que o modelo proporcione maior eficiência no combate à impunidade.

Em verdade, o que se vê é justamente o alcance dos objetivos da política criminal ao custo do comprometimento do sistema acusatório e das garantias fundamentais. Ao barganhar o acordo de colaboração com um agente envolvido no crime, o Estado abre mão de uma parcela das consequências penais advindas do fato delitivo cometido por aquele agente, que na maioria das vezes é alguém importante dentro da organização criminosa, em troca do oferecimento de meios de prova e informações relevantes.

Pode-se perceber na experiência brasileira que muitos réus que sem o recurso da colaboração premiada poderiam cumprir décadas de privação de liberdade em regime fechado, ganharem o benefício de cumprir poucos anos de pena, em regime mais brando em troca de devolverem o fruto do crime, além de delatarem outros criminosos

²⁶⁸ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 49.

²⁶⁹ MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, 2001, v. 16, nº 82, p. 237.

²⁷⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas*. p. 125.

envolvidos. Os criminosos têm a oportunidade de livrar-se das penas previstas para os crimes que cometeram, valendo-se de um acordo de colaboração premiada, que por um lado é eficaz na recuperação de ativos desviados dos cofres públicos, só que por outro, reforça a sensação de impunidade, na medida em que há uma troca de informações por liberdade, dentre outros benefícios.

Nota-se que a perspicácia dos delatores, sempre envolvidos diretamente com o cometimento de crimes, coloca-os diante de uma saída para a punição por seus crimes praticados. O delator sempre tem a oportunidade de traição para com seus comparsas, caso sua atuação na organização criminosa chegue ao conhecimento das autoridades.

Pelo lado da defesa, os benefícios são muitas vezes meramente aparentes, vez que na barganha, invariavelmente, há a supressão de fases do processo e por consequência o enfraquecimento da ampla defesa e do contraditório. Sem contar a possibilidade de chefes das organizações criminosas ganharem maior leniência que seus subalternos no crime, em razão de deterem maiores informações quanto aos delitos praticados, o que atrairia maior interesse do Estado em negociar.

Por outro lado, sabe-se que o fundamento de legitimidade de todo sistema penal no Estado Democrático de Direito é a busca pela verdade. Autores, na linha de Norberto Avena²⁷¹, sustentam que o recurso à negociação no processo penal torna-se uma importante ferramenta que permite ao magistrado mais claramente chegar à verdade dos fatos, vez que em alguns crimes, devido às suas idiossincrasias, somente podem ser conhecidos por aqueles diretamente ligados ao fato, ou seja, muitas vezes apenas os criminosos conhecem os meandros do crime e do funcionamento da organização criminosa, sendo que a colaboração desses agentes resta imprescindível para a persecução penal.

Com efeito, suscita-se por parte da doutrina apoiadora da barganha que há um maior alcance da verdade real por parte do Estado no processo penal. Contudo, entende-se que a colaboração premiada não é corolário da verdade dos fatos que interessa às investigações. Pondera Muriel Jacob que a verdade real em essência é inatingível, em que pese à crença de tornar-se possível seu alcance denota-se útil para apaziguar o clamor social e a conformação das partes envolvidas no processo penal²⁷².

Sabe-se que o conceito de verdade não apresenta consenso entre seus estudiosos. Conhecer a verdade acerca das coisas e pessoas perpassa ao processo penal,

²⁷¹ ÁVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado*. p. 149-150.

²⁷² JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. *A busca da verdade no processo penal*. p. 171.

tornando-se questão ontológica da condição humana²⁷³. O princípio da verdade nas ciências jurídicas, em suma, divide-se em duas vertentes: a verdade formal, que tradicionalmente afeta ao processo civil, e a verdade material (real), inerente ao processo penal, previsto no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal²⁷⁴.

A prova tem centralidade do processo penal, enquanto único meio de reconstruir a verdade sobre determinado fato ocorrido no passado. Não cabe pelo mero depoimento do delator a aceitação de sua versão como prova irrefutável contra terceiro delatado. A verdade que importa para a lógica do instituto é aquela que pode ser cotejada com outros elementos, que muitas vezes são alcançados pelo próprio delator. Há, nesse sentido, uma nova roupagem para a questão da verdade no processo penal. Nesse campo do saber jurídico, diferente da esfera civil, a verdade real é o objetivo da persecução, vez que o desenrolar da aferição da culpabilidade leva a perda do bem jurídico mais caro ao homem, que consiste na liberdade de ir e vir.

Justamente o problema da verdade que muitos apoiadores da colaboração premiada sustentam como sendo mais bem perseguida com a estruturação do instituto, reside um dos aspectos mais controversos quanto aos acordos. O pensamento reinante nessa corrente é que alguns crimes são tão sofisticados e apresentam tamanha complexidade que muitas vezes somente os agentes que estão operando no esquema criminoso é que tem acesso à prova e são capazes de trazer luz às verdades inacessíveis.

Daí decorre o problema denunciado quanto à confiabilidade da palavra do colaborador na busca da verdade real no processo penal. Segunda o desenvolvimento da doutrina italiana, lecionada por Bittar²⁷⁵, a palavra do colaborador possui sua confiabilidade aferível por dois elementos intrínsecos: subjetivos e objetivos. Os elementos subjetivos são baseados em um critério pessoal do agente colaborador, atinente à sua personalidade, seu passado e as razões pelas quais o lavaram a confessar o crime e os elementos objetivos são tidos como aqueles que conferem firmeza, constância e a especificidade lógica da declaração do colaborador.

Com propriedade Jamilla Sarkis coloca algumas questões que apresentam dissonâncias na aplicação desses critérios de aferibilidade da palavra do colaborador,

²⁷³ Marilena Chauí relata que o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, de acreditar que as coisas são exatamente tais como as percebemos e o que as pessoas nos dizem é digno de confiança e crédito. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 112.

²⁷⁴ JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. A busca da verdade no processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 26, p. 163-183. jul./dez. 2018. p. 173.

²⁷⁵ BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011. p. 459.

tanto no plano subjetivo, quanto no plano objetivo. No plano subjetivo, que dizem respeito à avaliação de personalidade do agente, bem como o grau de desconfiança dos poderes públicos nas suas declarações, a autora aponta que ao Estado não cabe qualquer inserção indevida na vida privada do cidadão, sobretudo no que não diz respeito aos fatos concretos que se encontram *sub judice*, ou como preconiza Ferrajoli, ao Estado não interessa indagar sobre a alma do imputado²⁷⁶. No plano objetivo, pelo qual se avalia a lógica e a coerência do depoimento do colaborador em cotejo com os fatos conhecidos pelo juízo, Sarkis critica que a aferição da confiabilidade da palavra do colaborador parte de uma premissa equivocada de que a escolha do colaborador deriva de uma decisão puramente racional. A autora aponta que, diferentemente dos modelos e teorias econômicas do comportamento, o padrão de racionalidade humana demonstra que as escolhas são suscetíveis ao reflexo emocional da forma como as opções são apresentadas. Assim, a decisão de colaborador com o órgão acusatório e delatar terceiros envolve sentimentos e valores que ultrapassam a mera racionalidade²⁷⁷.

Com base na psicologia cognitiva de Robert Sternberg, que representa o estudo de como as pessoas percebem, aprendem, lembram-se e pensam sobre a informação²⁷⁸, Jamille Sarkis refere três problemas fundamentais de aceitação da palavra do delator como instrumento voltado à obtenção da verdade real no processo penal. São eles: as falsas confissões, o problema da conformidade e os vieses cognitivos (teoria da dissonância cognitiva)²⁷⁹.

As falsas confissões tendem a ser um problema indissociável da colaboração premiada. A razão de ser do instituto tem sua legitimidade veiculada pela obtenção de uma confissão acerca de um delito. Considera-se, todavia, que o acusado por vezes não tendo como se defender diretamente dos fatos imputados a ele, acaba não só por confessar, mas também por irrogar terceiros à participação no crime na esperança de livrar-se da inculpação. Entretanto, aquele que crê que o procedimento leva ao colaborador admitir sua culpa nos exatos termos da imputação, ignora toda a lógica efficientista que envolve o modelo premial, na medida em que o órgão acusatório tem

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: a teoria do garantismo penal*. p. 208.

²⁷⁷ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019. p. 112.

²⁷⁸ STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*, 5. ed. Cengage Learning, 2015. p. 01.

²⁷⁹ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019. p. 113.

total interesse em desvelar o crime no mínimo tempo possível, conseguindo maiores benefícios a menores custos²⁸⁰.

Os agentes colaboradores não se furtarão a faltar com a verdade para se beneficiar em um possível acordo, o que apresenta uma via de mão dupla para as autoridades: como acreditar que aquele criminoso fala a verdade e alcança informações realmente pertinentes quanto à operação. Além do mais, a coação, através das prisões processuais que servem ao objetivo de forçar uma delação, não melhora a situação, posto que o sujeito que se vê encarcerado não medirá esforços para alcançar a liberdade, podendo falsear sobre os fatos, delatar inocentes e forjar provas.

Um segundo problema tem a ver com o fenômeno da conformidade, pelo qual a psicologia cognitiva descreve como a tendência dos indivíduos de aceitarem influências externas que não condizem com seus sentimentos ou vontades próprias porque acreditam que com isso podem conquistar reações favoráveis por parte de outros indivíduos do grupo. O sujeito adota comportamento induzido não por suas crenças, mas pela expectativa de ganhar benefícios específicos e evitar punições ou desaprovação. A autora aponta que o sentimento de culpa pode surgir tanto nas condutas realmente praticadas pelo colaborador, quanto naquelas em que o mesmo acredita tê-las praticado e assume a culpa por sua realização²⁸¹.

Por último, o problema dos vieses cognitivos ligados à teoria da dissonância cognitiva, segundo a qual os seres humanos têm por objetivo encontrar um ponto de equilíbrio em seu sistema cognitivo que equacione de forma adequada suas convicções e opiniões, da mesma forma que serve como base para comprovar que as informações previamente corretas que tendem a servir à ratificação da hipótese preconcebida. Problema que se reflete na predisposição dos magistrados para formar convicção no início do processo, com base exclusivamente no inquérito policial (sem contraditório), problema transplantado à negociação, estudada por Schünemann no processo penal, que se dedicou a entender a influência da dissonância cognitiva no processo de tomada de decisões²⁸².

²⁸⁰ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019. p. 113-114.

²⁸¹ SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019. p. 117.

²⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, n. 11, p. 30-50, 2012. p. 40.

Assim, resta evidente que os objetivos de alcance da verdade sobre um fato criminoso não permitem a inobservância das garantias processuais. A busca pela verdade deve ser utilizada como elemento jurídico de confrontação de outros princípios para a solução de controvérsias²⁸³. Assim, a crença na verdade real resta inconcebível quando utilizada para justificar paradigmas inquisitoriais adotados pelo julgador na busca de se estabelecer a verdade no processo²⁸⁴.

Isso posto, não é novidade na jurisprudência brasileira, a disseminação de arbitrariedades contrárias aos direitos fundamentais sob o pretexto de se atingir a verdade real. O que torna ainda mais sensível essa celeuma é basear-se na formação de certeza a partir da confissão e da delação premiada o alcance de uma verdade material dentro do processo que, conforme Ferrajoli, não é alcançável essencialmente, somente aproximável enquanto modelo limite²⁸⁵. Inclusive, o autor leciona que “se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade²⁸⁶”.

Os acordos de colaboração premiada, frequentemente como a prática demonstra, impõe ao acusado a confissão a partir de um encarceramento prematuro ou até mesmo para que o investigado proteja demais membros da organização criminosa, revelando alguns fatos criminosos e escondendo outros, seja pela promessa de recompensa, seja pelo temor de sua própria vida²⁸⁷.

Outro aspecto relevante, é que a colaboração premiada cria uma espécie de verdade dos fatos negociada, em que as partes acordam que nenhuma prova seja produzida em relação à determinada circunstância, o que nada tem a ver com a busca da verdade material tanto defendida pela doutrina favorável. Além disso, no sistema acusatório não há espaço para a autonomia da vontade do órgão acusador estatal, quanto a essas premissas²⁸⁸.

²⁸³ RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 103-130, 2017. p. 112.

²⁸⁴ JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. *A busca da verdade no processo penal*. p. 172.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. p. 49.

²⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. p. 281.

²⁸⁷ RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal*. p. 115.

²⁸⁸ RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. *A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal*. p. 123.

Suscita-se dentre os pensadores do processo penal certa crítica quanto à posição estatal de se valer de tal falta de lealdade do delator, vez que normalmente se repudia a figura do traidor. Guilherme de Souza Nucci, em suas ponderações quanto à colaboração premiada, coloca que:

(...) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes. No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução dos conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severos, totalmente distantes dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais²⁸⁹.

Quanto à questão de o instituto envolver uma espécie de traição legalizada, premiando uma atuação antiética por parte do delator, Gabriel Silveira de Queirós Campos insurge-se contra o argumento lançado por parte da doutrina contrária ao instituto da barganha, no sentido de que estimular a traição entre os membros da organização criminosa ofenderia os ideais éticos, valendo-se o Estado da delação sem qualquer preocupação com efeitos negativos do fomento ao instituto²⁹⁰.

O autor propõe que o instituto trata de romper com a “solidariedade criminosa” que impera nos crimes de organização criminosa em que os crimes são perpetrados através da confiança entre os membros, permitindo assim que a ideia de consenso seja preponderante no processo penal, vez que o Ministério Público abdicaria de seu direito-dever de formular a imputação para o acordo²⁹¹.

Campos coloca tal argumento como “curioso”, na medida em que o respeito a uma ética própria do mundo do crime nada tem a ver com os objetivos perseguidos pelo Estado. Relata que o delator ao arrepender-se e entregar seus comparsas, o acusado estaria rescindindo com a organização criminosa de modo a prestigiar o conjunto de valores e bens jurídicos caros a todo o corpo social, tutelados pelo Direito Penal. O

²⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 418.

²⁹⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas*. p. 128.

²⁹¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas*. p. 125.

autor inclusive pondera que a delação premiada se encarada de modo correto constitui uma oportunidade de retorno à legalidade por parte do autor do crime²⁹².

No mesmo sentido Barra Lima considera que ao colaborar voluntariamente com a persecução penal promovida pelo Estado, o criminoso assume, ainda que por conveniência, o campo ético da “constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”. O que não pode ser visto como violação do próprio ordenamento, já que pensar inversamente é que justamente importaria uma violação a esses princípios, pois levaria os coautores a se valer da própria qualidade em relação ao delito e a organização criminosa para blindar-se entre si contra a persecução penal, o que serviria, portanto, para uma espécie de estímulo à formação de organizações criminosas²⁹³.

Em verdade, parece ser frágil o argumento de que o rechaço ao instituto da barganha no processo penal reside na questão de não poder o Estado se valer de uma suposta falta de ética na traição do colaborador. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos apurados, e não a que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais²⁹⁴.

A moderna ciência penal entende que a comunicação é o eixo central que permite distinguir os sistemas sociais dos demais sistemas²⁹⁵. Segundo uma concepção funcionalista, a concepção de delito não simplesmente como lesão a bem jurídicos diversos, mas como quebra da vigência da norma, que expressa a identidade normativa de determinada sociedade, considerando a norma como estabilização do sistema jurídico que visa a manutenção das expectativas normativas essenciais²⁹⁶.

O colaborador ao negar o pacto de lealdade com seus parceiros de crime, em realidade, nega a identidade normativa do subsistema organização criminal e retorna,

²⁹² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas*. p.128.

²⁹³ BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.) *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 288.

²⁹⁴ DOMINIONI, Oreste. La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 41, segunda série, p. 741-767, 1986.

²⁹⁵ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Trad. Saul Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 54-55. LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Trad. De Cuello Contreras e J.L. Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997. p. IX-X.

através de sua colaboração com a persecução penal, à identidade normativa e as expectativas da sociedade. Razão pela qual, na linha de Barros Lima, parece que não passa por esse ponto o repúdio à difusão da colaboração premiada no processo penal brasileiro.

Outrossim, não se está diante da aceitação do instituto pelo mero descartar do argumento da falta de ética que se vale o Estado de modo meramente utilitário. Embora não pareça correto o respeito à lealdade entre criminosos realizados pelo Estado, já que ao Estado, em primeiro plano, cabe à proteção dos bens jurídicos, através da vigência das normas penais, a assunção utilitária do processo reflete problema de ordem constitucional.

É possível perceber certo relativismo ao conjugar sanção negativa com o prêmio pela conduta pós-delitiva, o que esbarra com a concepção retribucionista clássica ou absolutista da pena, em relação à qual a reprimenda penal expressaria uma exigência e, por conseguinte, um valor inconciliável com a ideia de mal menor²⁹⁷.

Questiona-se a convicção, sobretudo, em relação aos acordos de colaboração premiada firmados na fase pré-processual, de investigação policial ou ministerial. O *parquet* fundando-se nos acordos rigidamente mantidos em sigilo recorre ao judiciário para promover medidas cautelares, ou até mesmo ordem de busca e apreensão, medidas que para terem eficácia dependem do segredo de justiça para assegurar sua eficácia.

Por outro lado, para se argumentar pela inconstitucionalidade da colaboração por suposta violação do *nemo tenetur se detegere*, ter-se-ia que considerar o direito dos acusados a não confessar como sendo direito irrenunciável, ou, apesar de voluntariamente renunciável, que o prêmio pela colaboração eliminaria a voluntariedade. Entende-se, ao contrário, que a possibilidade de se atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, e ainda que acrescida da colaboração revelativa, não importa violação do direito a não autoincriminação, tampouco o prêmio elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado²⁹⁸.

O Ministro Alexandre de Moraes já se pronunciou no seguinte sentido: “A delação premiada é instituto importantíssimo para o combate da criminalidade organizada, inclusive dentro da política, mas só se for eficaz...”²⁹⁹.” Entretanto,

²⁹⁷ BETTIOL, Giuseppe. Dal diritto penale al diritto premiale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, a.3, nova série, p. 701-713, 1960.

²⁹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 59.

²⁹⁹ LEITE, Gisele. *Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro*. p. 36.

conforme destacado, diversos juristas se opõem fortemente à técnica negociação criminal. Argumentos como a ofensa às garantias processuais, mercantilização utilitária do processo e retrocesso processual demonstram com propriedade a polêmica.

Schünemann relata que o procedimento penal continental europeu tem entrado em uma profunda e incomparável crise justamente pela adoção do *plea bargaining*, uma crise vital para a estrutura de um Estado de Direito Liberal e uma crise de sobrevivência, que não pode ser captada, ou não quer sê-lo, pelos profissionais que atuam no processo³⁰⁰.

Sob o véu do combate à impunidade, o discurso da negociação no processo penal ganha espaço no cenário jurídico nacional. Ocorre que, o mecanismo oriundo do direito consuetudinário está sendo implantado em meio ao procedimento acusatório brasileiro. O tema dos transplantes jurídicos já foi debatido a exaustão pelos cientistas do direito, tendo sido flagrante a advertência quanto aos enxertos que desconfiguram a tradição processual. O direito penal e processual penal vem gradativamente se tornando um sistema de estatísticas, para além de um sistema de garantias.

Nesse sentido, a lógica da barganha envolve certos pressupostos que devido à tradição que provém merece uma atenção maior, vez que, no Brasil, como dito, o sistema acusatório, alçado a paradigma pela Constituição Federal, impõe certos postulados que devem ser reforçados através do processo penal.

No sistema acusatório, dentre os vários princípios que perfazem o sistema, tem-se o princípio da imparcialidade do magistrado, que se vê fortemente relativizado pelos pressupostos da barganha na colaboração premiada. Embora não seja um princípio expressamente previsto pelo texto constitucional, chega-se em decorrência lógica à imparcialidade do julgador através das garantias constitucionais.

O artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal prevê a garantia do juiz natural, que ao lado da vedação a juízos ou tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal), são pressupostos da imparcialidade do julgador. Ademais, o artigo 95, parágrafo único, incisos I a V, da Constituição Federal, impõe uma série de vedações aos juízes, justamente a fim de veicular o princípio implícito da imparcialidade dos magistrados. São elas: (I) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função; (II) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; (III) dedicar-se à atividade político-partidária; (IV) receber, a qualquer

³⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal?: ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo??* p. 293.

título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; e (V) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Além dos aspectos avançados, a cláusula de abertura da Constituição (artigo 5º, §3º, da Constituição Federal) garante que a República Federativa do Brasil possa aderir a tratados internacionais que promovam a constante modernização e adaptação do sistema constitucional aos postulados internacionais de direitos humanos. Tais como aqueles que garantem o direito de qualquer ser humano de ser julgado por tribunal imparcial.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que expressamente afirma:

Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida³⁰¹.

Aliado à Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros tratados internacionais seguem a mesma linha de considerar a imparcialidade do julgador um dos direitos mais relevantes do ser humano em sociedade. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nesse sentido, prevê em seu artigo 14 que:

Artigo 14: 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores³⁰².

³⁰¹ INTERNACIONAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Rio de Janeiro: UNIC RIO, 2009. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

³⁰² INTERNACIONAL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: 1966. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 23 dez. 2019.

Ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vem a corroborar com os demais tratados sobre o tema, estabelecendo uma série de princípios fundamentais para a jurisdição dos Estados pactuantes. Em relação ao princípio da imparcialidade dos juízes e tribunais aponta que:

Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza³⁰³.

O processo penal para ser justo e válido, é necessário que o juiz atue de maneira imparcial, não tendendo para qualquer das partes envolvidas na disputa processual. A doutrina processual coloca a imparcialidade do julgador geralmente como um princípio supremo do processo³⁰⁴, ou até mesmo como basilar da função jurisdicional³⁰⁵. Inclusive, Zaffaroni afirma que a jurisdição não existe se não for imparcial³⁰⁶.

Embora, não se defenda que o magistrado seja nulo ou neutro³⁰⁷, já que a ele incumbe o papel de efetivar os valores constitucionais através do processo, tem-se que a separação entre as funções de julgar e acusar pelo Estado, não pode ser confundida entre os mesmos atores processuais. André Maya aponta, ainda, a importância de os magistrados conhecerem sua formação subjetiva para com isso adotar uma postura

³⁰³ INTERNACIONAL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Aprovada pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992 e promulgada pelo Dec. 678 de 06.11.1992. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm> Acesso em: 23 dez. 2019.

³⁰⁴ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal (introduccion)*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127.

³⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan. Et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 29.

³⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder judiciário: Crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

³⁰⁷ A imparcialidade judicial trata-se de uma construção jurídica que não se confunde com neutralidade, já que tem como principal finalidade a preservação da cognição do magistrado no processo para que nenhuma parte seja beneficiada em detrimento de outra. RITTER, Ruiz; STEIN, Ana Carolina Filippou. A (in)compatibilidade da iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório à luz dos princípios da imparcialidade e da presunção de inocência. In: *Processo penal contemporâneo em debate II*. GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (org.). Florianópolis: Empório do direito, 2017. p. 88.

efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas nas controvérsias judiciais, sem se deixar contaminar por eles³⁰⁸.

O vínculo funcional entre a imparcialidade e a prova resulta mais claro sempre que aquela é violada com o propósito de se chegar à verdade³⁰⁹. Sabe-se que o modelo negocial impõe como um dos seus pressupostos a homologação do acordo entre o colaborador e o Ministério Público a cargo do magistrado. Suscita-se, por certo, a quebra do dever de parcialidade e a violação da efetiva distância que deve haver em relação aos interesses das partes envolvidas por parte do juiz, já que a força da palavra do delator ganha maior notoriedade no processo penal.

Desse modo, o escopo da negociação premial tende a promover o desvalor da racionalidade garantista que ainda não está plenamente sedimentada no sistema penal brasileiro. O movimento inquisitório que preenche as instituições e procura dar roupagem legal aos anseios de recrudescimento autoritário do processo penal, ao passo que em alguns momentos encontra cumplicidade em certa parte da sociedade civil, ao mesmo tempo encontra barreira intransponível na Constituição Federal.

Apesar do exposto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há hipótese de violação do princípio da imparcialidade pelo instituto da colaboração premiada³¹⁰. Os ministros da corte constitucional, em decisão relativa ao tema, optaram pelo entendimento de que as hipóteses do artigo 252 do código de processo penal são taxativas, não havendo nulidades quanto à imparcialidade do magistrado em relação aos acordos de colaboração premiada.

Nenhuma reforma que interfira nos princípios processuais penais e no sistema penal como um todo deve restar imune a uma reflexão quanto à possibilidade de violar os preceitos constitucionais. Os órgãos de execução criminal, preocupados com a contenção dos riscos contemporâneos, avançam no sentido de atingir resultados e entregar eficiência administrativa, escondendo suas deficiências, ocultadas pelo abreviamento do processo, pois se o processo penal é sumariamente interrompido, as

³⁰⁸ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantia*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

³⁰⁹ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 135-169, ago. 2016. p. 162.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97553/PR, Relator: Menezes Direito, Data de Julgamento: 16/02/2009, Data da Publicação: DJe-038. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3098235/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-97553>> Acesso em: 23 dez. 2019.

autoridades competentes tem o poder de esconder os problemas estruturais do próprio processo.

A colaboração premiada enxerga no maior encarceramento uma atuação enérgica dos órgãos criminais contra a criminalidade. Contudo, ocorre um maior recrudescimento do sistema penal, visto o maior grau de injustiça arraigado à sistemática. Isso sem contar o agravamento dos problemas estruturais da execução criminal que já conta com prisões superlotadas, seletividade do sistema e as incongruências já conhecidas.

Feitas as considerações quanto parte da doutrina que defende que a barganha é algo necessário e perfaz um movimento de combate à anticorrupção. A análise quanto à constitucionalidade da barganha no processo penal torna-se imprescindível, devido ao sistema de hierarquia das normas no direito brasileiro ter como ponto mais alto a Constituição Federal.

4.2 A técnica de barganha como política criminal no Brasil e seus pontos de conflito com as diretrizes processuais da Constituição Federal de 1988

O sistema garantista da Constituição Federal de 1988 consagra a previsão de princípios explícitos e implícitos com o objetivo de promover e preservar o sistema acusatório de persecução penal³¹¹. A partir dessa premissa, exige-se uma ação positiva estatal por meio de medidas legislativas e operacionais³¹².

Tem-se que esse conjunto de normas se torna parte de um mecanismo que faz das ciências penais um todo harmônico e coordenado apto a otimizar mandamentos de criminalização de condutas para proteção aos bens jurídicos relevantes ao Direito Penal, bem como promover limitações ao poder punitivo estatal, na forma de direitos e garantias fundamentais. Daí Luciano Feldens destacar que os mandados constitucionais possuem uma natureza dúplice: impõem a instituição de um sistema de proteção por

³¹¹ Em que pesem às pertinentes críticas de boa parte da doutrina, no sentido de que a legislação revela que no país não se tem um autêntico sistema acusatório, na acepção da palavra, pois no sistema processual penal coexistem práticas inquisitórias e democráticas, de maneira a revelar que se está diante de um verdadeiro modelo misto. Nesse sentido Nucci aponta que “a previsão de decretação preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo a seara alheia, que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, que o nosso sistema de processo é misto, ou, como bem definiu Tomaghi, inquisitivo garantista”. In: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 545-54.

³¹² PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 82.

meio de normas penais e processuais, ao mesmo tempo em que atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal³¹³.

Em relação ao primeiro aspecto destacado por Feldens, a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais³¹⁴. A Constituição estabelece certa liberdade para persecução dos crimes, a partir da qual a autoridade que preside a investigação pode ter acesso a provas e informações. Como por exemplo, a Lei n.º 9.296/96, que emana do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, tratando da quebra do sigilo das comunicações telefônicas nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. Do mesmo modo, a Lei Complementar 104 e 105, ambas de 2001, tratam do sigilo das operações de instituições financeiras, a partir do citado inciso XII, e do inciso XX, ambos do artigo 5º, da CRFB/88, e, ainda, do artigo 192, que dispõe a respeito da necessária regulamentação do sistema financeiro nacional.

Por outro lado, no rol de direitos e garantias fundamentais destacam-se algumas limitações constitucionais à discricionariedade de atuação do legislador, como a inadmissibilidade, no processo, de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB/88); o dever de observância ao devido processo legal para o caso de privação de bens ou liberdade (art. 5º, LIV, CRFB/88); a regra de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI, CRFB/88); a proibição de prisão ilegal que será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV, CRFB/88); dentre outros.

A natureza normativa dos princípios limitadores integra o sistema jurídico, ao passo que prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinada medida for adotada pelo legislador, daí se concluir que são normas imediatamente finalísticas³¹⁵. Desse aspecto decorre que os princípios têm caráter prospectivo, em razão de determinarem um estado de coisas a ser construído, impondo ao operador do

³¹³ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no comando de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 30-51, jun./jul. 2019. p. 35.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 64.

direito o juízo de correlação entre os efeitos da medida a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido³¹⁶.

Na linha de Humberto Ávila, tem-se que os princípios são normas 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 necessária a sua promoção³¹⁷. Alguns princípios possuem a característica de uma maior amplitude e indeterminação, razão pela qual necessitam da existência de outros princípios para dar concretude do seu conteúdo normativo. Os primeiros são denominados sobreprincípios, e os segundos são denominados subprincípios³¹⁸.

Conforme visto, o Devido Processo Legal, eixo do processo penal democrático, detém a função de viabilizar uma efetivação mais intensa de outros princípios, tais como: paridade de armas, ampla defesa, contraditório e dignidade da pessoa humana. Trata-se de um sobreprincípio, que se divide em duas dimensões: processual e substantiva.

Sob uma perspectiva processual, o devido processo legal protege o cidadão da restrição de direitos por parte do Estado. Nesse aspecto, prevê que haja a observância de um procedimento, instituído em lei e parâmetros constitucionais que visam a dar concretude ao modelo de processo previsto no próprio texto constitucional.

Já em relação à dimensão substantiva do Devido Processo Legal, volta-se à atividade de controle de constitucionalidade dos atos normativos, ou seja, é direcionada a evitar ataques a direitos provenientes da atividade do legislador infraconstitucional, já que o processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente devem estar enquadrados nas preceituações constitucionais³¹⁹.

Sabe-se que o modelo norte americano de sistema penal, acusatório por sua natureza, resguarda o direito ao devido processo legal, ao mesmo tempo em que admite a barganha no processo penal. O Brasil, por sua vez, salvaguarda o direito ao devido processo legal, porém, tradicionalmente, não faz uso do elemento barganha em seu

³¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66.

³¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Ed. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66-67.

³¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. p. 97.

sistema penal. Ocorre que, não parece correto entender que a *plea bargaining* atue de modo contrário ao sistema acusatório no direito americano, já que a maior liberdade de atuação das partes tende a ver na barganha um reforço à paridade de armas no processo penal. As diferenças entre os dois sistemas, americano e brasileiro, reside, conforme visto, na valoração e peso que determinados institutos possuem. Contudo, o conteúdo do devido processo legal revela que o problema não reside na dimensão formal do instituto, mas sim em seu âmbito substancial.

O controle da função legislativa tem seu amparo e fundamentação no chamado Devido Processo Legal substantivo, mecanismo a ser utilizado pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Além disso, tem-se a equilíbrio entre os poderes da república através dos freios que o exame da compatibilidade entre os preceitos legais e os mandamentos constitucionais propõe.

Nos crimes contemporâneos, onde se envolve uma maior sofisticação e complexidade da atuação criminosa, a investigação criminal necessita de medidas eficazes para a persecução do ilícito, razão pela qual a Constituição permite ao legislador uma relativa discricionariedade para estabelecer meios de investigação, através de lei e atentando-se ao princípio da proporcionalidade. O equilíbrio entre as medidas conferidas ao legislador para a correta proteção de bens jurídicos e as limitações constitucionais conferidas pelos direitos e garantias fundamentais do cidadão encontra sua justa medida no princípio da proporcionalidade, que dita a construção do Direito Penal.

Ao legislador é exigido o dever de observância do princípio da proporcionalidade, tanto como proibição de excesso, quanto como proibição de proteção insuficiente. Nas palavras de Gilmar Mendes, a proibição de excesso funciona como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Assim, a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, como também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade. O ato normativo não será adequado caso não proteja o direito fundamental de maneira eficaz; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em

sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção³²⁰.

Essa concepção é translada ao processo de uma forma mais elaborada a partir da ideia de que a realização e a proteção dos direitos fundamentais dependem das regras de organização e procedimento. Estas, por sua vez, são influenciadas pelos direitos fundamentais, de modo que, se as disposições processuais não forem adequadas, pode ser afetada a própria validade efetiva dos direitos fundamentais³²¹.

A questão da inclusão da técnica de barganha, constante nos acordos de colaboração premiada, como medida processual idônea, inclusa dentre aquelas que estão dentro da margem de ação do legislador como alternativa ao enfrentamento do crime contemporâneo, esbarra em uma série de questões de cunho constitucional. Para que a barganha processual incorpore-se àquelas medidas permitidas pela Constituição Federal para persecução dos crimes, pressupõe-se uma autorização de mesma natureza constitucional: a disposição da promoção da ação penal por meio do órgão de acusação.

Questiona-se, em primeiro lugar, se o Ministério Público tem como poder de barganha a liberdade de não oferecimento da denúncia, quando reúne as informações pertinentes ao início da ação penal, permitindo que pactue com o réu a não persecução em troca de outras informações acerca da organização criminosa. Sabe-se que ao Ministério Público incumbe a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo detentor privativo da ação penal pública:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...).

Nota-se que o legislador constituinte deu ao *parquet* uma função positiva, consistindo em um dever de ação, uma obrigação de agir, no sentido de promover, privativamente, a ação penal pública. O verbo promover é um verbo positivo, seguindo uma interpretação inicialmente literal ou gramatical³²², o que a partir da qual não lhe está permitido tergiversar a essa realidade.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 36.

³²¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 83.

³²² Sabe-se que a interpretação literal gramatical não excede a essa atividade preliminar, limitando-se a fixar o sentido do texto legal, mediante a indagação do significado literal das palavras, tomadas não só

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, embora não tenha embasamento constitucional expresso, extrai-se do preceito do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Porém, conforme entendimento da doutrina, os critérios para o seu exercício estão definidos nos artigos 24, 28 e 29 do Código de Processo Penal³²³. De acordo com esse princípio, é defeso ao acusador avaliar a conveniência ou a oportunidade da ação penal, isto é, uma vez que o órgão do Ministério Público atua na defesa do interesse de todos, de ofício e pautado por critérios de estrita legalidade, não lhe cabe perquirir a utilidade da medida proposta para deixar de exercer o seu poder-dever de instaurar a ação penal. Sobre o tema, Rogério Tucci, elucida que:

Com efeito, sendo inevitável e, conseqüentemente, necessária a concretização do *ius puniendi estatal*, ante a verificação da prática de ato tido como penalmente relevante, tem-se como obrigatória a atuação judicial do Ministério Público, a cujo membro é vedada qualquer manifestação oriunda de poder dispositivo (indisponibilidade), inclusive, obviamente, a concernente à retratação dos atos regularmente praticados (irretratabilidade): a infração à lei penal, ao mesmo tempo em que gera para o Estado o *ius puniendi*, impõe ao Ministério Público o dever de agir em face do respectivo agente; dever esse, certamente, inarredável³²⁴.

Entretanto, com o advento da Lei n.º 9.099/1995, a qual foi orientada por critérios de imediatidade e despenalização, entre outros, entende-se que, ao parquet, em certos casos, atribui-se a possibilidade de oferecer a transação penal ou a suspensão condicional do processo (previstas, respectivamente, nos artigos 76 e 89). Porém, tais institutos não se identificam com o modelo negocial da *plea bargaining*, pois não há aceitação de culpa, tampouco há conciliação entre Ministério Público e a defesa com a finalidade de se obter uma confissão do réu em troca de alguma vantagem³²⁵.

Embora a Lei nº 9.099/95 tenha regulamentado o disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, que trata da justiça consensual, não se mostra correta a interpretação no sentido de que o legislador estaria, assim, estabelecendo a possibilidade de o Ministério Público manifestar poder dispositivo acerca do exercício do direito de ação, mas sim uma mitigação, no sentido de ter o legislador concedido certo poder

isoladamente, mas em sua recíproca conexão com o sentido do dispositivo. In: ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*. São Paulo. Malheiros, 1997. p. 150.

³²³ Em sentido contrário: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. As fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 81.

³²⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). p. 115.

³²⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. O consenso na justiça penal. *Revista da AJUFE*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 45-95, out./dez. 1998. p. 66-67.

discricionário ao titular da ação penal, e tal discricionariedade reside no fato de que a lei delegou ao parquet o poder de escolher a melhor medida entre aquelas que se lhe apresentam (oferecer a denúncia, propor transação ou oferecer a suspensão condicional do processo sob certas condições). Essa tendência de o legislador abrandar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, entretanto, tem se acentuado cada vez mais. E isso foi corroborado pela recente Lei n.º 12.850/2013 – a qual trata das organizações criminosas – uma vez que ela, de um lado, possibilitou ao Ministério Público postergar o oferecimento de denúncia até que sejam cumpridos os objetivos da chamada colaboração premiada, e, de outro lado, permitiu que, em determinadas situações, o órgão até mesmo deixe de oferecer a denúncia.

O problema se agrava com a entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, que acrescenta o artigo 28-A do Código de Processo Penal, estabelecendo que:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Por outro lado, Hassemer destaca o princípio da oportunidade, que nas palavras do autor, revela uma distinta ideia nas ciências penais, pela qual a oportunidade ressalta a finalidade do processo penal. Se a justiça é a meta do sistema penal, a finalidade é a condição restritiva para alcançar a meta. O princípio da oportunidade é destacado frequentemente por seu efeito desincriminador, pois elimina precocemente do processo à análise de fatos delitivos. Segundo o autor essa concepção põe em perigo o princípio da divisão de poderes naqueles casos em que a autoridade instrutora autonomamente pode decidir acerca da não persecução de fatos criminosos³²⁶.

Hassemer aponta que se trata de uma burla ao sistema, tanto em âmbito teórico, quanto de política criminal, promulgar publicamente nas leis penais incriminações para excluí-las clandestinamente através do processo penal. O autor defende que a decisão que implica em liberdade para o réu é atribuição dos tribunais, porém a instrução processual deve provar a questão. Por isso, o significado da divisão de poderes para o

³²⁶ HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 65-73, 2001. p. 71.

direito penal consiste em que o Ministério Público deve deixar ao poder judiciário o juízo sobre a punibilidade de determinado comportamento³²⁷.

Humberto Ávila, por sua vez, ressalta que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos³²⁸. Seguindo uma interpretação sistemática da norma constitucional, tem-se que o dispositivo não pode ser analisado de forma a ignorar a congruência do sistema jurídico em que está inserido, ou seja, o direito possui a sincronia e a forma ordenada, na qual o sentido de uma norma não entra em conflito com outra, sobretudo em âmbito constitucional.

Deve-se atentar que o sistema acusatório é o cerne do processo penal brasileiro, razão pela qual a norma prevista no artigo 129, inciso I, consiste em um dos componentes que dá luz a esse sistema, possuindo a função de ser uma engrenagem do sistema acusatório. Visto dessa forma, não cabe ao Ministério Público decidir acerca da persecução penal, vez que não pode fugir ao judiciário a apreciação da lesão ou ameaça a direito, cabendo ao magistrado a análise quanto ao prosseguimento da ação ou não.

Trata-se de claro mecanismo de controle de poderes no processo penal, que revela a adoção do princípio da obrigatoriedade³²⁹. Em suma, é o que ocorre com o inquérito policial, em que a autoridade competente tem o dever legal de instaurar a persecução quando da *notitia criminis* e não possui a discricionariedade de arquivar de ofício o inquérito quando se convence de que não é caso de imputação.

No mesmo sentido, José Frederico Marques salienta que o artigo 66 da Lei das Contravenções Penais caracteriza como crime a omissão de comunicação de ilícito de ação pública, quando alguém teve o conhecimento do fato no exercício de função pública, sendo que se a própria *notitia criminis* é obrigatória ao agente público. Não seria razoável entender que o promotor de justiça, recebendo os elementos informativos que autorizam a propositura da ação penal, tivesse a possibilidade de deixar de submeter à pretensão punitiva ao judiciário. Além disso, há a previsão contida no artigo 42, do Código de Processo Penal, que revela que o Ministério Público não pode desistir da

³²⁷ HASSEMER, Winfried. *La persecución penal: legalidad y oportunidad*. p. 66.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 22.

³²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado*. p. 147. Também em: GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

ação penal, tampouco do recurso interposto, por força do artigo 576, do mesmo diploma legal³³⁰.

Em respeito à congruência sistemática do processo penal, a mesma análise deve ser feita quanto à denúncia pelo *parquet*, caso haja indícios de autoria e prova da materialidade do fato criminoso, o Ministério Público deve promover a ação penal, alçando a competência ao magistrado para decidir se é caso de parar a persecução penal ou dar seguimento.

Walter Bittar aduz que a questão da disponibilidade da ação penal pelo Ministério Público desborda no problema da divisibilidade da ação penal pública, que é vedada no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o autor esclarece que:

A jurisprudência brasileira tem entendido que somente a ação penal de iniciativa privada é indivisível, o que termina por permitir, no caso concreto, em especial quanto à concessão extraprocessual da delação, que o Ministério Público possa “burlar” as regras anteriores, quando terminar por escolher quem deve denunciar num procedimento persecutório penal³³¹.

A não persecução penal, inerente ao poder de barganha, não está dentre o horizonte de discricionariedade previsto pela Constituição Federal. Sabe-se que a letra da lei do artigo 129, inciso I, foi elaborada pelo legislador constituinte quanto os crimes ainda não tinham as dimensões que apresentam na contemporaneidade, contudo aproximando-se a uma leitura integradora e sistematizada a iniciativa de promoção da ação penal pelo *parquet* é apenas um ato promotor da ação penal, que é desenvolvida a luz do devido processo legal, ou seja, a interpretação histórica-evolutiva³³² deve ser progressiva, de modo a aprimorar o entendimento da norma visando ao desenvolvimento sistemático do direito, rechaçando aspectos orientados ao retrocesso das conquistas democráticas.

Apesar de a colaboração premiada violar o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, Virgílio Afonso da Silva defende que o

³³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 337. Também em: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado*. p. 139-151.

³³¹ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 189.

³³² A interpretação histórico-evolutiva divide-se em duas modalidades distintas: em um viés mais extremado a interpretação deve levar ao intérprete a adaptar o texto legal às novas condições sociais existentes ao tempo de sua formação, embora tenha de afastar-se inteiramente da letra e da vontade do legislador original. Por outro viés, é aquele pelo qual o intérprete considera apenas aquelas mudanças de conteúdo que vão surgindo após sua elaboração; e, ainda, é aquela admissível quando o pensamento novo tenha já penetrado na legislação de alguma forma. In: ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*. p. 154-155.

instituto é constitucional, em razão da proporcionalidade da medida. Relata que a proporcionalidade apresenta três sub-regras: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito³³³. No mesmo sentido, Campanatti afirma que:

Submetendo-se a colaboração premiada a estas sub-regras, encontra-se que ela é constitucional, pois cumpre importantíssimo papel no combate à criminalidade organizada. Somente ela é instituto capaz de permitir, de forma eficaz, a obtenção de material probatório apto a dismantelar organizações criminosas. E isso é muito mais relevante que os princípios que ela deixa de observar. Em que pese à única inconstitucionalidade encontrada, qual seja, o desrespeito a alguns princípios quando da atuação do Ministério Público, ficou demonstrada que esta é sanável. Isto porque, a partir da proporcionalidade, aplicando-se suas três sub-regras, percebe-se que o meio de prova em comento é necessário à sociedade e não possui substituto com suas idênticas qualidades³³⁴.

Em realidade, a promoção privativa da ação penal pelo órgão de acusação dirige-se ao fortalecimento do Devido Processo Legal que se funda no respeito ao contraditório e a ampla defesa, visando minimizar as injustiças. Quando o *parquet* oferece a apreciação do caso penal para o magistrado este ato é a válvula propulsora da democraticidade do processo. Não cabe a apenas um órgão promover a investigação, reunir indícios de autoria e prova da materialidade e decidir por si só acerca de promover ou não a ação penal, baseado nos anseios de política criminal, decidindo se aquele acusado é um meio para perseguir um fim maior que pode travestir-se combate à corrupção ou outro desígnio de justiça. Cabe ao órgão de acusação, promover a democraticidade do processo penal, restando ao acusado por sua própria iniciativa confessar sua culpa.

Na atualidade, o inciso LV, do artigo 5º, ao lado da garantia do exercício do contraditório, defende que a ampla defesa deve ser observada em processos judiciais e administrativos, com os meios e recursos a ela inerentes. A garantia da ampla defesa faz parte dos direitos de primeira geração, ou dimensão, composta pelos denominados direitos de liberdade. Nesse sentido, a garantia ao exercício da ampla defesa se concretiza sob três vertentes: defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva.

A defesa técnica é inderrogável, devendo ser exercida por profissional habilitado, devidamente inscrito nos quadros da Ordem de Advogados do Brasil – OAB.

³³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 23-25.

³³⁴ PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 25, n. 103, p. 247-265, set./out. 2017. p. 261.

Ao juiz compete fiscalizar se o defensor do réu, seja nomeado ou constituído, está propiciando o efetivo exercício da defesa ao seu patrocinado, sob pena de possibilitar a configuração de nulidade processual. Esta será relativa, se a defesa for insuficiente; ou absoluta, quando se caracterizar a inexistência de defesa³³⁵.

A autodefesa é promovida pelo próprio réu, a partir de sua versão sobre os fatos, apresentada durante o interrogatório e dirigida de forma direta ao juiz – é o denominado direito de audiência. Sob o aspecto da autodefesa, o exercício da ampla defesa é considerado opcional, devido à previsão constitucional do direito ao silêncio, contida no artigo 5º, LXVIII, cujo exercício garante ao interrogando a possibilidade de se manter calado, deixando de responder aos questionamentos que lhe forem feitos, sem que isso configure confissão ou qualquer prejuízo à sua defesa. Desse modo, o réu somente exercitará a autodefesa se resolver falar em seu interrogatório³³⁶.

Consoante à defesa efetiva, tem-se que é aquela exercida pelo réu de forma ampla, substantiva, indo além da simples participação do defensor no processo. Sob essa vertente, concretizada pelo exercício do contraditório, evita-se que o réu fique indefeso ou tenha defesa deficiente, como dito anteriormente, indo ao encontro do devido processo legal substancial³³⁷.

Em sentido oposto, Andrade Segundo defende que o procedimento de colaboração premiada é apta a produzir o respeito devido à ampla defesa, tanto em sua dimensão técnica, quanto efetiva, vez que na fase de homologação do acordo incumbe ao magistrado verificar se, além de o réu estar formalmente representado por advogado, houve a atuação defensiva de forma efetiva. Caso se verifique que houve atuação do defensor, o autor aponta que certamente está afastado qualquer tipo de coação ao colaborador³³⁸.

Ocorre que, não é possível que a mera presença formal da defesa e sua verificação de atuação estejam aptas a afastar qualquer tipo de coação no processo de colaboração premiada, mesmo porque, muitas vezes o próprio magistrado pode ser a autoridade coatora. A lógica da barganha com o colaborador, por si só, traz em seu

³³⁵ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 98-115, ago./set. 2017. p. 110.

³³⁶ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. *A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos*. p. 110.

³³⁷ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. *A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos*. p. 109.

³³⁸ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. *A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos*. p. 110-111.

cerne o problema de imparcialidade do julgador, que muitas vezes pode atuar de maneira a desequilibrar o enfrentamento entre defesa e acusação.

Em relação à presunção de inocência, direito fundamental preservado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, tem-se que a colaboração premiada refere um ponto de conflito. O colaborador ao prestar depoimentos, acompanhado do seu defensor, renunciará, obrigatoriamente, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, ou seja, a colaboração premiada impõe ao colaborador abrir mão de seu direito constitucional ao silêncio.

Andrade Segundo alega que uma interpretação apressada do instituto da colaboração premiada, em confronto com os direitos fundamentais supramencionados, pode levar a uma falsa conclusão de que o colaborador é colocado em uma situação desvantajosa frente ao poder punitivo do Estado. Da mesma forma, assumiria a culpabilidade por fatos delituosos e ainda a produzir prova contra si mesmo³³⁹. Entretanto, o autor defende que uma leitura nesse sentido, em realidade, estaria embasada em premissas falsas: a primeira, no sentido de que os direitos fundamentais seriam absolutos, ilimitáveis; a segunda, acerca da aceitação do acordo de colaboração, se referindo a uma imposição da celebração desse acordo ao colaborador³⁴⁰.

Não se descuida que os direitos fundamentais, segundo melhor doutrina, não são absolutos. Contudo, deve se ter em mente que o sacrifício individual, a fim de que se alcancem os objetivos públicos, merece uma atenção mais sensível do operador do direito. O processo penal visa a garantir legitimidade ao *ius puniendi* estatal, pois refere ao direito mais caro ao ser humano em sociedade: a liberdade. Nesse passo, a colaboração premiada força através de seus mecanismos sofisticados de pressão, que o próprio acusado produza a narrativa condenatória que lhe desfavoreça e aponte as provas que interessam à acusação, quando nem mesmo esta seria capaz de produzi-las.

Uma interpretação atual do instituto da conta de que o Estado convive com influxos antidemocráticos. Os mecanismos negociais quando incorporados no Direito brasileiro, acentuaram a característica inquisitiva de um modelo cultural de processo, que mesmo após a (re)constitucionalização e convencionalização, não conseguiu assimilar os passos primários de um modelo acusatório, assim como se deu inúmeros

³³⁹ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. *A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos*. p. 111-112

³⁴⁰ ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. *A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos*. p. 112.

outros países de tradição inquisitiva que buscaram introduzir mecanismos negociais e acabaram por reforçar a própria tradição inquisitiva³⁴¹.

Ao lado da não persecução penal, outro aspecto relevante que se deve levar em conta quanto ao instituto da barganha no processo penal é que invariavelmente, a técnica de barganha envolve a supressão de fases do processo penal, primordiais para a formação de culpa. Tem-se que essa premissa vai de encontro ao postulado do devido processo legal, enquanto limitação ao poder discricionário do Estado.

O sistema acusatório prevê fases no processo penal para a formação de culpa, tornando a admissão da culpa apenas um indício dentro da dinâmica do sistema. Um processo que tem seu fim de modo sumário quando um acusado confessa sua culpa, é muito eficaz do ponto de vista utilitário, fazendo bons números ao poder judiciário, mas não parece o melhor dos cenários do ponto de vista da justiça do caso concreto. Sabe-se que a lógica do sistema negocial reside no temor do acusado em continuar com o processo. Uma vez que não aceite o acordo, o acusado tem de suportar duplamente a situação em que se encontra, uma pelo próprio envolvimento com o crime e outra por assumir uma postura contrária aos interesses da dinâmica negocial.

Nesse sentido, tem-se que a dinâmica dos crimes modernos promove uma nova realidade quanto à interpretação dos dispositivos, que tem a ver com as medidas de persecução penal. Todavia, os influxos do sistema consuetudinário tendem a mudar a natureza do sistema adotado pela constituição federal. Não se nega que a modernização da legislação no que tange ao processo penal tem que proteger os bens jurídicos e o sistema jurídico, porém o preço a se pagar por essa modernização não pode sacrificar a preservação do sistema acusatório e dos direitos e garantias fundamentais.

As leis infraconstitucionais, como a Lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96) e a Lei de Quebra de Sigilo Fiscal (Lei nº 105/01), refletem mais especificamente e detalhadamente, os mandamentos constitucionais, em sua dimensão dupla: tanto como mandado de criminalização, quanto como mandado de limitação ao legislador. Uma lei encontra sua legitimidade no mais alto grau da hierarquia das normas que é a Constituição, o fim último da lei e da atividade do legislador em elaborá-la é, senão, dar instrumentalidade prática ao que preceitua a Constituição Federal.

³⁴¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Pacote anticrime: silêncios e continuidades. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 5-6, mai. 2019.

Por conseguinte, uma norma em que não tenha em seu cerne um mandamento constitucional, seja de limitação, seja de mandado de criminalidade, não tem legitimidade para operar. Sobretudo, as leis também tem o papel de veicular princípios que se tornam engrenagens de um sistema, como o sistema acusatório que rege o processo penal. Cada norma de organização do processo tende a dar concretude ao sistema processual, de modo que uma lei que venha a desvirtuar toda a lógica do que a constituição previu para a operacionalidade do processo penal, aparece como um obstáculo aos ditames constitucionais.

Os preceitos constitucionais são uníssonos em estabelecer o dever de promoção da ação penal pública quando o órgão acusador detém os indícios de autoria e prova da materialidade. Nem mesmos objetivos político criminais tem o poder de tergiversar com essa ordem constitucional. Não cabe subverter o processo penal às custas do sistema como um todo. A Constituição Federal estabeleceu o processo penal como um caminho a ser percorrido para o exercício do direito/dever de punir o infrator.

Desse modo, o poder de barganha no processo penal vem como um contrassenso aos princípios que dão corpo ao processo penal brasileiro. Trata-se de uma lógica negocial, a qual não parece contemplado pelo legislador constituinte para operar no processo penal, não estando apta também ao combate à criminalidade contemporânea.

A partir daí, as fases do procedimento dão vigor aos direitos e garantias fundamentais, de modo que se possa investigar e punir no estado democrático de direito sob a premissa do menor dano possível ao estágio civilizatório em que a sociedade se encontra. Nem mesmo a onda dos crimes contemporâneos, que são complexos e de difícil apuração, tem o condão de desestabilizar o sistema acusatório, vez que os esforços são por menos aperfeiçoamento do sistema, do que por medidas alternativas ao processo conforme prevê a Constituição Federal.

Ferrajoli, por exemplo, levanta a questão da subversão do princípio garantista, pelo fato de a graduação das medidas penais e premiações ser inversamente proporcional aos graus de responsabilidade dos imputados de crimes associativos. Situação que seria particularmente agravada pelo fato de os maiores beneficiados em potencial serem os criminosos do topo do escalão da organização criminosa, que, por si isso, teriam provável responsabilidade sobre o cometimento dos delitos mais graves, uma vez que seriam os criminosos detentores de informações mais preciosas e com maior possibilidade de apresentar elementos seguros ratificadores de seus informações. Por

outro lado, os imputados de menor relevância dentro da organização criminosa, em posição marginal com pouco ou nada a revelar, receberiam os menores benefícios penais e por consequência as maiores penas³⁴².

Isso tudo, promove o esvaziamento do processo penal, na medida em que o modelo alternativo propõe a exclusão de algumas fases. Assim, apresentam-se à sociedade respostas rápidas, enérgicas e eficazes, porém para aqueles criminosos que possuem informação para dar e certa importância dentro das organizações criminosas. Para os outros criminosos, que não se propõe a colaborar ou que nada de mais sabem a respeito do proceder da organização ou são meros cumpridores de tarefas do grupo criminoso sobra o processo penal regular e o pesado fardo de arcar com a decisão de prosseguir com a ação penal. Além disso, Frederico Valdez Pereira relata que:

A colaboração premiada pressupõe distanciar a resposta penal do juízo de proporcionalidade à gravidade objetiva e subjetiva do fato praticado pelo acusado, com base em pressuposto de finalidade político-criminal. Há, de certo modo, renúncia parcial à punição de autor de delito³⁴³.

No atual estágio do estudo acerca das limitações que a Constituição Federal impõe ao poder de barganha do Ministério Público no processo, sobretudo, no que tange aos acordos de colaboração premiada, tem-se que o instituto não encontra sistematicidade dentro do princípio acusatório, guiado pelo Devido Processo Legal. Trata-se de uma alternativa ao processo penal, que promove resultados eficazes, conjugando dois problemas graves da administração penal.

A primeira é que os números positivos de política criminal são alcançados por meio da coação aos acusados, como uma técnica de tortura contemporânea, muitas vezes aliadas a prisões processuais prematuras e ilegais, sob o objetivo de forçar a colaboração do investigado. A segunda é que a crise econômica dos Estados relega a administração criminal a segundo plano, de modo que os recursos escassos raramente são destinados à modernização das técnicas de investigação, bem como ao aparato estatal de repressão à criminalidade. Basta ver que no Brasil cerca que 90% dos homicídios não são solucionados³⁴⁴, em geral pela falta de investimento em inteligência.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. Ravvedimento processuale e inquisizione penale. *Questione Giustizia*, Varese, p. 209-225, 1985. p. 217-218. *apud* PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 60.

³⁴³ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013. p. 86.

³⁴⁴ Segundo o relatório Meta 2 – A impunidade como alvo – investigação de homicídios no Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, apenas de 5% a 8% dos homicídios no país são solucionados. Disponível

Assim, a colaboração premiada facilmente é aceita pelos agentes de repressão criminal, pois bastaria coagir algum suspeito a delatar ou confessar, prometendo que caso haja colaboração, sua situação seria mais branda do que enfrentar um processo até o final. Assim, ao invés de se ter a colaboração premiada como uma revolução que impõe o fim da impunidade, em realidade se torna uma abertura à inquisitorialidade com disfarce legal.

Proposta que transforma o processo penal em um jogo de blefe, pelo qual a barganha é uma válvula de escape que contraria a lógica do sistema e fornece elementos para a deterioração do modelo garantista. Trata-se de um modelo que não tem rigor científico sobre a verdadeira eficiência, tratando a justiça como aposta, onde quem joga melhor com as cartas de quem na mão, sai vitorioso.

O processo torna-se um privilégio para quem possa “comprar” sua liberdade, vez que a justiça para esse modelo trata-se de uma mercadoria que pode ser quantificada através de dados estatísticos e financeiros. Com a barganha não se tem, por exemplo, rigor técnico suficiente para auferir se determinado resultado a que se chega em um processo foi o justo e o ideal para aquele caso concreto. Basta ver as experiências jurisprudenciais brasileiras, nas quais se pactua benefícios de toda sorte, desde a possibilidade de desfrutar dos bens oriundos do crime, até a previsão de regime prisional mais brando em troca de repatriamento de dinheiro desviado. Gize-se que muitas vezes o réu pode entregar parte do dinheiro, ocultando o resto, e, ao final do acordo de colaboração, receber os benefícios oriundos de sua sagacidade negocial. Consagra-se, portanto, o inverso da lógica que afirma que “o crime não compensa”.

Em última análise, propõe-se uma releitura do artigo 4º, da Lei n. 12.850/13, legislação que viabiliza a negociação de acordos de colaboração premiada e que com mais ênfase adentrou a jurisprudência dos tribunais brasileiros, a partir de investigações rumorosas de crimes complexos.

Trata-se do dispositivo que mais claramente assume a lógica do modelo negocial na legislação brasileira, vez que ainda tramitam no Congresso Nacional o projeto de novo Código Penal e Processual Penal, além de demais leis que efetivamente ampliam os espaços de negociação no processo penal. Assim, o dispositivo da Lei de Organizações Criminosas em cotejo com os ditames constitucionais melhor expressa os reflexos a respeito do moderno processo penal.

4.3 Revisão Legislativa do Instituto da Colaboração Premiada: a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei n. 12.850/13

A Lei nº 12.850/13, Lei de Organizações Criminosas, é o cerne da discussão acerca do modelo negocial no Brasil. A percepção dos efeitos penais do acordo em caráter definitivo não é uma novidade, tendo em vista suas remotas previsões na legislação penal, bem como o dispositivo constante da Lei nº 9.099/95 no tocante ao instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Conforme visto, o método de verificação da conformidade da discricionariedade legislativa com as diretivas traçadas pelos princípios e garantias constitucionais fundamentais vem delimitada pelo princípio da proporcionalidade, composto pelos (sub)princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais demandam do operador do direito a verificação se a norma restritiva respeitou os limites elencados pela Constituição Federal³⁴⁵.

O constitucionalismo moderno centra-se como elemento primordial da consolidação democrática, enquanto instrumento de contenção e racionalização de poder e meio para assegurar a normatividade constitucional³⁴⁶. O controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos tem se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e das ciências políticas³⁴⁷.

O sistema de controle de constitucionalidade baseia-se na ideia de Supremacia da Constituição, aliada à rigidez constitucional, que permite o controle de atos reformadores por parte do legislador, protegendo eventuais desvios dos postulados originais. Essa condição somente se torna efetiva se a sua guarda for conferida a tribunais independentes, papel conferido essencialmente ao Poder Judiciário³⁴⁸. Trata-se, por conseguinte, da dimensão de proteção dos direitos fundamentais em seu viés de limitação de ataques legislativos aos mandamentos da Constituição.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 30-51, jun./jul. 2019.

³⁴⁶ ISHIKAWA, Lauro; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 56, n. 222, p. 133-154., 2019. p. 134.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Direito Público*, São Paulo, v. 5, n. 27, p. 7-45., mai./jun. 2009. p. 7.

³⁴⁸ ISHIKAWA, Lauro; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. *A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro*. p. 134-135.

O Tribunal Constitucional, cúpula do Poder Judiciário, detém a tarefa de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo tribunal constitucional³⁴⁹.

Sabe-se que a revisão judicial de antinomias jurídicas foi inaugurado no celebre caso *Marbury vs Madison*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1803. Nesse julgado, fundou-se o sistema americano de controle de constitucionalidade, ocasião em que se sedimentou o entendimento de que é tarefa do juiz de direito a interpretação de lei, inclusive da legislação constitucional, decidindo-se pela prevalência da lei superior³⁵⁰. Em contrapartida, a Constituição Austríaca, forte na teoria de Kelsen, da década de 20, concentrou a análise da constitucionalidade de leis a um órgão jurisdicional especial, conhecido por Tribunal Constitucional³⁵¹.

Desse entendimento surgem dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso, em que o poder de realizar o controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais; e o concentrado, em que há um órgão especificamente criado com a finalidade de controlar a constitucionalidade das leis, mediante procedimento específico³⁵².

Contudo, a dicotomia de controle judicial das leis, entre difuso e concentrado, atualmente se encontra em crise. Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas, tais como é o modelo brasileiro e o sistema português. Por outro lado, é correto que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e programáticos³⁵³.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 38.

³⁵⁰ ISHIKAWA, Lauro; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. *A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro*. p. 135.

³⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 281.

³⁵² ISHIKAWA, Lauro; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. *A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro*. p. 135-136.

³⁵³ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 957.

A doutrina brasileira é pacífica no sentido de estabelecer que o principal mecanismo de controle de constitucionalidade vigente no país é a jurisdição concentrada. Embora o controle difuso e o controle político atuem como auxiliares. Discute-se a hipótese de o magistrado atuar como legislador, na medida em que decide pela invalidade dos dispositivos legais contrários à constituição. Entretanto, ao examinar a escolha legislativa por medidas que promovem um direito fundamental em detrimento de outro, de igual valor, o Tribunal Constitucional pondera se a restrição imposta ao direito fundamental vencido constitui-se em meio idôneo ao alcance visado pela norma; se é a medida menos onerosa possível ao cidadão; e se as vantagens verificadas com o emprego daquele meio legal superam os prejuízos da restrição infligida³⁵⁴.

O controle de constitucionalidade, que no Brasil concentra-se no Supremo Tribunal Federal, competente para julgar as ações constitucionais, atua, ainda, no controle incidental ou difuso de constitucionalidade referentes a lei ou ato normativo. Nesse sentido, podem ser distinguidos 03 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante às diretrizes da jurisprudência constitucional. Na famosa decisão (Urteil) Mitbestimmungsgesetz do primeiro senado de 1/3/79, o Tribunal Constitucional Alemão distingue os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis:

- a) controle de evidência;
- b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; e
- c) controle material de intensidade³⁵⁵.

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes suficientes para a proteção dos bens jurídicos. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico³⁵⁶.

³⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 39.

³⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 37.

³⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 37-38.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei. Esse nível o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador se valeu de sua margem de ação de maneira sustentável³⁵⁷.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, devem as cortes constitucionais, conhecer e avaliar a amplitude dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada³⁵⁸.

No terceiro nível, o controle material intensivo aplica-se às intervenções legislativas que por afetarem intensamente os bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte dos tribunais constitucionais com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância poderão os tribunais desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância³⁵⁹.

Nesse terceiro nível, portanto, os tribunais examinarão se a medida legislativa em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, ao adentrar no próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador³⁶⁰.

Assim, no exercício do controle material intensivo, os tribunais procedem à análise de se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direito

³⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 39.

³⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 42.

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 42-43.

³⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 44.

fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social³⁶¹.

Uma análise quanto à aproximação constitucional do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas pode-se conceber uma série de limitações. Sob o ponto de vista preconizado pela jurisprudência alemã, referência do tema do controle de constitucionalidade, tem-se incongruências nos três níveis de verificabilidade constitucional.

No primeiro nível, que trata do reconhecimento ao legislador de uma margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas adotadas na persecução penal e na proteção dos bens jurídicos, tem-se que a colaboração premiada trata-se de medida não idônea para o enfrentamento da criminalidade contemporânea. Além dos aspectos já apontados ao longo deste estudo, a técnica de barganha tende a desfigurar o processo penal democrático vez que ofende frontalmente o princípio do devido processo legal, vez que suprime fases do processo, julgando suficiente a declaração de culpabilidade do acusado.

Em um segundo nível de confrontação constitucional, que objetiva auferir a justificação da medida, avaliada a partir de esforços legislativos no sentido de apreciar todas as fontes de conhecimento e informação disponíveis, tem-se que os esforços de estudo quanto ao instituto não foram adotadas para a veiculação do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13.

Embora, a introjeção do instituto tenha sido tocado em âmbito legislativo em regime de urgência, conforme visto, seria necessária uma profunda discussão com a comunidade acadêmica nos moldes que foram introduzidos no Chile, que inclusive optou por uma modificação sensível no sistema jurídico processual que passa a ser misto, como uma espécie híbrida entre o sistema acusatório, tradicionalmente cultuado pelos europeus, e o sistema consuetudinário, dos países de *commom law*³⁶².

As consequências que a colaboração premiada trouxe à jurisprudência dividem-se em números positivos no combate a corrupção e experiências negativas quanto à promoção dos direitos fundamentais, o que não garante justificação sustentável

³⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade*. p. 39-40.

³⁶² Justiça se faça, nos projetos de novo código penal e processo penal, o Congresso Nacional envidou esforços no sentido de estabelecer grupos de pesquisas e audiência públicas para elucidação do tema e suas consequências, o que não ocorreu quando da promulgação da referida lei.

a margem de ação do legislador, em razão de o sistema penal brasileiro ter marcada tradição de violação aos direitos fundamentais e as medidas renovadoras devem levar em consideração essa questão e produzir alternativa que prestigiem o maior fortalecimento possível dos postulados garantísticos.

Em um terceiro e derradeiro nível, cabe aos tribunais o exame se a medida legislativa é obrigatória, ponderando-se os valores e bens jurídicos que o legislador procurou promover. Tem-se que na barganha processual não há a ponderação entre os benefícios e malefícios que a negociação possa ter no cotidiano forense. A onda de política criminal efficientista passa por cima dos postulados de respeito aos princípios garantistas em nome de um modelo ideal de sociedade segura e livre de crimes de corrupção. A ponderação entre o Devido Processo Legal e seus corolários e a barganha prevista no artigo 4º da Lei de Organização Criminosa revela que se sacrifica o direito fundamental em atenção a objetivos de política criminal.

Chega-se a esse ponto do estudo, firme no entendimento de que cabe ao tribunal constitucional o exame dos critérios de proporcionalidade que o legislador adota no que tange ao sistema penal. O Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Constituição tem o dever de garantir o equilíbrio dos poderes da república através da barreira aos influxos inquisitórios legislativos e também do Poder Executivo. Sabe-se que o processo democrático não é um valor estático do Estado de Direito, convive com avanços e retrocessos, cabe ao poder judiciário frear os retrocessos e permitir os avanços no sentido de consolidar a democraticidade visualizada pela Constituição Federal.

Sabe-se que a barganha processual por consectário lógico suprime fases do processo importantes para a formação de culpabilidade através da cognição probatória do magistrado. Assim sendo, o artigo 4º, da Lei nº 10.850/13 parece chocar-se com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Conforme dito, o artigo 4º estabelece os requisitos e objetivos dos acordos de negociação premiada, em detrimento dos princípios da obrigatoriedade da ação penal, do devido processo legal, e da ampla defesa e do contraditório.

O tema da barganha faz parte de uma tradição jurídica que pouco ou nada tem a ver com a história brasileira, sendo certo que não há um modelo a ser seguido ou copiado, senão que a cultura jurídica e as experiências científica de determinado sistema legal de um país deve apontar a solução própria daquela realidade. A solução encontrada pelo legislador para combater os riscos que emanam das sociedades

contemporâneas e se traduzem em crimes complexos e de difícil produção probatória tende a afrontar o devido processo legal, na medida em que prevê a supressão de fases do processo penal, nas quais reside a democraticidade do sistema, além de esconder os déficits que o Estado, enquanto instituição promotora de segurança e bem estar social, apresenta.

O histórico de impunidade quanto aos crimes do contexto brasileiro não pode permitir o abandono do processo legal, à custa do sistema democrático e civilizatório da Constituição Federal. O combate à criminalidade contemporânea pode e deve ser feito, com a preservação dos postulados garantistas, vez que a eficácia do sistema penal não esta apenas na quantidade de prisões e acordos, senão que a cada sentença criminal, seja condenatória ou absolutório, reside o cerne do Estado Democrático de Direito. Assim, a cada sentença, acordão ou decisão monocrática, cada juiz singular ou órgão colegiado reafirma o Estado Democrático de Direito ou afasta-se dele. Os postulados garantistas quando respeitados no processo projetam a sociedade para um grau de civilidade mais efetivo e consolidam o processo como um lugar de garantismo penal, mesmo que punindo o acusado.

É falso que os direitos fundamentais do réu e a efetividade da atuação da repressão criminal são aspectos antagônicos dentro do cenário processual. Um Estado quando Democrático há de punir garantindo os direitos fundamentais do acusado, aspecto de garante legitimidade ao poder punitivo estatal. A natureza justa de uma decisão penal muitas vezes não se é capaz de se traduzir em números, de modo que o cumprimento de penas por acordos e negociações agrava os problemas que o sistema penal apresenta.

Michele de Britto entende que admitir a utilização do mecanismo da negociação para autores que praticam determinados crimes no bojo de organizações criminosas é aceitar que um certo público-alvo não tenha seus direitos fundamentais respeitados. Essa opção, como critica a autora, legitima a prática de procedimentos tipicamente inquisitórios exclusivamente fundamentados no discurso de prevenção à criminalidade organizada e reforça, em ultima instância a seletividade no direito penal³⁶³, já que “hoje o público-alvo é a criminalidade organizada, outrora eram bruxas e hereges. Amanha quem será?”³⁶⁴.

³⁶³ BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 151.

³⁶⁴ BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. p. 152.

Como alternativa, Michelle de Britto propõe o sopesamento entre eficiência e integridade a partir do modelo de principiologia constitucional concebido por Ronald Dworkin³⁶⁵, partindo do pressuposto do que a lógica da eficiência e da utilidade é incompatível com a compreensão do processo como procedimento democrático em contraditório. Para a autora, com base na importância do desenvolvimento de uma atitude interpretativa constitucionalizada diante do fenômeno da colaboração premiada, a integridade requer os julgadores tratem o sistema normativo como conjunto coerente de princípios “como se o Estado tivesse uma única voz”³⁶⁶.

A barganha processual ainda pode agravar a situação de vulnerabilidade econômica dos réus que não possuem recursos para negociar. Basta ver que os acordos de Colaboração Premiada são avançados por acusados de crimes econômicos de grandes vultos, perpetrados por agentes do meio financeiro ou político, capazes de serem patrocinados por defesa contratada e altamente técnica para esse tipo de situação. Ao passo que, onde não há o mesmo cenário, o acusado hipossuficiente sofre com mais efetividade a coação dos órgãos acusadores, o que levaria a distorções dentro do processo.

Não se quer com isso frustrar os esforços por combate célere e eficaz de política criminal, sobretudo de crimes sofisticados que envolvem muitas vezes corrupção e desvios de capital público, o que se espera é que medidas inquisitórias não venham a desvirtuar ainda mais o processo penal brasileiro. Embora a lei de organização criminosa traga em seus dispositivos alguns requisitos legais, visando garantir um espaço de civilidade ao instituto, tem-se que a colaboração premiada em si parece estar eivada de inconstitucionalidade, havendo dúvidas suficientes para afastar sua aplicação pelos tribunais brasileiros, por ofensa aos artigos 129, I, da CF e artigo 5º, da Constituição Federal.

Desta feita, procurou-se demonstrar que a barganha processual sofre limitações de ordem constitucional. Em verdade, a Constituição estabeleceu espaço de discricionariedade para que o legislador adote as melhores técnicas legais para o combate a criminalidade através da persecução penal, de modo a efetivar os deveres de segurança e bem estar social, não se afastando dos direitos fundamentais que garantem legitimidade aos poder punitivo. Afinal, a punição sem a atenção aos postulados

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275.

³⁶⁶ BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. p. 261.

garantistas do artigo 5º da Constituição torna-se mera violência institucionalizada, o que é rechaçado pelo Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões acerca do instituto do poder punitivo revelam que o Estado e seus dirigentes têm utilizado esse mecanismo, ao longo da história, como poderoso instrumento político de controle social. Evidencia-se, por conseguinte, que este instituto acompanha o desenvolvimento da sociedade em geral, sendo feito de ciclos: ora a expansão do poder punitivo serve para a estruturação da sociedade e a manutenção do *status quo*, ora a limitação do poder punitivo serve para reformas necessárias após momentos de recrudescimento da violência estatal.

O desenvolvimento das ciências penais consagrou o objetivo de limitação do poder punitivo estatal a um patamar menos irracional possível, por meio do retorno aos primeiros ensinamentos iluministas e posteriormente por meio do desenvolvimento da Teoria do Garantismo Penal. Conforme o constitucionalismo moderno foi adotando os postulados garantistas, o princípio do devido processo legal foi erigido a *standard* de legitimação da aplicação do direito de punir no Estado Democrático de Direito.

Contudo, contemporaneamente, o paradigma do risco estudado pela sociologia pauta um novo momento de expansão da criminalidade. Os riscos pós-modernos colocam a incerteza e a insegurança projetadas no futuro, desafiando o Estado a oferecer alternativas de política criminal para proporcionar segurança aos cidadãos e reforçar o respeito à vigência das normas.

A complexidade crescente da sociedade faz com que a tomada de decisão esteja no bojo da percepção do risco, sendo que as incertezas passam a autorizar intervenções estatais enérgicas. Os crimes tornaram-se cada vez mais complexos e de difícil investigação por parte do Estado.

A problemática se reflete no âmbito do processo penal, vez que o Estado em crise não detém a competência necessária para produzir provas e conter esses graves distúrbios que desafiam a sociedade. Disso decorre que a emergência da sociedade do risco passa a legitimar o Estado a se afastar do Devido Processo Legal, lançando mão de mecanismos alternativos que, sob o pretexto da eficiência, atuam à revelia das garantias constitucionais.

Com o desenvolver desse estudo, percebeu-se que as clássicas garantias político-criminais constantemente são desafiadas por mecanismos que buscam atender às emergências da época. No passado, a doutrina penal denunciava os mecanismos de interceptação telefônica e quebra de sigilos fiscais que eram autorizadas a despeito de

uma série de garantias do acusado, na busca de uma produção probatória que os órgãos de investigação não poderiam alcançar de maneira legal. Na atualidade, verifica-se a proliferação de processos penais que utilizam a técnica de barganha para negociar acordos de colaboração processual entre o acusador e o acusado, questão que tem se revelado como um dos exemplos mais latentes de uso de mecanismos alternativos ou de abreviação ao processo penal. Desse modo, a influência da negociação em processo penal, oriunda do instituto do *plea bargaining* americano, tem adentrado diversas legislações pelo mundo e ensaia sua hegemonia no processo penal brasileiro.

A negociação no processo penal concentra seu campo de influência em meio à tensão entre dois polos: a necessária persecução dos crimes complexos e a imprescindível manutenção dos direitos fundamentais, ou seja, o equilíbrio entre a assunção de novos métodos investigativos capazes de servir como meio de obtenção de provas e o devido respeito aos postulados garantistas da Constituição Federal.

Conforme visto, pode-se concluir que a negociação se trata de um fenômeno global cujo efeito simbólico é oferecer respostas aos crimes complexos engendrados pela sociedade do risco e que termina por esconder as debilidades dos Estados, sobretudo os latino-americanos, diante do déficit de anos sem investir em inteligência e aparelhamento das instituições responsáveis pela persecução penal.

O Estado tem a missão de aplicar a pena, respeitando os princípios basilares da república. Todavia, um processo que respeite as garantias político-criminais do acusado frente ao poder punitivo estatal tem se mostrado moroso e excessivamente oneroso ao Estado, de modo que a tendência internacional é a utilização de mecanismos alternativos ou de abreviação ao Processo Penal clássico. Esse aspecto legitima o Estado a afastar-se do Devido Processo Legal: trata-se de chegar ao fim almejado sem passar pelo caminho previsto e correto para o exercício legítimo do direito de punir.

Pode-se verificar que o tema da barganha processual faz parte de uma tradição jurídica que pouco ou nada tem a ver com a história brasileira, sendo certo que não há um modelo a ser seguido ou copiado, senão que a cultura jurídica e as experiências científicas de determinado sistema legal devem apontar a solução própria daquela realidade. A barganha, por consectário lógico, suprime fases do processo importantes para a formação de culpabilidade através da cognição probatória do magistrado, além de interferir em uma série de princípios explícitos e implícito previstos pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o processo democrático não é um valor estático do Estado de Direito, convive com avanços e retrocessos, cabendo ao poder judiciário frear os retrocessos e permitir os avanços no sentido de consolidar a democraticidade visualizada pela Constituição Federal. Diante desse panorama, o Tribunal Constitucional, cúpula do Poder Judiciário, detém a tarefa de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo tribunal constitucional.

A ponderação entre o Devido Processo Legal e seus corolários e a barganha prevista no artigo 4º da Lei 12.850/13, Lei das Organizações Criminosas, revela que se sacrifica o direito fundamental em atenção a objetivos de política criminal, de modo que o escopo da negociação premial tende a promover o desvalor da racionalidade garantista que ainda não está plenamente sedimentada no sistema penal brasileiro. Sendo assim, o dispositivo legal parece chocar-se com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, 2017.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O órgão jurisdicional e a sua função*. São Paulo. Malheiros, 1997.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2004.

_____. O risco da técnica de remissão das leis em branco no Direito Penal da Sociedade do Risco. *Política Criminal*. n. 30, 2007. A7.

ALSCHULER, Albert W. La historia acerca de la negociación sobre la declaración de culpabilidad: el "plea bargaining" y su historia. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 12, 2001.

ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 98-115, ago./set. 2017.

ÁVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal esquematizado* – São Paulo: Método Ed., 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Trad. Marianela Pérez Lugo e Patrícia Chiantera. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 29, jan/mar, 2000.

BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.) *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BENTHAM, Jeremy. *Rationale on judicial evidence*. Londres: Hunt and Clarke, 1827.

BETTIOL, Giuseppe. Dal diritto penale al diritto premiale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, a.3, nova série, p. 701-713, 1960.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. As fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRASIL. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização - junho de 2016/organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa (et al.) – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Levantamento Anual Sinase 2016. Coord. de Ricardo P. Costa et al., Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.) *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

CAMPOS, Francisco. *Antecipações à Reforma Política*. Rio de Janeiro: J. Olympo. 1940.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiroz, Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis: revista eletrônica do Ministério Público*. Vol. 4. 2012.

_____. Temas pontuais sobre ilicitude probatória no processo penal: denúncia anônima, delação premiada e gravações clandestinas. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 38, p. 109-144, jan./jun. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: Citadel, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Pacote anticrime: silêncios e continuísmos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 5-6, mai. 2019.

_____. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COOK, Julian A. Federal guilty pleas under rule 11: the unfilled promise of the post-Boyakin era. *Notre dame Law Review*, v. 77, i. 2, p. 597-640, 2002.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. O papel do novo juiz no Processo Penal. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Jacinto Nelson Miranda de Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CUNHA MARTINS. Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas, 2013.

DELMANTO, Celso; et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos actuales de Política Criminal*. Trad. Marino Barbero Santos. Madrid: Centro de Publicaciones Secretaria General Tecnica Ministeria de Justicia. 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

_____. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992. In LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, Vol. II. 5ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DOMINIONI, Oreste. La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 41, segunda série, p. 741-767, 1986.

DUARTE NETO, Júlio Gomes. O Direito Penal simbólico, o Direito Penal mínimo e a concretização do garantismo penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA COSTA, José de. *Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra. 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no comando de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. O consenso na justiça penal. *Revista da AJUFE*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 45-95, out./dez. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ravvedimento processuale e inquisizione penale. *Questione Giustizia*, Varese, p. 209-225, 1985.

FISHER, George. *Plea Bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado*.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodium, 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: GREVI, Vittorio. *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993.

_____. Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del "plea bargaining". *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*. Roma, a.7, n. 1-3, p. 53-78, 1985.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2000.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 65-73, 2001.

HEGEL, G.W.F. *A ciência da lógica*. Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio (1830). São Paulo: Loyola, v.1, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9 ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária de São Francisco, 2014.

HERKENHOFF, João Batista. *Como Aplicar o Direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro, 1986.

HEUMANN, Milton. Plea Bargaining: lesson learned, issues outstanding. *Harvard law & policy review*. July/2018,

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JUNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, v. 56, n. 222, p. 133-154, 2019.

JACOB, Muriel Amaral; FERREIRA, Sander Silva. A busca da verdade no processo penal. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 26, p. 163-183. jul./dez. 2018. p. 173.

JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonazlez Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KLEIN, Douglas J. The petrial detention “crisis”: the causes and the cure. 52 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 281 (1997).

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. Comprendiendo la breve historia del plea bargaining. *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, A, 2001.

LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, 1978.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do Processo Penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114, 2017.

_____. La dicotomia acusatório-inquisitivo y la importación de macanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio, BOVINO, Alberto (comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.

LASKI, Harold. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou. 1973.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1988.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Trad. Saul Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Walter de Grurter, 1992.

LUPTON, Deborah. *Risk*. Londres: Routledge, 1999.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 224, 2016.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 337. Também em: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Pena y Estado*.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, p. 206-227, ago. 2016.

MASI, Carlo Velho. A funcionalização do Direito Penal a partir de critérios de política criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 270, p. 18-19, mai. 2015.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantia. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 30-51, jun./jul. 2019.

MICHALET, Charles-Albert. *O que é mundialização?* São Paulo: Edições Loyola, 2003

MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, p. 41-54, jan./fev. 2013.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, 2001, v. 16, nº 82.

MONTERO AROCA, Juan. Et al. *Derecho jurisdiccional III: proceso penal*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: A comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. Maryland: University press of America, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti. Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de common law no processo penal brasileiro. *Revista de Direito*

Constitucional e Internacional: Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 25, n. 103, p. 247-265, set./out. 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 135-169, ago. 2016.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. Societá del rischio e diritto penale, 2004. P. 375. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi. (Org.) *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analyse critica dela Scuola di Francoforte*. Milão: Giuffrè, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um Direito Penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 74, p. 09., jan. 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. New York: Routledge, 2012

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Filosofia pagã antiga*. São Paulo: Paulus, 2003.

RITTER, Ruiz; STEIN, Ana Carolina Filippon. A (in)compatibilidade da iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório à luz dos princípios da imparcialidade e da presunção de inocência. In: *Processo penal contemporâneo em debate II*. GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (org.). Florianópolis: Empório do direito, 2017.

RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista brasileira de direito processual penal*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 103-130, 2017.

ROSA, Alexandre M. *Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2000.

_____. *La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. A inconstitucionalidade da prisão cautelar como mecanismo para obter a delação (colaboração) premiada. In: *Crise no Processo Penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN; Diogo Rudge; MADURO, Flavio Mirza. Orgs. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal?: ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo??. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A, 1998.

_____. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. p. 303.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estad*. Madrid, 1996.

SILVA. Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 245-293, dez. 1998.

STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*, 5. ed. Cengage Learning, 2015.

SUTHERLAND, Edwing Hardin. *White collars criminality*. 1940.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en Derecho Comparado, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 3, n.º 11, 1995.

TOURAINÉ, Alain. *La sociedad postindustrial*. Barcelona: Ariel. 1971.

_____. Uma visão crítica da modernidade. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 5, n. 5, p. 32-41, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TURNER, Jenia I. *Plea bargaining across borders*. New York: Aspen Publishers, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Ibccrim, 2015.

VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Ramonville Saint-Agne, v. 83, 1/2, jan./jun. 2012.

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Scipione, 2004.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de derecho penal*. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista Trad. José Cerezo Mir, da 4ª edição alemã. Buenos Aires: Editorial BdF, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. 1 ed. São Paulo: GZ, 2010.

_____. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. La dogmática como racionalización peligrosa. In: VELÁSQUEZ V. (org.). *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibáñez/Universidad de los Andes, 2013.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Poder judiciário: Crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. trad. Izquierdo Macías-Picavea, Madrid: Edersa, 1979.

ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Política Criminal*. Salamanca: Colez, 2001.