

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E O MODELO PROCESSUAL
PENAL ACUSATÓRIO: ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE
A PARTIR DO EXAME DOS ACORDOS REALIZADOS NO
ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

Aprovada para depositar na coordenação de monografia.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2018.



BEATRIZ FORAIN ROCHA COSTA DE OLIVEIRA

RIO DE JANEIRO

2018/ 2º Semestre

BEATRIZ FORAIN ROCHA COSTA DE OLIVEIRA

A COLABORAÇÃO PREMIADA E O MODELO PROCESSUAL
PENAL ACUSATÓRIO: ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE A
PARTIR DO EXAME DOS ACORDOS REALIZADOS NO ÂMBITO
DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO- RJ

2018/2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

O48c Oliveira, Beatriz Forain Rocha Costa de
A colaboração premiada e o modelo processual penal acusatório: análise de sua compatibilidade a partir do exame dos acordos realizados no âmbito da operação Lava Jato / Beatriz Forain Rocha Costa de Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2018.
94 f.

Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. colaboração premiada. I. Santoro, Antônio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

BEATRIZ FORAIN ROCHA COSTA DE OLIVEIRA

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E O MODELO PROCESSUAL
PENAL ACUSATÓRIO: ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE
A PARTIR DO EXAME DOS ACORDOS REALIZADOS NO
ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/2º Semestre

Dedico este trabalho à minha família e meus amigos, cujo afeto e apoio nutriu minha determinação e fez florescer minha força.

OLIVEIRA, Beatriz F. R. C. de. A colaboração premiada e o modelo processual penal acusatório: análise de sua compatibilidade a partir do exame dos acordos realizados no âmbito da operação Lava Jato. Monografia (graduação em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo evidenciar a incompatibilidade do instituto da colaboração premiada com o modelo de processo penal acusatório. A pesquisa pretende estabelecer os pressupostos teóricos indispensáveis à um sistema acusatório e realizar a verificação da presença destes no ordenamento jurídico brasileiro. Analisar-se-á a Lei 12.850/13 e sua aplicação em caso paradigmático (“Operação Lava Jato”), a fim de expor as violações cometidas em decorrência da aplicação do instituto. Busca-se demonstrar como estas ofensas comprometem as garantias constitucionais de natureza acusatória da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, do contraditório, destarte alterando as relações desenvolvidas entre os sujeitos processuais. Por fim, serão apontadas as ilegalidades cometidas concretamente nos acordos de colaboração, em relação aos incentivos ofertados, e as consequências destes para a persecução penal garantista.

Palavras- chave: sistema acusatório; colaboração-premiada; “Operação Lava Jato”; incompatibilidade; violações à garantias fundamentais;

ABSTRACT

The present work aims to illustrate the incompatibility between the institute of rewarded collaboration and the accusatorial criminal prosecution system. This research intends to establish the key theoretical premises that characterize the accusatorial system and to verify the presence of those in the Brazilian legal order. The law (12.850/13) will be analyzed, as well as its application in a paramount case (“Operação Lava Jato”), in order to expose the resulting violations perpetrated. The goal is to demonstrate how these breaches undermine the judicial impartiality, the presumption of innocence, the adversarial system, thereby altering the relationships developed among the participants of the legal procedure. Lastly, the concrete consequences of offering illegal benefits through the agreements of collaboration in question will be appointed, along with their effects on the accusatorial system.

Keywords: Accusatorial system; rewarded collaboration; “Operação Lava Jato”; incompatibility; violation of fundamental principles;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – O SISTEMA ACUSATÓRIO	3
2.1 Trajetória histórica dos sistemas	7
2.2 Os pressupostos do sistema acusatório	15
2.2.1 A verdade processual.....	15
2.2.2 Os axiomas do garantismo penal:.....	17
2.2.3 As escolhas do direito penal mínimo e direito penal máximo	19
2.2.4 Princípio da retribuição penal	20
2.2.5 Princípio da legalidade	21
2.2.6 Princípio da necessidade.....	23
2.2.7 Princípio da lesividade.....	27
2.2.8 Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação	29
2.2.9 Princípio da culpabilidade	30
2.2.10 Princípio da jurisdicionariedade ou submissão ao juízo	31
2.2.11 O Princípio acusatório	34
2.2.12 Princípio do ônus da ação	38
2.2.13 Princípio do contraditório	39
2.2.14 Garantias procedimentais secundárias.....	41
2.3 A estruturação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro	45
2.3.1 Histórico.....	45
2.3.2 O sistema processual brasileiro – um sistema acusatório?	47
CAPÍTULO 2 – DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	54
3.1 Da aproximação teórica entre o instituto da confissão e o instituto da contribuição premiada, num contexto de justiça consensual	54
3.2 Da ruptura da imparcialidade do juiz.....	63
3.3 Das violações cometidas nos casos concretos – uma análise a partir dos acordos realizados no âmbito da operação lava-jato	68
3.3.1 Da Previsão De Redução de Pena de Multa:	75
3.3.2 Dos regimes de cumprimento de pena diferenciados e das suas progressões.....	75
3.3.3 Da Aplicação Imediata da Pena	76
3.3.4 Da Suspensão dos Procedimentos	77

3.3.5	Da liberação para o uso de bens originários das atividades ilícitas.....	78
3.3.6	Da abrangência dos benefícios a persecuções distintas e a outras esferas do direito	79
3.3.7	A lógica de custo-benefício por trás da adesão do réu ao acordo de colaboração premiada e como ela pode prejudicar o objetivo do instituto.....	80
	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

O instituto da *colaboração premiada* (também denominado de *delação premiada*), importado do ordenamento jurídico americano para o Brasil, por meio da Lei 12.850/13, tem atualmente grande destaque e repercussão, tanto no meio jurídico quanto nos meios de comunicação e na sociedade civil. Esta posição de evidência deve-se em grande parte ao papel que as delações desempenham nas megaoperações policiais, em especial a Operação Lava-Jato, iniciada em 2014. Nesta investigação, a colaboração premiada vem sendo extensivamente utilizada como forma de obtenção de indícios e provas e chega até mesmo a ter grande peso no convencimento da opinião pública e do próprio juiz acerca da culpabilidade de seus investigados.

Desta forma, é inegável a conclusão de que a delação é um elemento cada vez mais presente na prática processual penal, e que há uma tendência a ampliar-se sua utilização no futuro próximo, em casos criminais que utilizar-se-ão dos precedentes e práticas criadas na Operação Lava-Jato como molde de conduta e aplicação deste instituto, seguindo o seu exemplo paradigmático. Por conseguinte, diante desta crescente relevância, faz-se necessária a sua análise, frente aos princípios e normas que imperam no ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, para que se averigüe a sua compatibilidade com todo o sistema. O presente trabalho vem, a vista disso, propor-se a examinar as cláusulas dos três primeiros acordos realizados no âmbito da Operação Lava-Jato, entre os acusados Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa e Pedro José Barusco Filho e o Ministério Público Federal, utilizando como parâmetro as garantias constitucionais e direitos, a fim de detectar sua conformidade e possíveis violações.

Para fazer tal investigação, faz-se necessário antes remontar o contexto teórico no qual o Direito Processual Penal brasileiro se insere. Não se atendo apenas ao Código de Processo Penal, mas buscando também analisar as influências que ele sofre da ordem constitucional. Assumindo o caráter democrático e de proteção aos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, este há decerto de penetrar também na relação processual penal, e atingir, de forma divergente ou convergente, os procedimentos da delação premiada.

Assim, propôs-se no primeiro capítulo, a realização um estudo introdutório do sistema acusatório, para delinear suas bases teóricas e como ele se desenha no conjunto legal brasileiro. Somente com a compreensão deste modelo é possível avançar para uma análise crítica e fática da aplicação da colaboração premiada. Primeiramente, deve ser traçado o histórico dos modelos de processo penal, para se entender o contexto no qual estabeleceu-se o modelo acusatório e o seu objetivo, o que ele buscava alcançar e quais estruturas ele buscava transformar. Posteriormente, devem ser esclarecidos quais são os seus pressupostos teóricos, o seu núcleo de identificação. Esta definição de valores é imprescindível para estabelecer um parâmetro comparativo, que será utilizado no capítulo seguinte, quando forem analisadas as cláusulas dos compromissos realizados por meio de colaborações premiadas na Operação Lava-Jato. Por fim, conclui-se o primeiro capítulo com o desenvolvimento da presença deste modelo de processo penal no ordenamento jurídico brasileiro, mapeando a sua incidência por meio de princípios e garantias, e buscando compreender o seu alcance frente outras normas.

Já no segundo capítulo, conforme mencionado acima, proceder-se-á a análise de fato dos acordos firmados entre o MPF e os condenados Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa e Pedro José Barusco Filho, buscando traçar um comparativo com o que foi estabelecido no capítulo anterior, e assim identificar as violações cometidas, para embasar a premissa de que, em uma ordem constitucional democrática, como é a brasileira, a inserção do instituto da delação premiada no sistema legal age como instrumento de reforço a um sistema inquisitorial e autoritário de processo penal.

Tal análise foi motivada em virtude da crescente flexibilização de garantias e direitos no Brasil nos dias de hoje. Esta mitigação que encontra respaldo não somente na sociedade, como também nos agente que ocupam as posições de liderança do Estado, e até mesmo no meio jurídico. Tais desconsiderações demonstram ser uma grande ameaça ao Estado de Direito democrático e aos direitos fundamentais que impedem a violência arbitrária estatal. Desta forma, através deste trabalho, busca-se elucidar os perigos que esta posição condescendente pode gerar, especificamente na área do Direito Processual Penal, atribuindo às violações causas e consequências.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA ACUSATÓRIO

O primeiro passo para quem pretende fazer qualquer forma de estudo comparativo e que almeje como resultado tecer críticas em sua conclusão, é construir uma base teórica sólida para utilizá-la como parâmetro. Sem esta, a análise torna-se frágil e superficial. Destarte, este trabalho busca, neste que é seu primeiro capítulo, elaborar uma definição do que será seu referencial posteriormente: o sistema processual acusatório.

Por que optar por analisar o instituto da delação premiada a partir da ótica acusatória? A resposta para esta pergunta encontra-se na estrutura constitucional brasileira. Temos uma Constituição que privilegia os valores democráticos. Já em seu preâmbulo temos a menção ao “Estado democrático”, assim como no artigo 1º, *caput*, e é um valor que está permeado em diversos outros dispositivos por todo o texto constitucional. Assim, a Constituição é um instrumento que prestigia o ideal democrático, ao prever a separação de poderes do Estado, um sistema de freios e contra pesos, a proteção ao que se definiu com um rol de *direitos fundamentais*, dentre outros. A Constituição é a expressão do pacto constituído pela representação da soberania popular, fundando a democracia.¹

E como isto influencia o Processo Penal? Ao entendermos o conjunto de normas vigentes não como mandamentos isolados, mas pertencentes a um sistema integrado, um *ordenamento* de fato, no qual elas se comunicam, e ao adotarmos o posicionamento de Kelsen e sua pirâmide hierárquica, na qual a Constituição Federal encontra-se no topo, irradiando seus valores sob as normas inferiores, as normas de processo penal passam a ter sua legitimidade vinculada à sua conformidade constitucional. O processo passa a agir como “instrumento a serviço da ordem constitucional, e dessa forma, precisa refletir as bases do regime democrático nela proclamada”.² Mais do que isso, o direito, neste caso, se legitima através da própria democracia como instrumento de solução de conflitos, por meio da soberania popular e da representatividade, reconhecido por aqueles que detém o poder originalmente, qual seja, o povo.

¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

² DINAMARCO, 1993 *apud* PRADO, 2005, n.p

Um Processo Penal que baseado nos valores trazidos pela Constituição a qual ele estaria subordinado demonstra-se muito mais resiliente às possíveis reformas e mudanças político-culturais que adviessem posteriormente e buscassem alterá-lo.³ A Constituição lhe conferiria estabilidade, fortalecendo suas instituições, ao impor o reconhecimento às garantias e direitos individuais. Um exemplo de como o Processo Penal que não tem suas raízes fortemente firmadas nos valores constitucionais está vulnerável as mudanças conjunturais políticas é a recente alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que admitiu a possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, no Habeas Corpus 126292, desconstruindo o princípio constitucional de presunção de inocência, apesar de sua clara redação (art. 5o, LVII da Constituição, que denote-se, não teve seu texto alterado legislativamente, mas sim fora dada uma “interpretação conforme a Constituição” pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário). Assim, se somos regidos pela égide de uma Constituição que optou por um regime democrático, a relação processual penal, sob a premissa de estar sob o seu manto e dela sofrer influências, deve também desenvolver-se a partir desta perspectiva.

Esta estabilidade advém da compreensão do processo como garantia, como um parâmetro para o “dever-ser”, que faz a figura do juiz ganhar novo significado e importância. Trata-se de uma vinculação do juiz à Constituição, em última instância, realizando inclusive o crivo de validade de uma lei infraconstitucional, e a sua própria sujeição à esta, se ela estivesse em conformidade com os preceitos da Carta Magna⁴. O parâmetro de validade, como já dito anteriormente, é sua conformidade com o texto constitucional. Portanto, o juiz age também como um guardião dos preceitos e garantias constitucionais, preservando estruturas tais como a tripartição da atuação processuais (acusação, defesa e julgamento) e adaptando o processo penal e suas normas aquelas presentes na Constituição. Afirma-se que se um dispositivo processual está diretamente em contradição a direito constitucional, não deve o juiz questionar-se acerca da sua não-aplicação, uma vez que tal norma é inválida, não encontrando sua legitimidade. O próprio processo transforma-se em uma garantia, por meio de sua adequação ao princípio do Devido Processo Legal, se

³ BERTTIOL, 1977 *apud* PRADO, 2005.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

tornando o espaço institucionalizado adequado para a busca da justa solução de um conflito, onde acusação e defesa tem seus direitos assegurados. Vemos então que a ligação entre Constituição e Processo não é meramente formal e teórica, mas sim perpassa pela validade das normas processuais e atinge a atividade jurisdicional do magistrado.

E esta atuação jurisdicional atenta a viabilidade constitucional, para além da análise de legitimidade normativa, afeta a legitimidade do próprio Poder Judiciário. Explicamos: um ponto chave deste estudo da relação entre o Processo, a Constituição e a Democracia está em identificar a função legitimadora do Poder Judiciário⁵, uma vez que sua composição não é realizada a partir do voto popular, como ocorre nos outros Poderes, uma das formas de manifestação mais conhecidas do princípio democrático. A legitimidade do Poder jurisdicional concretiza-se através da busca pela verdade substancial⁶, qual seja, a conclusão a qual se chega como resultado da análise comparativa entre aquilo que as provas lícitas produzidas no curso do processo demonstram e o impacto que causam no convencimento do juiz. Para o processo penal ancorado no princípio democrático, não existe uma verdade real, absoluta. A insistência em perseguir tal verdade causa vícios ao processo em si, ao instigar a figura de um juiz decisionista e arbitrário, que se dobra a teses em prol da “eficiência” do processo e do utilitarismo. Desta forma, é de suma relevância a garantia de um momento e espaço para a fala da ambas acusação e defesa demonstrarem suas teses e produzirem provas que as fundamentem. E essas garantias nada mais são do que os pilares de um processo de viés acusatório.

Destarte, diante desta relação entre o processo penal e a identidade democrática da Constituição Federal e seus desdobramentos, o modelo de processo acusatório seria a opção mais adequada a um sistema constitucional de garantias e proteção a direitos fundamentais, em especial quando analisado sob a ótica de valorização da democracia⁷, uma vez que ao retirar do juiz o ímpeto inicial, busca-se assegurar-lhe uma posição de imparcialidade frente as partes, acusação e defesa, e prestigiar o princípio do contraditório.

⁵ PRADO, 2005

⁶ FERRAJOLI, 2014

⁷ GRINOVER, 1982 *apud* PRADO, 2005

Em seguimento, devem ser feitos alguns esclarecimentos metodológicos sobre a análise que será feita a respeito do que se denomina sistema acusatório.

Quando falamos de sistemas processuais, não existem modelos perfeitos e absolutos. Isso significa que nenhum modelo processual será exatamente idêntico ao outro, simplesmente pois não existe um “passo a passo”, uma “receita de bolo” a ser seguida para que se alcance um determinado sistema. Indo mais além, é impossível dessa forma conceber um modelo puro, que não tenha em sua estrutura características pertencentes a mais de uma categoria. E este raciocínio aplica-se para o caso dos modelos acusatórios e inquisitórios.

No entanto, apesar das diferenças que modelos que se pretendem “acusatórios”, por exemplo, venham a apresentar entre si, ainda é possível agrupá-los em uma mesma categoria, pois sempre haverá chama de *pontos de contato*⁸. Estes pontos de contato estão interligados pelo seu significado e pela sua incidência repetidamente conexa a outros princípios, sempre aparecendo conjuntamente, em decorrência de uma lógica sequencial. Não estão desvinculados um do outro, pelo contrário, apresentam uma associação conceitual. Um sistema necessita de uma coerência interna de seu conteúdo para que seja considerado um sistema. A palavra chave quando se trata de sistemas é então “coerência”.

Outrossim, também é necessário entender que um sistema não existe desgarrado de contexto e de outras estruturas. Por vezes, ele está vinculado a sistemas mais abrangentes, e então torna-se um subsistema. No presente caso, utilizamos para essa lógica o sistema acusatório, que é na realidade um subsistema em relação ao sistema constitucional, mais amplo, que o engloba.

Uma lei que proponha a iniciativa do juiz para o processo penal de cunho condenatório não pode pertencer ao sistema processual acusatório, embasado em uma Constituição que o consagre e, portanto, tal lei não será válida, ainda que funcional o sentido utilitarista, de mera adjudicação de uma solução ao conflito de interesses penal.⁹

E a partir destes pontos de contato, que possuem coerência entre si, é possível definir o que seria um “bloco” de valores, princípios, os quais, quando aplicados de

⁸ PRADO, 2005

⁹ Ibid., 2005, n.p.

forma conjunta, e sob a égide de uma Constituição democrática e garantista, em uma mesma realidade jurídica, poderiam ser definidos como um modelo acusatório.

1.1 Trajetória histórica dos sistemas

Para realizar um estudo sobre os diversos sistemas penais implementados pelas civilizações ao longo da história, de forma a construir um contexto para compreender-se a dualidade entre os modelos acusatório e inquisitórios, é preciso focar o olhar para determinados aspectos. A orientação da análise histórica deve então ser voltada à sistemas que utilizavam a produção de provas para comprovar os fatos alegados como metodologia processual, uma vez que esta seria uma forma de legitimar o poder punitivo estatal, de acordo com o princípio democrático, ao permitir a existência de um contraditório e ao garantir que o juiz estaria em uma posição de imparcialidade.¹⁰ Assim, restariam descartados os modelos históricos voltados somente ao ajuste entre o ofensor e o ofendido, uma vez que bastaria a sua conciliação para a resolução do conflito, sem o objetivo maior pela busca de uma verdade processual.

Começamos pelas primeiras grande sociedade da Antiguidade. Havia toda sorte de procedimento penais durante este período, que seguiam linhas completamente distintas. No Egito antigo, é possível analisar o que se chama de “embrião do procedimento inquisitório”¹¹, pois o exercício jurisdicional cabia aos sacerdotes, e como regra estes possuíam a iniciativa penal. Já na Palestina, de forma excepcional em relação as suas civilizações contemporâneas, a oportunidade de um condenado de buscar um novo julgamento de sua condição era tido como algo sagrado. A mera confissão não bastava para gerar uma condenação, assim como o relato de uma única testemunha também o era insuficiente para tal. Estamos diante de um procedimento vanguardista à época, que conferia inúmeras garantias ao acusado durante o curso processual.

Passa-se então à justiça penal da Grécia Antiga. Os pesquisadores deste período enxergam na jurisdição ateniense, o sistema processual penal tido como exemplar, diante da falta de unidade jurisdicional que existia entre as cidades gregas. Ela

¹⁰ PRADO, 2005

¹¹ GRINOVER, 1982 *apud* ibid.

classificava os delitos em duas categorias: público e privados. O crimes de natureza pública eram assim categorizados pois ofendiam a ordem pública, atingindo àquela sociedade em sua coletividade, sendo pois de maior gravidade. Nestes casos, desenvolveu-se um sistema de acusação popular, no qual qualquer cidadão poderia vir a acusar o ofensor, não estando esta faculdade restrita somente à vítima direta, diferentemente dos crimes de natureza privada.

A defesa cabia ao próprio acusado, e a produção de provas era de iniciativa somente das partes, que podiam receber auxilio de outros cidadãos, estando o tribunal, no entanto, vedado de participar desta etapa.

Os juízes que compunham o tribunal então reuniam-se para votar, sendo este voto secreto. Primeiro, decidiam pela condenação ou absolvição do acusado, e em caso da maioria ter optado por condená-lo, realizava-se uma segunda votação, também secreta, na qual apurava-se a pena a ser aplicada. Ao final, a sentença era lida para o povo.

Importa ressaltar que no processo ateniense, os juízes eram meros árbitros, não possuindo iniciativa persecutória, nem nos crimes contra o interesse privado, nem nos crimes contra a ordem pública. Tratava-se então de um processo acusatório privado¹², de certa forma, uma vez que constituía-se um tribunal popular, inerte até que fosse provocado pelo ofendido ou por qualquer outro cidadão (nos casos dos delitos públicos) e se instaura-se um processo, no qual as partes teriam isonomia entre si, e que participavam de um juízo publico e oral, no qual lhes era oportunizado o contraditório e a comprovação de suas alegações, para que posteriormente os juízes as avaliassem segundo sua intima convicção¹³.

Michael Foucault¹⁴ fala em uma conquista da democracia ateniense, qual seja “a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam”.

¹² AMBOS; LIMA, 2009 *apud* LINHARES, Raul Marque; WEDY, Miguel Tedesco. **Processo Penal e História - A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 379- 412, ago. 2015, p. 5

¹³ PRADO, 2005

¹⁴ FOUCALT, Michael. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1973, p. 54

No entanto, alguns pontos deste modelo grego encontravam-se em desarmonia: a tortura e o júízo divino eram meio de prova admitidos pelo tribunal, e as decisões judiciais eram irrecorríveis.

Em seguida, passa-se ao direito penal romano. A história de Roma é tão extensa quando o seu território fora, nos tempos áureos de conquista sob o comando do Imperador Trajano. Destarte, não há consenso na doutrina sobre a melhor metodologia de estudo do sistema processual desta sociedade. Prado¹⁵, por exemplo, divide-os em “República” e “Império”, enquanto outros doutrinadores optam por analisar *fases* ou *períodos*, como é o caso de Linhares e Wedy¹⁶. Para fins deste trabalho, analisaremos a partir da instauração da República Romana.

Com a República, houve a divisão fundamental entre religião e direito. A função política então passou a ser prerrogativa de um magistrado, e não havia partes no processo penal, o acusado interagindo diretamente com o magistrado, que possuía amplos poderes jurisdicionais. Diante desta ausência de limitações a atuação judicial, era dado ao acusado a opção da *provocatio ad populum*, na qual o povo, reunido em uma *comitio*, revia a decisão do magistrado, como uma espécie de recurso, denominada *provocatio*.

O próximo passo na evolução penal romana foi a criação da *quaestio ou acusatio*, espécie de comissão destinada a apuração de determinados delitos que não poderiam ficar a cargo dos magistrados, a exemplo das infrações cometidas pelos próprios nos exercícios de suas funções, chamado crime de concussão. Neste período preservaram-se as liberdades individuais, provocada pela disseminação da *quaestio* para além da classe de crimes as quais ela havia sido originalmente prevista, trazendo consigo o ideal de que não haverá persecução penal contra alguém sem uma acusação.

As *quaestios* são de extrema importância para a compreensão das raízes do sistema acusatório, uma vez que em muitas obras italianas, como a de Gian Domenico Pisapia¹⁷ e o próprio Digesto italiano a veem como elemento estrutural acusatório, instaurando a ideia de uma acusação pública em oposição ao réu, cabendo

¹⁵ PRADO, 2005

¹⁶ LINHARES; WEBY, 2015

¹⁷ PISAPIA, 1960 *apud* LINHARES; WEBY, 2015

aquele a responsabilidade probatória do que alega, em um processo público e oral. Ao Estado cabia apenas o julgamento e pronunciamento de uma decisão. Em muitos pontos, era um modelo bastante semelhante ao modelo ateniense.

Em seguida, a partir de 27 a.c., com a queda da República, iniciou-se o período do Império Romano, que provocou profundas mudanças na forma como os delitos eram apurados e solucionados. Com a expansão romana e o crescimento das cidades, as *qaestios* e o seu procedimento não mais bastavam para aplacar a criminalidade. Frente essa insuficiência, foram desenvolvidas formas mais severas de repressão penal.

E aqui encontra-se um ponto crucial desta análise: neste momento de ruptura e desenvolvimento político e urbano, desenvolveu-se a semente do que mais tarde viria a ser considerado o sistema inquisitório de processo penal. Os mecanismos adotados neste período seriam posteriormente herdados pelo direito canônico medieval. E foi nesta nova conjuntura que as liberdades individuais, até aqui preservadas e reconhecidas pela *acusatio* republicana, seriam minadas do processo até que fossem negadas por completo. A este processo dá-se a nomenclatura de *cognitio extra ordinem*. Cumpre esclarecer que um modelo não substituiu ao outro imediatamente, sem que fossem deixados vestígios. Tratou-se de um processo gradual, no qual os sistemas conviviam, e ao passo que as *acusatios* iam perdendo sua relevância e compatibilidade, a *cognitio extra ordinem* ganhava força e ampliava-se nos espaços desocupados pelas *qaestios*.

Essa transformação foi impulsionada pelo Imperador Augusto, que realizou uma reforma legislativa de forma a barrar o modelo republicano antigo e tornar o processo penal mais flexível. Neste novo processo, ampliaram-se as prerrogativas dos magistrados, que agora poderiam instaurar um processo de ofício, sem a necessidade de uma acusação.

Esta ganhou um novo desígnio no processo, tornando-se elemento moldável, não no sentido acusatório, no papel de única força motriz capaz de iniciar a persecução penal, mas sendo flexibilizada para que servisse a vontade dos juízes. Se não houvesse acusação, o magistrado poderia ter a iniciativa penal ele próprio; criaram-se causas de acusação obrigatória, desvirtuando a natureza anterior das

acusações públicas, e ainda estabelecendo punições para aqueles que desistissem da acusação no correr do processo.

Todo o esforço que havia sido feito durante a República, de se construir um sistema de leis processuais coerente, uno, também sofre uma desconstrução, como por exemplo, as penas aplicadas não mais eram derivadas de previsões legais escritas uniformes, mas passavam a ser de total discricionariedade do magistrado, que poderia aplicar-lhe conforme seu julgamento do caso concreto e de suas circunstâncias, subjetivas e objetivas.

Rogério Lauria Tucci sintetiza bem as novas características do processo penal que o tornariam de índole indubitavelmente inquisitórias:

[...] a restrição cada vez maior da publicidade dos atos processuais, utilização crescente da tortura, produção de provas com a definição antecipada de seu resultado (isto é, com um fim previamente pretendido), necessidade de sentença escrita e fundamentada e retomada da influência da religião nas jurisdições criminais.¹⁸

E seria exatamente esta a herança que Roma deixaria para a Europa Continental, após sua queda.

Com as invasões bárbaras e o que os historiadores consideram o marco inicial da Idade Média, a descentralização do poder e formação dos feudos – que essencialmente eram influenciados pelo Direito Germânico, uma vez que resultavam da dissolução de qualquer tipo de estrutura estatal, diz Foucault¹⁹ - possibilitou o surgimento e fortalecimento de um direito eclesiástico, de base religiosa, como única autoridade unitária, porém de alcance e presença distribuídos pelos territórios. Assim, tem-se início o processo de domínio da Igreja através do Direito Canônico. O processo penal ganha contornos religiosos, e passa a ser o instrumento por meio do qual as almas pecadoras serão expiadas, a ideia de penitência.²⁰

Faz-se relevante apontar a conexão contextual sócio-política feita por Foucault, novamente, em relação ao poderio da Igreja e a formação das monarquias nacionais e sua busca por estabilização e ganho de poder. “O Estado que nascia, [...] como

¹⁸ TUCCI, 1976 *apud* LINHARES; WEBY, 2015, p. 399

¹⁹ FOUCAULT, 1973. p. 58

²⁰ PRADO, 2005

soberano [...] e fonte de todo o poder, passa a confiscar os procedimentos judiciais”²¹, por meio do inquérito, assumindo função administrativa e religiosa, como forma de exercício e legitimação deste novo poder.

Todavia, no campo religioso, em razão da falta de coerência e disciplina por parte de membros do clero, e com o avanço de crenças e práticas consideradas heréticas, a Igreja, por volta da virada do século XII para o século XIII encontrou-se enfraquecida e dispersa. Diante disto, foi convocado o IV Concílio de Latrão, em 1215, pelo Papa Inocêncio III, um marco histórico para o processo penal, onde foram definidos os contornos do procedimento da *Inquisitio*, a ser aplicado por todos os membros da Igreja. Linhares e Weby falam deste momento como o nascimento do sistema processual inquisitório²². Destarte, apesar de ter suas raízes na *cognitio extra ordinem* romana, foi a Igreja que desempenhou papel importantíssimo na difusão e fortalecimento do sistema inquisitório na Europa Ocidental, o propagando juntamente à fé cristã.

Dentre algumas das diretrizes estabelecidas no Conselho, a confissão ganhou papel de destaque probatório, como a fonte mais fidedigna de obtenção da verdade, objeto da busca processual. Assim, a tortura passava a ser autorizada como método de extração da confissão, a *regina probatum*. Ainda, a denúncia passa a ser admitida, inclusive a anônima, e o processo poderia ser iniciado pelo magistrado, que passava a ser chamado de inquisidor, de ofício, pelo simples rumor de uma conduta realizada “contra a fé”. Ao inquisidor é atribuída ampla liberdade investigativa, e este “[...] passa da posição de expectador impassível para converter-se em protagonista do sistema”²³. A função de acusação e julgamento concentram-se em uma única figura.

O foco da inquisição passa a ser não a busca de uma verdade construída pelas provas trazidas ao processo pelas partes, mas sim a comprovação da culpa do acusado, a qualquer custo, por meio da confissão. A própria atuação dos advogados de defesa era voltada ao convencimento do acusado para que ele confessasse o mais rápido possível, sob o pretexto de receber uma pena mais branda “o acusado era

²¹ FOCAULT, op.cit., p. 71

²² LINHARES; WEBY, 2015

²³ PRADO, 2005, n.p.

concebido como detentor de uma verdade a ser extraída a qualquer custo, sendo o réu tratado como um mero objeto sobre o qual recaía a investigação”²⁴.

As prisões durante a fase instrutória se tornam regras, e os acusados são confinados em calabouços enquanto aguardam seu julgamento, incomunicáveis. O processo passa a ser escrito e secreto, não tendo acesso a ele nem mesmo o acusado. A valoração das provas também é influenciada, e é estabelecida, em abstrato, uma gradação de relevância de cada tipo probatório, sendo a confissão, como já mencionado anteriormente, a prova principal e de maior valor. Foucault chega mesmo a constatar que o que ocorre, em verdade, é que com o desenvolvimento do inquérito, a busca incessante por saber a verdade dos fatos a partir do relato, a forma de saber, a prova tende a desaparecer, como método de autenticação procedimental do saber.²⁵

O pensador francês traz o que poderia ser o discurso por trás da adoção destas medidas que, de uma perspectiva contemporânea, parecem ser de natureza extremada. A inquisição era apresentada à época como *progresso da racionalidade*, confrontada à irracionalidade das provas do direito bárbaro germânico, tal qual as ordálias ou juízos de Deus, de caráter arbitrário e brutal²⁶. Este raciocínio levou até mesmo ao entendimento de que a tortura, como procedimento de investigação baseado no conhecimento, era o meio mais evoluído.²⁷

Faz-se relevante apontar a conexão contextual sócio-política feita por Foucault, em relação ao poderio da Igreja e a formação das monarquias nacionais e sua busca por estabilização e ganho de poder. “O Estado que nascia, [...] como soberano [...] e fonte de todo o poder, passa a confiscar os procedimentos judiciais”²⁸, por meio do inquérito, assumindo função administrativa e religiosa, como forma de exercício e legitimação deste novo poder. E como expressão de autoridade, o processo penal transformou-se em uma ferramenta punitiva secreta, de teor escrito, que não deixava brechas para que este novo poder soberano, representado aqui pela própria Inquisição, fosse questionado.

²⁴ LINHARES; WEBY, op.cit., p. 405

²⁵ FOUCAULT, 1973

²⁶ FOUCAULT, op.cit., p. 73.

²⁷ PRADO, 2005.

²⁸ FOUCAULT, op.cit. , p. 71

No entanto, é exatamente a rigidez deste modelo processual, e a sua relação com este poder estatal segregador e elitista que faz surgir, nos séculos XVII e XVIII, uma corrente de pensadores que se propõe discutir tais estruturas, a luz das ideias iluministas que nasciam. Eles propunham a dissociação histórica entre Igreja e Direito Penal, a volta do processo como procedimento público e oral, a abolição da tortura, retomando as características do Processo Penal a época da República de Roma.

Esse novo sistema, inicialmente introduzido na França, após a Revolução, dividia-se em duas fases: a instrução e o juízo, cada qual liderada por um figura própria e exclusiva. Na instrução o objetivo era a averiguação da infração penal, secretamente, e no juízo, haveria a exposição da controvérsia e o debate por parte de um tribunal ou júri. Criou-se dessa forma um processo que reunia características mais inquisitórias em sua fase inicial, investigatória, simultaneamente a preservação de princípios acusatórios, ao longo da etapa de julgamento, que ficou conhecido como *sistema acusatório formal*, e que serviu de base para os Códigos processuais penais contemporâneos do Ocidente.

Pode-se constatar então, após esta breve análise histórica, que ao longo dos séculos, as civilizações adotaram procedimentos persecutórios penais que tendiam a ambas orientações, acusatórias, como era o caso da Palestina e da justiça ateniense, e inquisitórias, como no Império Romano e no Direito Canônico Medieval, sem uma lógica contínua evolutiva. Houve momentos de rupturas e resgates, de avanço de mecanismos mais progressistas, e da difusão de procedimentos de viés repressivo. Atualmente, a tendência é a acomodação de ambos os modelos em um único sistema bifásico, de modo a extrair o que se julga serem os benefícios de cada um ao processo penal.

1.2 Os pressupostos do sistema acusatório

1.2.1 A verdade processual

Uma das diretrizes mais fortes do garantismo penal é a verdade jurídica por ele perseguida, denominada “verdade processual”, que difere-se da “verdade substancial ou material”.

A verdade material deriva de dois aspectos de um modelo antigarantista de processos penal, de acordo com Luigi Ferrajoli²⁹. São eles a concepção do delito para além da legalidade estrita, do que a lei determina ser um crime, analisando-se também como uma conduta imoral ou antiética, em uma ótica substancialista; e o decisionismo processual, que afeta a jurisdiccionariedade, tornando esta atividade mera expressão potestativa do juízo, diante da ausência referências e fundamentos empíricos e fáticos exatos e tendo por resultado um processo de valoração moral e subjetiva, não passível de verificação objetiva. E disto surge a desnaturação da busca pela verdade no processo, uma vez que, ao tratar-se de um juízo de valor, altamente subjetivo, não há como afirmar que algo é verdadeiro ou falso, não há procedimento cognitivo, e a decisão fica a cargo somente da consciência do magistrado e de suas construções éticas e sociais. Tem-se então um modelo autoritário, no qual a definição de verdade está atrelada a discricionariedade do juízo.

A verdade material é “uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”³⁰.

Enquanto a verdade material pretende-se ser inquestionável, e por este viés tão forte, ser alcançada a qualquer custo, a verdade processual nasce da observância de regras e limites legais e é relativa somente aos fatos trazidos ao processo e entendidos como relevantes. O mestre italiano a categoriza como uma verdade provável, de natureza opinativa, frágil o suficiente para perecer diante da dúvida ou da insuficiente acusatória e probatória, prevalecendo a presunção de não culpabilidade³¹. Este tipo

²⁹ FERRAJOLI, 2014

³⁰ FERRAJOLI, 2014., p. 48

³¹ FERRAJOLI, 2014

de verdade não esta acima dos ritos e procedimentos previstos em lei. A intenção é justamente que a busca pela verdade não transforme-se em ato arbitrário e leve a um juízo de valor dentro do processo, mas sim a um procedimento de comprovação e verificação. A verdade processual nada mais é do que a correspondência da realidade dos fatos e previsões legais.

A verdade processual, em semelhante a verdade científica, é relativa, ou seja, tem por objetivo alcançar a verdade objetiva, teorizada pelos ideais iluministas. No entanto, esta é inalcançável, trata-se de uma utopia, por sua própria natureza. E os operadores do direito que buscam a verdade processual devem ter ciência desta impossibilidade. A correspondência plena e exata deve servir como modelo ao qual busca-se uma aproximação, fornecendo parâmetros de regulação, mas nunca uma igualação total, sob pena de degenerar-se a busca pela verdade em processo arbitrário, como explicado anteriormente. Logo, a verdade processual é uma *verdade aproximativa* ³².

Estes limites que impedem a verdade processual de corresponder perfeitamente à verdade objetiva são as bases utilizadas na formulação dos fundamentos garantistas. Ferrajoli aponta quatro³³: A verdade processual é uma verdade histórica em seu aspecto fático, referente a verificação dos fatos e condutas empíricas. Seus acontecimentos são pretéritos e jamais poderão ser averiguados plenamente, somente sendo acessados a partir de suas consequências a produzir efeitos no presente ³⁴; ainda, a verdade processual é classificatória em sua vertente jurídica, no tocante a interpretação dos enunciados normativos que qualificam determinada conduta como delito, pois qualificam estas estruturas em categorias, a partir de sua linguagem própria. Sua verificação demanda uma precisão de conceitos classificatórios, que raramente é alcançada pelos enunciados legais, por mais que se busque. Esta incerteza ainda é aprofundada quando as condições fáticas as quais estão sendo classificadas nos tipos penais são de difícil precisão e seu encaixe às normas abre espaço para dúvida e interpretação. Concluimos então que não é possível um procedimento de verificação experimental direta da verdade processual em nenhum de seus âmbitos.

³² Ibid, 2014.

³³ Ibid, 2014.

³⁴ C.I. LEWIS, 1929 *apud* FERRAJOLI, 2014

Há ainda a impossibilidade do juízo ser completamente imparcial e neutro. Ele sempre estará condicionado por suas circunstâncias ambientais, seus sentimentos, inclinações, emoções e seus valores ético-políticos. Não será nunca uma “boca de lei”³⁵. Assim como a verdade processual deve buscar aproximar-se da correspondência plena, o juiz deve sempre tentar agir de forma imparcial, mas ciente de que despir-se de suas subjetividades por completo é tarefa impossível. A subjetividade do juiz soma-se ainda a subjetividade das fontes de prova, tais quais os depoimentos e testemunhos, interrogatórios etc. Por serem fontes artificiais, podem demonstrar maior autenticidade, mas somente se presentes as garantias do processo acusatório, tais quais o contraditório, a oralidade e a publicidade, entre outros, de modo a serem despidas na medida do possível desta subjetividade.

O quarto limite ao modelo ideal de correspondência é o crivo *autoritativo* ao qual esta verdade processual deve passar para ser legitimada. Há no ordenamento penal uma série de normas que regulam e validam os processos de investigação e seus resultados. Alguns destes tem por objetivo a garantia do contraditório contra o abuso e a fragilização da posição das partes no processo, impedir excessiva discricionariedade jurisdicional, e são indispensáveis para validar a decisão que inevitavelmente deve ser tomada e não poderá ser corrigida posteriormente a conclusão do processo. Cumpre ressaltar no entanto que nem todas estas regras possuem cunho garantista, a exemplo das normas que regulam o sigilos de determinadas ações penais. Enquanto aquelas são parte fundamental de um procedimento cognitivo acusatório, estas são de fato empecilhos a livre busca da verdade processual e possuem verdadeiro caráter burocrático.

1.2.2 Os axiomas do garantismo penal:

O jurista italiano propõe em sua obra dez *axiomas* a partir dos quais é possível realizar uma análise do grau de autoritarismo/garantismo dos modelos de direito penal³⁶. Estes axiomas são construídos tendo por base o que o autor italiano afirma serem as condições necessárias à atribuição de pena dentro de um modelo penal, que

³⁵ FERRAJOLI, 2014

³⁶ FERRAJOLI, 2014

ele define como responsabilidade penal. De acordo com ele, conforme um maior ou menor número de axiomas presentes no regramento normativo de um sistema processual, maior o número de axiomas presentes no regramento normativo do modelo em questão, como reflexo há a variação de seu grau de garantismo, podendo aproximar-se de um modelo ideal (todos os dez axiomas presentes) ou um sistema subjetivista e autoritário.

Antes de analisarmos os axiomas propriamente, é necessário destacar que estes não são uma descrição do que de fato é a prática empírica dentro dos sistemas processuais penais analisados, mas sim o que eles devem utilizar como norte jurídico, o parâmetro ao qual buscam aproximar-se e que fundamenta a sua incorporação em suas estruturas normativas. Trata-se da mesma lógica aplicada assim no caso da tentativa de aproximação à uma verdade o mais objetiva (produto de um processo cognitivo) que resulta na verdade processual.

Estes axiomas traduzem-se em garantias jurídicas pois são condições *sine qua non* necessária de natureza proibitiva, ou seja, no caso de sua ausência, a aplicação da pena, da punição *não* está permitida. São “garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal”³⁷.

Os axiomas do garantismo penal, que juntos levam à formação de um sistema garantista são:

1. *Nulla poena sine crimine*, que representa o princípio da retributividade;
2. *Nullum crimen sine lege*, que representa o princípio da legalidade;
3. *Nulla lex poenalis sine necessitate*; que representa o princípio da necessidade;
4. *Nulla necessitas sine injuria*, que representa o princípio da lesividade;
5. *Nulla injuria sine actione*; que representa o princípio da materialidade;
6. *Nulla actio sine culpa*, que representa o princípio da culpabilidade;
7. *Nulla culpa sine iudicio*, que representa o princípio da jurisdiccionariedade;

³⁷ Ibid., 2014, p. 101

8. *Nullum iudicium sine accusatione*, que representa o princípio acusatório;
9. *Nulla accusatio sine probatione*, que representa o princípio do ônus da ação;
10. *Nulla probatio sine defensione*, que representa o princípio do contraditório;

1.2.3 As escolhas do direito penal mínimo e direito penal máximo

Antes de adentrarmos na análise pormenorizada de cada axioma e do princípio por ele expresso, cabe destacar o objetivo e as escolhas que um modelo de direito penal que tenha como parâmetro o sistema garantista tem de fazer para alcançá-lo, bem como o fim que um modelo penal esvaziado destas perspectivas busca e as premissas as quais ele deve estabelecer.

Chamamos de direito penal mínimo o modelo que tenha em sua estrutura a presença de todos os dez axiomas do garantismo, e que conseqüentemente tenha como modelo-limite de aproximação o sistema garantista, sendo condicionado ao máximo. É fundamentalmente baseado em um racionalismo, uma vez que há previsibilidade do sistema por conta das limitações impostas pelas regras legais, e não ficam sujeitos a valorações e arbitrariedades do juízo, que por sua vez são imprevisíveis e geram irracionalidade e incerteza.

Este modelo irracional é ilimitado, pois nele não há a presença de nenhum dos axiomas garantistas condicionantes. Ele é caracterizado como um modelo de direito penal máximo. A premissa na qual este modelo se baseia é a de que:

[...] nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa de incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.³⁸

Esta afirmação está fundamentada naquele que é o objeto de tutela de cada um dos modelos de direito penal: as liberdades individuais do cidadão, para o direito penal mínimo, e a eficácia total do sistema na repressão e punição dos delitos.

³⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 103

1.2.4 Princípio da retribuição penal

A definição mais central do princípio da retribuição penal está expresso na máxima *nulla poena sine crimine*, que atrela obrigatoriamente a imposição de uma pena à existência prévia de um delito, em uma lógica causal, de consequência. Trata-se, segundo H. L. A Hart, de um **critério** de atribuição da pena.³⁹ A pena é a retribuição posterior ao crime cometido.

Por ter esta natureza, a pena possui uma função de prevenção geral: a ameaça abstrata e prévia da aplicação de uma pena deve servir para afastar de tal prática possíveis indivíduos interessados em seu cometimento. Não se trata de penalizar alguém que seja subjetivamente julgado perigoso antes que ele de fato pratique um crime – aqui se trataria de uma função de prevenção *especial* do direito penal – mas de reforçar a crença no nexó obrigatório entre uma conduta delituosa e sua penalização resultante.

Simultaneamente, esta ligação direta e condicional entre pena e delito é uma garantia contra a punição de um inocente que não tenha praticado crime algum, apesar de qualquer característica pessoal que venha a demonstrar. A transgressão da lei é portanto o ímpeto inicial e o limite-fim da pena.

A própria definição de crime perpassa pela sua relação com a pena.⁴⁰ Nos termos de uma concepção mais formalista de crime, é delito aquela ofensa à qual é atribuída uma pena, pela lei. Do contrário, restaria ser qualificado como um ilícito jurídico qualquer. Dessa forma, segundo esta teoria, não deve haver a influência de nenhum outro fator extrajurídico para realizar esta definição, sendo suficiente que tal análise atenha-se à lei penal. Está é a relação subsequente entre os axiomas que representam os princípios de retribuição (*Nulla poena sine crimine*) e legalidade (*Nullum crimen sine lege*), que será tratado a seguir.

³⁹ H. L. A HART, 1981 *apud* FERRAJOLI, 2014

⁴⁰ *Ibid*, 2014.

1.2.5 Princípio da legalidade

A respeito do princípio da legalidade, expressado pelo axioma *Nullum crimen sine lege*, o mestre italiano em sua obra o aborda a partir de duas concepções distintas: o princípio da mera legalidade, em sentido amplo e o princípio da legalidade em sentido estrito⁴¹. Mas porque realizar esta diferenciação?

A mera legalidade é um princípio dirigido a atuação do juízo, que prescreve sua sujeição às leis penais vigentes no momento de categorizar e qualificar os fatos julgados, e somente a elas. A lei é, de acordo com esta concepção, é uma condição necessária à existência tanto de um “delito” como de uma pena, uma vez que é ela que os cria e define como tais. A observância deste princípio é uma condição de vigência das normas penais. O juiz não poderá ir além da definição do que é delito dada anteriormente pelo legislador. A legalidade ampla é então uma regra de distribuição do poder penal e determina o predicado de que:

O direito vigente é pois objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral e outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não pecado).⁴²

Já o princípio da legalidade em sentido estrito é uma *metanorma*, que destina-se ao legislador, e de acordo com ele, este deve formular normas penais atentando para determinados pressupostos típicos, e utilizando termos de sentido preciso e determinado (ou determináveis), para desta forma, conferir taxatividade às normas e impedir que se abra qualquer tipo de margem posteriormente à um juízo de valoração. A sua observância confere validade e legitimidade as normas penais, pois permite a sua verificabilidade. Estes pressupostos utilizados como fundamento nada mais são do que os axiomas do sistema garantista,. Desta forma, o princípio da legalidade estrita é a reserva absoluta de leis, de acordo com o autor italiano, e pressupõe a observância de todas as garantias penais que compõe este sistema.

Este princípio é de extrema relevância ao apresentar-se como uma técnica, um critério de análise jurídica penal, que condiciona a validade da normas à seu

⁴¹ FERRAJOLI, 2014

⁴² Ibid., 2014, p. 348 e 344.

capacidade de ser “verificada”, que por sua vez somente é realizável a partir da construção legal dotada de exatidão. Essa imposição confere um caráter convencional e por vezes artificial às figuras legais, mas é exatamente este caráter que evita que o juízo jurídico seja sobreposto por um juízo ideológico moral “primordial” e jusnaturalista, que conseqüentemente transformaria a investigação criminológica em mera análise com base no ponto de vista interno dos magistrados, que se sentiriam estimulados a imprimir suas construções éticas pessoais. O legalismo em sentido estrito é portando uma contraposição ao substancialismo jurídico e alinha-se à doutrina formalista, que somente reconhece como delito aquele previsto por uma lei vigente e válida, que Hobbes descreve como “qualquer ofensa para a qual a lei do país estabelece uma pena”⁴³. Cordero liga o princípio da legalidade em sentido estrito a um sistema acusatório, cujo valor reside “na observação das regras, insensível à sobrecarga ideológica derivada da observação inquisitorial”.⁴⁴

As teorias do substancialismo jurídico sempre buscaram preencher as normas jurídicas com um caráter extralegais, classificando o delito como ato socialmente repreensível, tal qual a imoralidade e a periculosidade do agente, entre outros. Destarte, o que o legalismo em sentido estrito busca fazer é um legalismo dentro da própria lei, qual seja, não incluir elementos substancialistas e de valoração através de parâmetros éticos nos tipos penais, para não permitir que o juiz realize esse juízo moral, a exemplo do que aconteceu na Alemanha nazista, com o *Tätertyp* – juízo sobre a periculosidade do réu, sem a configuração de um delito – ou ainda o substancialismo objetivo estalinista – que definia o crime como uma ação socialmente prejudicial.⁴⁵

Portanto, é possível classificar a lei penal como *condicionante*, por conta da mera legalidade, e simultaneamente *condicionada* em razão da legalidade estrita:

A lei, em outras palavras, se bem seja exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito.⁴⁶

⁴³ HOBBS *apud* FERRAJOLI, 2014, p. 341

⁴⁴ CORDERO, 2000 *apud* PRADO, 2005, n.p.

⁴⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*

⁴⁶ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 350

1.2.6 Princípio da necessidade

O axioma *Nulla lex poenalis sine necessitate* que expressa o princípio em questão é uma resposta à pergunta teórica feita no âmbito do direito penal, em sequência a questão do “quando punir”: *como punir?* Este “*como*” refere-se à medida desta punição, em termos qualitativos e quantitativos.

Historicamente, a solução encontrada para este questionamento seguia o ideal jusnaturalista, e determinava que a pena deveria igualar-se ao delito em sua natureza e intensidade, infligindo um mal ao ofensor tal qual aquele causado ao ofendido pelo cometimento do crime. Este era a lei de talião, representado pela máxima “olho por olho, dente por dente”, expressa inicialmente pelo Código de Hamurabi. A pena era compreendida como contraprestação ao delito, em uma verdadeira lógica de retaliação. E neste âmbito, foram autorizadas a aplicação de penas corporais e capitais, além do fomento à atipicidade penal, uma vez, de acordo com a *lex taliones*, deveriam existir tantos tipos de pena quanto existiam de delitos a serem cometidos.

No entanto, este era um raciocínio de fácil superação, uma vez que não há qualquer tipo de correspondência inata entre a natureza do delito e da pena, como explicito por Diderot⁴⁷. Desta constatação gerou-se a abstrativização e tipificação da pena, a sua predeterminação por meio das leis penais. As penas foram divididas em privações (não mais aflições) de três ordens: a pena como privação da vida, da liberdade ou da propriedade/patrimônio.

O modo de punir então atravessou três fases históricas que resultaram na aplicação da pena contemporânea. Primeiramente, tinha-se penas informais, estabelecidas espontânea e casuisticamente, sem guiar-se por regras anteriormente definidas; em um segundo momento, as penas passaram a ser naturais, pois acreditava-se na imposição de uma correlação substancial entre pena e delito (vide a *lex taliones*). Sucessivamente, este entendimento também fora ultrapassado, dando vez às penas convencionais, estas mais formalizadas, nas quais se reconhecia o seu vínculo jurídico, e somente jurídico, aos delitos. Cada evolução mencionada demonstra também a incorporação e o enquadramento do direito penal aos axiomas

⁴⁷ DIDEROT, 1771 *apud* FERRAJOLI, 2014

anteriormente citados, que expressam quais sejam, o princípio da retributividade, da legalidade e da necessidade.⁴⁸

E então, a partir deste percurso, foi que os teóricos iluministas chegaram à tese de que a pena deve ser apenas a necessária, e mínima dentre as possíveis, de forma a ser econômica, causando o menor sofrimento possível, sem que o mal gerado pela sua aplicação ultrapasse o bem que produziria⁴⁹. E este argumento está firmemente fundamentado na ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana como um valor central. Aduz Ferrajoli que “(...) acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade da pena”⁵⁰. Exceder os limites estabelecidos por este princípio, por meio da imposição de uma pena qualitativa ou quantitativamente superior àquela considerada como necessária reduz o réu à uma condição de objeto, não mais de sujeito.

Desta forma, o princípio da necessidade estipula a vinculação da pena a três postulados: o da igualdade, que impõe a vedação de qualquer forma de diferenciação durante a execução penal; o da legalidade, inadmitindo qualquer forma de flexibilidade ou incerteza na duração da pena; e o caráter meramente privativo da pena e a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena⁵¹. O que basta então à pena como função, alega Carrara, é a não perversão do réu.⁵²

1.2.6.1 A necessidade sob a ótica da proporcionalidade

Superada a questão da necessidade e minimização da pena, não resta excluída da relação entre pena e delito a sua adequação em algum grau. Contudo, deve haver alguma proporcionalidade entre a gravidade do delito descrito e a intensidade da pena tipificada e aplicada, cabendo esta análise ao legislador e juiz. A proporcionalidade é

⁴⁸ FERRAJOLI, 2014

⁴⁹ BENTHAM, 1748 *apud* FERRAJOLI, 2014

⁵⁰ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 364

⁵¹ *Ibid*, 2014.

⁵² CARRARA, 1867 *apud* FERRAJOLI, *op. cit.*

a conclusão lógica da convergência entre o princípio da legalidade e o princípio da retributividade.

Contudo, este juízo de proporção entre delito e pena é realizado somente com base em preceito ético-políticos, uma vez que não existem critérios de natureza estritamente objetiva para realizar tal tarefa. Inevitavelmente, em algum momento desta avaliação, irão incidir valores extrínsecos morais. Este problema pode ser decomposto em três subproblemas: a predeterminação pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima da pena para o tipo de delito; o da determinação por parte do juiz da natureza e medida da pena para cada delito concreto; o da determinação, na fase de execução penal, da duração da pena sofrida.⁵³

Em relação ao primeiro subproblema, o que o autor italiano afirma é que a dificuldade reside na definição do que seria a “gravidade do delito”, e na ponderação entre o peso do critério objetivo do dano causado pela conduta delituosa e do critério subjetivo da culpa do ofensor. Ainda, em relação a mensuração da gravidade do delito, como calcular, de forma proporcional, os limites máximos e mínimos da pena, se o delito não pode ser quantificável da mesma forma, em especial para o caso das penas privativas de liberdade?⁵⁴

Na busca por uma resposta, formularam-se corolários teóricos comparativos que buscam estabelecer uma forma de equidade. Dentre eles, a teoria de que “a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena”⁵⁵; ou ainda a regra que estabeleça “que nenhuma pena cause um sofrimento maior do que o produzido pela transgressão”⁵⁶. Contudo, nenhum destes critérios demonstra-se suficiente em definitivo para orientar e conferir a proporcionalidade. Ferrajoli⁵⁷ propõe que o critério mais pertinente seria aquele que define que a pena não deve superar a violência informal que seria aplicada ao ofensor pelo ofendido caso aquela não existisse, que manteria o réu em sua posição de sujeito e que leva a uma lógica compensatória:

⁵³ FERRAJOLI, 2014

⁵⁴ Ibid, 2014.

⁵⁵ HOBBS, 1651 *apud* FERRAJOLI, 2014

⁵⁶ HART; BENTHAM, *apud* FERRAJOLI, 2014

⁵⁷ FERRAJOLI, *op. cit.*

[...] precisamente, quanto mais alto é o custo das penas, maior é sua capacidade de prevenção, no entanto menor é sua justificação em relação aos males prevenidos [...]; ao contrário, quanto mais baixo é o custo das penas, menor é sua eficácia preventiva, porém maior é sua justificação para a tutela de uma maior quantidade de bens jurídicos. Consequentemente, é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma.⁵⁸

Todavia, é importante frisar: nenhum destes regramentos propostos consegue de fato levar a uma comparação realista e que gere uma adequação proporcional entre a pena e o delito.

Em um segundo momento, outro subproblema apresenta-se: trata-se da questão da determinação da pena a ser aplicada no caso concreto, na execução penal, pelo juiz, a qual esta intimamente ligada à parcela de discricionariedade conferida a ele em sua atuação e com a robustez e eficácia do princípio da legalidade no sistema penal. Esta discricionariedade é especialmente sensível durante a equiparação dos elementos fáticos do crime de cada caso com aqueles presentes nos tipos penais, abstratos e genéricos. Esta adequação casuística ao regramento penal é de competência do juiz, que detém o *poder judicial de enquadramento*⁵⁹, inevitavelmente recaindo em algum grau de juízo de valor, com base em critérios legalmente previstos, conquanto subjetivos, ou simplesmente de livre valoração conforme as construções sócio-políticas e morais do magistrado. A solução desta questão também não será suficiente para extirpar a subjetividade interpretativa, mas busca miná-la ao máximo, vedando a proferimento de decisões vagas, exigindo a sua motivação exata de forma a esclarecer quais valores foram empregados.

Por fim, o terceiro sub-problema acerca do juízo de proporcionalidade localiza-se na fase de execução penal, e diz respeito a sua modificação após o seu trânsito em julgado, quando já há uma pena sendo efetivamente aplicada ao agora condenado. Em uma perspectiva penal correcionalista a pena poderia sofrer alterações, conforme o grau de “reeducação” gerador ao ofensor enquanto a cumpre. Apesar de estar em contradição com o sistema garantista proposto pelos axiomas, é uma realidade em muitos sistemas penais, inclusive no brasileiro. Nesta mesma seara, questiona-se

⁵⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 369

⁵⁹ Ibid., 2014, p. 371

também a multiplicação das medidas alternativas de encurtamento penal. O autor em questão as entende como um remédio para um defeito estrutural, que seria a severidade das penas, tanto em sua tipificação quanto cominação, em contraposição ao fato natural de que, com o passar do tempo, os indivíduos passam por alterações de personalidade e caráter. Logo, uma pena demasiadamente longa estaria sendo aplicada a alguém que não mais retém as mesmas características de quando cometeu o delito. A crítica está na solução ser um “remédio” aplicado na fase executiva e não em uma mudança estrutural na regra da rigidez penal utilizada em sede legal e judicial.

A motivação por detrás desta “esquizofrenia”, conforme explica Ferrajoli ⁶⁰, é a presença de dois objetivos distintos e incompatíveis (entre si e com o sistema garantista) na política penal. A priori, há a intenção de estabelecer uma função exemplar à pena, de que com a condenação severa, impõe-se o exemplo, e gera-se como consequência a prevenção ao crime - indo além da teoria da prevenção geral, que faz alusão a prevenção por meio somente da ameaça criada pela tipificação do delito). Subsequentemente, esta finalidade convive com a intenção de dar a pena um caráter disciplinar, de correção ao réu. Se o réu demonstra boa conduta durante o cumprimento da pena, a motivação para sua existência já não mais persiste. A pena então transforma-se em um elemento de negociação: em troca deste benefício, o preso deve demonstrar cotidianamente sua adequação até que seja julgado reabilitado.

1.2.7 Princípio da lesividade

Este princípio é, na lógica do sistema garantista e da conexão imediata de um axioma ao seu sucessor, derivado da ideia de necessidade penal. Esta está estabelecida a partir da lesividade, da lesão a algum objeto. No direito penal, esta lesão deve ser a um bem jurídico que seja legalmente protegido. O crime será aquela conduta que gera um resultado lesivo a um bem fundamental, tutelado por norma penal. Logo, a necessidade de se estabelecer esta tutela por meio de lei nasce do dano que pode ser causado ao bem jurídico caso este não seja protegido.

⁶⁰ FERRAJOLI, 2014

No entanto, o que entender por “dano” e o que categorizar “bem jurídico fundamental”, digno de proteção penal, também está no plano das valorações e interpretações subjetivas, e retornamos ao problema da invasão de conceitos extrajurídicos no campo do direito penal. Ainda, a legitimação externa do que se convém chamar bem jurídico digno de tutela penal perpassa pela política criminal adotada.

Ao longo da história, as teorias que buscavam qualificar o significado de “bem jurídico” por vezes demonstravam –se demasiadamente amplos, a partir de uma perspectiva do direito dotado intrinsecamente de valor ético e instrumento de correção e proteção de todo e qualquer princípio, ou então eram de curto alcance, limitando-se a tutela de direitos individuais. Esta dificuldade advém da falha tentativa de preencher o conceito de bem com interpretações positivas e enumerar características ou critérios para identificar um objeto ou valor como tal, o que prova-se impossível diante da vastidão de conceitos que poderiam ser utilizados, mas que nunca atenderiam plenamente. O que uma teoria do bem jurídico pode fazer é estabelecer critérios, ao contrário, para excluir de seu abarcamento determinados elementos. O jurista garantista fala em irrelevância e esvaziamento do bem tutelado, desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas exteriores à seara penal, a inaptidão das penas na obtenção de uma tutela eficaz ou mesmo a ausência de lesão efetiva. Todas estas hipóteses levam a mesma conclusão (e possibilitam a sua reunião em uma categoria semântica) : há uma ausência de justificação para incluir estes bens como tutelados pelo direito penal.⁶¹

O que Ferrajoli defende é que, o princípio da lesividade, nesta lógica garantista, deve seguir na direção da minimização das proibições penais a somente o necessário, excluindo deste rol os delitos de mera desobediência, aqueles que possam ter seus prejuízos reparados (sendo designados como mero dano civil), as violações de normas administrativas, a lesão a bem não essencial (embora esta recaia na questão de como definir a terminologia) ou ainda os fatos abstratamente perigosos.⁶²

⁶¹ FERRAJOLI, 2014

⁶² Ibid, 2014.

1.2.8 Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação

Este princípio, representado pelo axioma *Nulla injuria sine actione*, expressa que será considerado delito somente uma ação manifesta no plano exterior, observável, que gere um dano. Não serão penalmente relevantes os desígnios e vontades interiores, os pensamentos e resoluções, antes de tomarem forma externa.

Por lógica, este princípio desenha-se de tal forma pois somente atos concretos podem produzir danos a terceiros. A vontade de alguém não prejudica quem quer que seja antes que transforme-se em uma ação de fato. Não há que se falar em “vítima” de uma intenção. Ainda, o autor define que:

[...] a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja [...] somente as ações externas, e não as internas, pode ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei.⁶³

O princípio da materialidade é um valor que nasce fundamentalmente da separação entre o direito e o que é tido como a moral e da desvinculação da ideia de delito e “pecado”. O direito não deve punir intenções maliciosas ou pensamentos imorais, por mais ofensivos ou violentos que estes sejam. Assim, a materialidade introduz a concepção do sujeito como cidadão, ao impor como limite para a conduta estatal a punição somente dos atos concretos daquele, despenalizando qualquer tipo de manifestação interna, gerando uma *liberdade interna*, de consciência.⁶⁴

Ainda, a exterioridade relaciona-se diretamente com o princípio da legalidade em sentido estrito, que determina a taxatividade das normas penais. Esta taxatividade não poderia nem sequer ser cogitada se as proibições legais estendessem-se para punição de manifestações internas de valores pessoais. Somente as ações externas, com efeitos no plano físico são passíveis de serem observadas e conseqüentemente verificadas em juízo, por meio de um processo no qual há a produção de provas, estas nada mais do que rastros deixados pela prática de uma ação concreta no plano externo.

⁶³ FERRAJOLI, 2014, p. 441

⁶⁴ FERRAJOLI, op. cit

1.2.9 Princípio da culpabilidade

Enquanto o princípio da materialidade dispõe que somente serão puníveis as ações externas, há um outro corolário que determina que estas ações deverão ser motivadas por uma intenção de realiza-las para serem puníveis. Trata-se do princípio da culpabilidade e este princípio expressa-se através do axioma *nulla actio sine culpa*. Ele determina que, aos olhos do direito penal, a ação somente terá relevância – e portanto, será punível - se fundamentada por um elemento subjetivo. Exige-se desta forma que aquele que praticou a ação tenha o feito por vontade própria e com consciência.

Esta culpabilidade pode ser destrinchada em três elementos, todos pressupostos um do outro: personalidade, imputabilidade e a intencionalidade. A personalidade é a relação de causalidade que pode ser estabelecida entre a vontade do ofensor, sua conduta e o dano provocado pelo delito. A imputabilidade diz respeito a capacidade em abstrato do ofensor de compreender e de desejar. Por fim, a intencionalidade, também denominada culpabilidade em sentido estrito, é a compreensão de suas ações, concretamente, e a sua vontade de pratica-las. Pode se dividir em dolo, se esta vontade referir-se a ação e ao seu resultado ou culpa, se a intenção era somente em relação a ação.

Desta forma, em um sistema garantista, a culpabilidade vem para excluir do rol de delitos aqueles crimes fundamentados pela responsabilidade objetiva, sem culpa, ou seja, “a sujeição jurídica a sanção como consequência de um delito”⁶⁵ sem a presença do dolo ou culpa. Na ausência de um dos três elementos da culpabilidade, não há que se falar em responsabilização penal, uma vez que esta ausência leva a incidência de uma causa subjetiva de exclusão do delito.

A ausência deste princípio em sistemas penais pode derivar em dois extremos: um extremismo subjetivista, no qual a culpa deixa de referir-se a ação para passa ao autor, uma culpa por seu modo de ser, a exemplo do que aconteceu com o direito penal nazista: “se, de fato, o culpável é o homem e não a ação, é melhor deter-se no primeiro e não nesta [...]”.⁶⁶ Do outro lado do espectro, a desvinculação ao princípio

⁶⁵ FERRAJOLI, 2014. P 450

⁶⁶ Ibid., 2014, p. 455.

da culpabilidade pode gerar um extremo objetivismo, que resulta na negação total do elemento subjetivo do delito, onde qualquer ação é punível, independente da intenção por detrás desta, como ocorreu no direito penal estalinista.⁶⁷

No entanto, nenhum destes extremos pode prosperar, uma vez que há um nexo indissociável entre os elementos subjetivos e objetivos do delito. A culpabilidade é uma característica da ação, e não do autor. Isso significa que classificar alguém como “culpado” refere-se a uma qualificação do seu *agir*, e não do seu *ser* propriamente. Desta forma, institutos que se apoiam meramente na culpabilização de características subjetivas - por exemplo a reincidência, a imoralidade, a periculosidade - não tem espaço em um modelo que se pretenda garantista.

Assim, em conclusão, a culpabilidade é um “elemento do fato, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo [...] que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas à intenção do sujeito”⁶⁸.

1.2.10 Princípio da jurisdiccioniedade ou submissão ao juízo

O princípio da jurisdiccioniedade, expresso na máxima *Nulla culpa sine iudicio*, pode ser dividido em duas vertentes: a submissão à jurisdição em sentido lato, e a submissão à jurisdição em sentido estrito.

Em seu sentido amplo, lato, este princípio impõe que somente diante da configuração de um juízo serão asseguradas as garantias penais materiais. Não haverá culpa, e nem os outros elementos penais que a pressupõe no esquema dos axiomas de Ferrajoli, sem juízo. Assim, o juízo é uma espécie de exigência para que estas garantias venham de fato a ser reconhecidas e aplicadas. Contudo, em seu sentido estrito, a perspectiva é outra. De acordo com este sub-princípio, para que este juízo instaure-se efetivamente, deve nele haver a incidência das garantias processuais, formais, que regulam a jurisdição. Não haverá juízo sem que a acusação se sujeite à prova e a refutação⁶⁹.

⁶⁷ Ibid., 2014

⁶⁸ FERRAJOLI, 2014. p. 460

⁶⁹ FERRAJOLI, op.cit.

Portanto, o princípio da submissão ao juízo apresenta-se em dois vieses, indicando desta forma tanto os objetos que o juízo penal legitima através de sua estrutura, quanto os requisitos necessários a sua própria legitimação como garantia. Enxergamos desta forma a sua fundamentação, a partir do princípio da submissão ao juízo em sentido estrito, e simultaneamente seus efeitos, sob a ótica deste mesmo princípio em seu sentido lato.

Não obstante, há uma relação de maior coerência e mais imediata entre o princípio em sentido estrito e o modelo processual acusatório. O jurista aduz que a forma acusatória é um pressuposto para a observância e realização da jurisdiccionarietàade⁷⁰. Isto porque esta possui, em verdade, um alcance conceitual mais restrito do que o modelo acusatório, o que permite concluir que nem todos os sistemas que se baseiem em ideias de natureza acusatória terão em sua estrutura o princípio da submissão em sentido amplo preservado, mas todos os sistemas que o fizerem decerto poderão ser classificados como acusatórios.

Logo, as garantias processuais, pressupostos de legitimidade do modelo atrelado à submissão à jurisdição estrita, conectam-se a um modelo penal cognitivo, já referenciado anteriormente, que tem por pedra fundamental a possibilidade de averiguação dos fatos a partir de uma perspectiva de verificabilidade e correspondência, unicamente, sem influencia de elementos extrajurídicos. Trata-se de uma exigência teórica imposta pelo método acusatório de que “o juízo desenvolva-se com as garantias processuais em matéria de prova e defesa que permitam sua verificação e sua falsificação”⁷¹. Esta ligação reside no fato de que, por meio da observância das garantias processuais, alcança-se uma verdade mínima⁷² que não pretende ser absoluta e onisciente de todos os acontecimentos, mas que justamente por não ter tal pretensão, tem sua credibilidade assegurada pelos procedimentos garantistas e acusatórios e pelo caráter estritamente empírico e determinado que eles impõe, tornando-se uma verdade *garantida*. Assim, os fins alcançados são legitimados pelos meios utilizados, em uma espécie de filtro garantista. Ferrajoli fala na “ideia de que é unicamente a natureza do meio que

⁷⁰ Ibid, 2014

⁷¹ FERRAJOLI, 2014. p. 557

⁷² FERRAJOLI, op. cit.

garante a consecução do fim”⁷³. Está diametralmente em oposição ao processo inquisitório, que de acordo com Prado⁷⁴ se satisfaz com qualquer que seja a verdade alcançada por ele como resultado, uma vez que seu objetivo principal é a realização do direito penal material, sem a sua submissão a qualquer forma de regra procedimental limitadora.

Diante deste processo de legitimação - por meio de uma verdade mínima mas garantida - específico de uma jurisdição de caráter garantista, podemos fazer uma ponte com o modelo do Estado de Direito, que somente comporta em seu âmbito uma jurisdição que necessariamente seja justificada por razões de natureza cognitiva. O exemplo mais claro é a forma como as sentenças judiciais se desenharam, havendo sempre a necessidade de que elas sejam motivadas, de fato e de direito, para que se tornem legítimas. A sua legitimidade estende-se apenas até onde for a credibilidade dos argumentos que constroem sua motivação. Assim:

A legitimação interna, ou jurídica, ou formal dos provimentos jurisdicionais é condicionada normativamente pela existência e pelo valor de suas motivações, isto é, pelas asserções [...]. E porque o valor das asserções é a verdade, decorre que as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade.⁷⁵

Ainda, está lógica da legitimidade por meio da verdade processual é também a fonte de legitimação externa (também chamada de ético-política ou substancial) da atividade jurisdicional, uma vez que é somente este juízo de correspondência, baseado na racionalidade e cognitivismo, que irá determinar se um provimento judicial é legítimo. Influências externas, a exemplo da vontade de uma maioria ou da autoridade institucional de um juiz jamais irão legitimar algo que não se adeque às garantias processuais e portanto, não leve a uma verdade garantida.

Como conclusão lógica dos desdobramentos do princípio da submissão a jurisdição temos a presunção de inocência do réu até que fique provada e posteriormente reconhecida em sentença judicial definitivo a sua culpa efetiva. A partir deste ideal, a função da jurisdição não se restringe somente a ser uma garantia

⁷³ Ibid., 2014 p. 560

⁷⁴ PRADO, 2005, n.p.

⁷⁵ FERRAJOLI, 2014, p. 500

da verdade, mas também uma garantia da segurança do cidadão diante de penas arbitrárias ⁷⁶.

1.2.11 O princípio acusatório

O ponto de partida teórico deste princípio reside na ideia de *não derrogação do juízo*⁷⁷. Isto significa duas coisas: primeiramente, diz respeito a indeclinabilidade do julgamento, sendo o juiz obrigado a julgar qualquer matéria que se apresente, não podendo escusar-se; o segundo significado é o da infungibilidade do julgamento, que não pode ser substituído por outro método de resolução, seja ele de natureza cognitiva ou não, operado por quem quer que seja. Estes comandos representam a obrigação imposta ao juiz (e como consequência desta obrigação, a necessária diferenciação entre o seu papel e aquele desempenhado pela acusação) e o monopólio judicial da repressão penal. Mas estas ideias não resultam em uma pretensão de extinção da prática de delitos por meio de uma ampliação do poder punitivo penal e da asseveração de sua eficácia. Pelo contrário, elas apoiam-se na intenção de assegurar ao imputado a apreciação de seu caso por um juízo no qual são preservadas as garantias penais e processuais.

Para que então este juízo mantenha-se imaculado de tendências arbitrárias e possa exercer sua função garantista da forma mais correta possível, deve ele restar completamente separado da acusação. Esta é a ideia presente no axioma *Nullum iudicium sine accusatione*. Trata-se essencialmente de uma garantia orgânica ⁷⁸, que versa sobre o modo de atuação do juiz e sobre as características que ele deve demonstrar ao desempenhar o seu papel de magistrado. São portanto garantias subjetivas à figura do juiz.

Dessa garantia é possível extrairmos dois desdobramentos: o primeiro refere-se ao próprio juiz, que deve permanecer em uma posição de desinteresse e principalmente de inércia, com a vedação de sua atuação de ofício. O segundo diz respeito ao papel das partes no processo penal, a necessidade da acusação estar em

⁷⁶ FERRAJOLI, op. cit

⁷⁷ Ibid., 2014, p. 517

⁷⁸ FERRAJOLI, 2014. p. 518

posição paritária em relação à defesa, ambos equidistantes do juízo, de forma a não interferir de maneira desequilibrada na formação de seu entendimento. Faz-se mister em um sistema garantista que esta neutralidade seja preservada, uma vez que o sistema acusatório pressupõe a figura de um “juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos [...]”, sem qualquer pretensão acusatória, enquanto “o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”.⁷⁹ Para que ele permaneça imparcial, deve imperar a garantia orgânica expressada pelo princípio acusatório.

A imparcialidade a qual deve submeter-se o juiz é um requisito para que se tenha uma acusatoriedade real, uma vez que sua decisão decorre de uma opção “consciente e meditada” entre duas teses, uma resultante da atividade acusatória, e outra do exercício do direito de defesa, que são obrigatoriamente, segundo Geraldo Prado⁸⁰, propostas excludente de sentença. Esta imparcialidade não deve restringir-se a mera aparência, deve ela ser efetiva para que as partes envolvidas assegurem-se de que poderão, através das provas que vierem a produzir, ter a oportunidade de influenciar o juízo cognitivo na mesma medida que a parte contrária e que o juiz não terá aderido anteriormente no processo a uma das teses. Se for verificado tal desvio, não há que se falar em um processo penal real⁸¹. Consequentemente, é preciso garantir que a apreciação isenta do magistrado permaneça imaculada de fato, porquanto “ao juiz não é suficiente parecer honesto; terá de sê-lo verdadeiramente [...]”⁸².

Estabelecemos portanto que deve haver um órgão, separado do juízo, para desempenhar a atividade acusatória, de forma a garantir uma atuação cognitiva isenta do magistrado. Contudo, quais diretrizes deveriam guiar o exercício acusatório por esta instituição? A atividade acusatória não se limita apenas à oferta da petição inicial no processo penal, objetivando a condenação do imputado; pelo contrário, a acusação

⁷⁹ Ibid., 2014, p. 530

⁸⁰ PRADO, 2005.

⁸¹ KIRCHHEIMER, 1968 *apud* PRADO, 2005.

⁸² PRADO, *op. cit.*, n.p.

deve ser compreendida como um conjunto de atos ⁸³, e estes devem ser regulamentados, sob uma perspectiva garantista.

Tratando-se um órgão de natureza pública, permitir-lhe a discricionariedade, pressuposto lógico de uma iniciativa penal de caráter privado e cívico, seria abrir margem para arbítrios e tratamento desigual entre os imputados, a exemplo do que ocorre com o instituto do *plea bargaining*, nos Estados Unidos, uma forma de transação penal que oferta ao réu uma pena reduzida se ele confessar-se culpado. Diante dos riscos e custos financeiros que o processo penal representa, há uma espécie de seleção entre os imputados, com base em suas condições socioeconômicas, e aqueles que não podem arcar com tais dispêndios abrem mão do seu direito a um julgamento, mesmo por vezes sendo inocentes.⁸⁴ Não deve este acusador público ser “dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena, pactuando com o imputado”.⁸⁵

Destarte, a atividade de acusação por parte deste órgão deve ser obrigatória. Esta obrigatoriedade todavia não significa a imposição de que toda investigação deva necessariamente transformar-se em uma ação penal que busque a condenação. Por vezes, o órgão acusatório pode entender que não há a reunião de indícios de autoria e da existência da infração suficientes para dar início à persecução penal e requerer ao juízo o seu arquivamento, ou mesmo a absolvição do imputado. A obrigação aqui refere-se a condução da *notitia criminis* ao conhecimento do juízo, mas não vincula o mérito da análise desta notícia crime à uma pretensão condenatória e punitiva. Por conseguinte, Prado fala na impulsão do órgão de acusação movida pelo interesse no “[...] desenvolvimento das investigações criminais necessárias à colheita de material que sirva ao propósito de demonstrar a viabilidade da pretensão que se deseja deduzir”⁸⁶. É exatamente esta indisponibilidade que impede que a natureza do órgão acusatório adquira qualidade negocial e que ele se utilize de seus poderes e prerrogativas para transacionar em fase pré-processual com o imputado.

⁸³ CONSO *apud* PRADO, 2005.

⁸⁴ FERRAJOLI, 2014, p. 524.

⁸⁵ *Ibid.*, 2014, loc. cit.

⁸⁶ PRADO, 2005, n.p.

Ferrajoli (2014), em sua análise do princípio acusatório, vai mais além e declara que não basta a separação formal entre dois órgãos das funções jurisdicional e acusatória, uma vez que raras vezes na história as duas concentraram-se em uma única figura, a exemplo do pretor medieval. É necessária também a presença de garantias procedimentais de forma a condicionar suas atuações aquilo que é sua função precípua, agindo como limites à usurpação de práticas de teor acusatório, por parte do juiz, e de teor judicial, por parte da acusação.

O órgão acusador não deve ter outra atribuição que não a de acusar. Se ele se confunde com inquisição, se tem poder de iniciar, dirigir ou de qualquer modo influenciar os processos escritos que depois servirão mais ou menos de prova contra o acusado, ele não será senão um inquisidor.⁸⁷

O autor dá como exemplo garantias referentes à condução da fase instrutória, à publicidade do juízo, às modalidades de interrogatório, às técnicas de produção e contestação probatória, à restrição da liberdade pessoal do imputado.

Além desta garantia orgânica de separação, o princípio acusatório também engloba uma garantia de caráter processual, qual seja, uma garantia que busca “a determinação dos procedimentos que formam o juízo”⁸⁸. Esta garantia refere-se à acusação como o impulso inicial para instauração do processo penal. Ela permite ao imputado a contestação à esta acusação que lhe é oposta inicialmente. Para que este direito do acusado seja exercido plenamente, a acusação deve ser precisa em sua semântica⁸⁹, demonstrando indícios suficientes e adequados da culpabilidade⁹⁰, completa na descrição de suas teses e imputações⁹¹ e tempestiva⁹².

⁸⁷ CARRARA *apud* FERRAJOLI, 2014. p. 537.

⁸⁸ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 518

⁸⁹ “a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui” *Ibid.*, p. 558

⁹⁰ “a acusação (...) se justifica, portanto, se não com a prova, necessária para a condenação, muito menos com a probabilidade da culpabilidade do acusado” CARRARA, 1867 *apud* FERRAJOLI, 2014, p. 559

⁹¹ “isto é, integrada pela contestação de todos os indícios que a justificam, de modo que o imputado seja posto em condições de refuta-los” FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 559

⁹² “(...) deve deixar ao imputado o tempo de organizar a sua defesa e também precede qualquer outro ato instrutório”. CARRARA, 1867 *apud* FERRAJOLI, 2014, p. 559

1.2.12 Princípio do ônus da ação

Partindo da concepção de verdade processual, que é adquirida somente através de um procedimento de verificação e correspondência aproximada, destaca-se o princípio do ônus acusatório da prova, representado pelo axioma *Nulla accusatio sine probatione*. As hipóteses arguidas pela acusação devem passar pelo crivo de refutação, exercido na contestação da defesa, que apresenta uma perspectiva contrastante como uma forma de controle. Estabelece-se desta forma um diálogo do conflito entre as duas partes, e o pontapé inicial é de competência da acusação.

Esta responsabilidade inicial decorre da presunção de inocência. Diante de uma inércia hipotética, na qual a acusação não trouxesse a juízo provas incriminatórias que atestassem a culpabilidade do imputado, este permaneceria na condição de inocente. A propósito, PRADO sustenta que “provar é convencer”⁹³. O juiz formará uma ideia acerca dos fatos passados, narrados a partir das provas, e traçará um comparativo entre esta ideia e as hipóteses acusatória e de defesa, chegando assim à uma decisão. Portanto, se o órgão acusatório não inicia a persecução penal com a oferta de provas contrárias, não há nem mesmo que se falar em ação penal e no convencimento do juiz pela condenação do réu.

De forma alguma este corolário poderá recair sobre outro ator que não a acusação. Se a incumbência for do juiz, estaremos diante de um processo de caráter inquisitório, com a violação do princípio acusatório, analisado anteriormente. A figura do juiz espectador transmuta-se em juiz postulante, dotado de poderes investigatórios, que iniciará a persecução penal para posteriormente analisar os indícios trazidos por ele próprio. Ferrajoli sustenta que nesta hipótese, não há que se falar em ônus da prova da acusação, mas de uma necessidade de prova, extorquida do próprio acusado.⁹⁴ O juiz, ao produzir provas de ofício, torna-se sujeito ativo e desempenha atividade que não é neutra. A questão em torno da parcialidade que a produção probatória de iniciativa do juiz geraria estende-se para além da prova material propriamente. Ela atinge também, em momento anterior, as intenções que o levaram a selecionar aquelas provas específicas para trazer ao processo, e o que isto

⁹³“(…)a atividade probatória consiste em introduzir no processo elementos que servirão para formar a convicção do juiz”. PRADO, 2005, n.p.

⁹⁴ FERRAJOLI, op.cit., p. 562

representará na formação de sua convicção, visto que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”⁹⁵, levando ao seu comprometimento psicológico. Desde o momento de introdução destas provas no processo, o juiz já terá em seu interior as valorado como mais relevantes e aquelas nas quais fundamentará precipuamente sua decisão, deduzindo “a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada.”⁹⁶

Alguns autores brasileiros, a exemplo de Gustavo Badaró e Marcos Alexandre Coelho Zilli⁹⁷, opõe-se a esta concepção do autor italiano e consideram que esta inércia necessária do juiz em relação a instrução probatória não seria um dos elementos fundamentais à configuração de um sistema de processo penal de natureza acusatória, sendo apenas uma característica secundária. Preceituam que haveria dois modelos acusatórios possíveis: o primeiro, tradicional, que remonta à estrutura adversarial do processo e à separação clara das funções em figuras distintas; e um segundo modelo, no qual ainda há, a primeira vista, a preservação desta separação, mas que concede legalmente ao juiz poderes instrutórios, que seria o caso do processo penal brasileiro.

Prado todavia refuta veementemente esta interpretação, alegando que este traço processual é remanescente do período do Estado Novo e traz consigo esta veia autoritária como herança, tratando o processo penal como “instrumento da política de segurança pública do Estado e não de previsão das regras do devido processo legal, conforme a Constituição da República de 1988”.⁹⁸

1.2.13 Princípio do contraditório

Como decorrência lógica do ônus probatório caber ao órgão acusatório, temos o direito de defesa por parte do imputado. Este direito se expressa pelo axioma *nulla probatio sine defensione*. Isto significa que a prova somente será considerada legítima e adequada se todas as tentativas de nega-la demonstrarem-se insuficientes.

⁹⁵ PRADO, 2005, n.p

⁹⁶ Ibid., 2005, n.p.

⁹⁷ ZILLI, 2003; BADARÓ, 2003 *apud* PRADO, op.cit. n.p.

⁹⁸ Ibid., 2005, n.p.

E esta atividade de negação cabe ao imputado e a sua defesa. A principal diferença prática entre os processos acusatório e inquisitório, além da distinção entre juiz e acusador, diz Prado ⁹⁹, consiste na previsão de defesa.

A validade da sentença está vinculada ao contraditório uma vez que ela não pode ser fundamentada em provas ou argumentos que não tenham sido trazidos ao processo penal e passado pelo contraditório nele exercido. O jurista brasileiro dá o exemplo, de alegações finais nas quais o Ministério Público pugna pela absolvição do acusado ¹⁰⁰. A partir deste posicionamento, o órgão acusador está retirando do exame do contraditório a análise das provas produzidas anteriormente e que poderiam desfavorecer o acusado. Se estas foram retiradas, a defesa por sua vez não poderá discuti-las, já que não foram apresentadas em juízo. Desta forma, o juiz não poderá então condenar o réu, sob pena de violar o contraditório.

O contraditório é portanto a disputa, o choque entre as teses de acusação e as teses de defesa, que buscam controlar-se umas as outras e desta forma, prevalecerem em juízo. Prado o define como “medida de duelo, categoria processual que reúne a ciência do ato praticado pela parte contrária à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contraria o prefalado ato” ¹⁰¹. O contraditório determina que a verdade dos fatos seja construída conjuntamente por ambas as partes, a partir da interação das provas de acusação e das contraprovas de defesa e do juízo de verificação delas. É o que Ferrajoli sustenta em sua obra:

O segundo (*processo acusatório*) concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário. ¹⁰²

Esta relação triangular baseada na controvérsia é fruto do respeito ao princípio da igualdade entre as partes, sem a prevalência da acusação sobre o imputado e sua defesa, em verdadeira paridade de armas. Então, para que esta paridade confirme-se, a defesa deve possuir as mesmos poderes e prerrogativas que a acusação, e o seu

⁹⁹ PRADO, 2005

¹⁰⁰ Ibid., 2005

¹⁰¹ Ibid., 2005, n.p.

¹⁰² FERRAJOLI, 2014, p. 557

papel de contraposição deve ser reconhecido, respeitado e assegurado em todas as fases processuais, especialmente nos atos instrutórios, por todos os agentes nelas envolvidos. Prado ainda traz à discussão a necessidade da intervenção por parte do magistrado, de modo excepcional e moderado, para garantir esta paridade. Sua atuação deve possuir um viés mediador, para conferir “tratamento desigual aos desiguais” e buscar equilíbrio processual entre as partes ¹⁰³, para evitar a desigualdade processual que poderá contaminar a verdade ali produzida.

Deste modo, a compatibilidade do processo penal com o modelo acusatório esta diretamente ligado às condições da defesa concretamente participar do contraditório. Quando ela é retirada deste debate, os atos praticados não poderão ser considerados pelo juiz no processo, adquirindo natureza meramente informativa, a exemplo da colaboração premiada, objeto de estudo deste trabalho, que se considerada individualmente não integra o contraditório. ¹⁰⁴

O imputado deve ser assistido por um defensor, da mesma forma que há um órgão próprio para realizar a tarefa acusatória, e esta defesa deve ser técnica, diante da complexidade e robustez que a legislação moderna apresenta. Somente com o auxílio de um advogado profissional será restabelecida “a igualdade de partes quanto à capacidade e para contrabalançar [...] as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado”.¹⁰⁵ A defesa técnica é portanto um direito do imputado, que dele poderá renunciar se assim o desejar, e que também deve ser assegurado pelo Estado para os casos dos imputados hipossuficientes que não puderem arcar eles próprios com os custos de uma defesa.

1.2.14 Garantias procedimentais secundárias

Há ainda um conjunto de garantias que não constam como axiomas do sistema garantista, porém asseguram a observância daquelas que de fato lá estão. São destarte denominadas de garantias secundárias, garantias de garantias ¹⁰⁶. Apenas com a

¹⁰³ PRADO, 2005, n.p.

¹⁰⁴ Ibid., 2005

¹⁰⁵ BENTHAM, 1784 *apud* FERRAJOLI, 2014, p. 565

¹⁰⁶ FERRAJOLI, 2014., p. 567

presença destas garantias no processo penal podemos ter as garantias primárias plenamente satisfeitas.

1.2.14.1 Publicidade

É uma garantia que tem por objetivo propor um controle de todos os atos realizados no âmbito processual. Este controle adviria da publicidade dos atos, uma vez que sendo estes de conhecimento de todos, ampliar-se-ia a fiscalização sobre possíveis arbitrariedades e violações a direitos fundamentais cometidas no curso processual. Particularmente esta garantia agiria como forma de controle por parte da defesa e do acusado e da sociedade. O processo penal moderno, diante de sua natureza predominantemente pública, deve necessariamente possibilitar a participação do público em seus procedimentos como também deve dá-lo satisfações quanto a forma como os agentes do Estado estão a exercer as funções públicas ¹⁰⁷, e a partir destas perspectivas, gerar um modo de controle por parte dos cidadãos. Ferrajoli aponta que há um “nexo indissolúvel entre publicidade e democracia” ¹⁰⁸, já aquela que estabelece uma espécie de freio à atuação judiciária, que se fosse deixada somente ao seu autocontrole, facilmente inclinar-se-ia para uma vertente autoritária. O mestre brasileiro ¹⁰⁹ ressalta que a publicidade interna ao procedimento, direcionada às partes, jamais poderá sofrer restrições, posto que estas equivalem à recusa de informações ao acusado e acarreta prejuízo para sua defesa, afetando o contraditório.

Implica esclarecer porém que esta publicidade não se traduz na espetacularização midiática do processo. Habermas ¹¹⁰ alega que, com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e a sua democratização, o princípio da publicidade transforma o processo em produto para o superficial e acrítico consumo em massa. O vazamento de informações relativa a processos aos veículos midiáticos é uma face distorcida da publicidade, que por vezes até mesmo a descaracteriza por completo. Cria-se um processo paralelo, esvaziado por completo

¹⁰⁷ PRADO, 2005

¹⁰⁸ FERRAJOLI, op.cit., p. 569

¹⁰⁹ PRADO, op.cit.

¹¹⁰ HABERMAS *apud* PRADO, 2005

de qualquer garantia e limite cognitivo imposto àquele de natureza jurídica, que pauta-se em construções emocionais e morais, de cunho extrajurídico, e que geralmente leva a um desequilíbrio de forças entre seus participantes. Nestes casos, temos uma publicidade parcial da acusação, que acaba beneficiando as hipóteses acusatórias ao fortalecer o espírito de criminalização social.¹¹¹ A presunção de inocência sofre grave golpe, dado que a mídia provoca a distorção da figura do investigado ao confundi-la, propositalmente, com aquela do responsável pelo cometimento do delito, que somente se solidificaria no processo penal após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Ainda, sob a pretensão de obter a informação a qualquer custo para transmiti-la à audiência, inúmeras garantias processuais são violadas no resgate à busca pela verdade real. O jornalismo investigativo procura, a todo momento, fornecer a notícia mais exclusiva, a tempo real, o verdadeiro “furo”, sem atentar para as ilicitudes e deturpações que pode vir a cometer neste percurso.

1.2.14.2 Oralidade

O princípio da oralidade, sob a ótica acusatória, não se limita ao seu significado literal, que estabelece a predominância da palavra falada nos processos. É possível extrair deste conceito outros mandamentos¹¹², tais quais a criação de uma relação direta e imediata entre o juiz, as partes e os meios de prova, a possibilidade de identificação clara do órgão judicante, que somente ocorre quando este é reconhecidamente uma figura física, concreta e a concentração dos atos em um mesmo momento, dentro do praticável.

Todos estes desdobramentos desta garantias possuem o mesmo propósito, qual seja: assegurar o dialogo processual em grau máximo por meio da dialética e desta forma, possibilitar o contato direto do juiz com as provas e os argumento trazidos pelas partes. A forma escrita subtrairia, de acordo com Prado¹¹³, deste contato interpartes.

¹¹¹ FERRAJOLI, 2014, p. 569

¹¹² MORATO, 1940 *apud* PRADO, 2005

¹¹³ PRADO, *op.cit.*

Se esta proximidade não se estabelece, o processo de livre convencimento do juiz resta deformado. Isto porque a sentença, forma física da decisão jurisdicional, não comporta de forma integral todo o raciocínio pelo qual atravessou o juiz para resultar naquele julgamento. Nesta linha, Hassemer¹¹⁴ admite que haverá sempre uma parte da valoração que permanece oculta, que fica no âmbito da convicção íntima, e Prado¹¹⁵ complementa, alegando que “nem mesmo o dever de motivação das decisões tem o poder de fazer revelar todas as forças que combinaram para levar o julgador a adotar determinada tese”. Em razão disso, a garantia da oralidade transforma-se na vedação à decisão proferida por juiz que não tenha participado do diálogo processual e entrado em contato direto com as provas e os argumentos nele produzidos.

1.2.14.3 Legalidade dos procedimentos

A garantia da legalidade dos procedimentos determina que os atos processuais, sobretudo os atos probatórios, devem ser praticados de acordo com os procedimentos determinados previamente pela lei. Ao conjunto destas formalidades se dá o nome de rito, e este também atua como uma forma de limite à atividade jurisdicional. Este limite se impõe ao passo que, diante da violação de algum destes procedimentos, a sanção aplicável é a imediata anulação do ato.¹¹⁶

1.2.14.4 Motivação

A obrigatoriedade da motivação é a maior garantia e simultaneamente expressão da atividade jurisdicional cognitiva, elemento fundamental do sistema garantista de processo penal. Por meio da motivação, vincula-se o juízo ao princípio da legalidade em sentido estrito, à taxatividade das normas, ao procedimento de verificação, à análise das provas trazidas ao processo, estabelecendo um nexo entre

¹¹⁴ HASSEMER *apud* PRADO, 2005

¹¹⁵ PRADO, *op.cit.* n.p.

¹¹⁶ CARRARA, 1784 *apud* FERRAJOLI, 2014

convencimento e provas ¹¹⁷. A garantia processual da motivação é a fonte de legitimação das decisões judiciais, uma vez que condicionam a sua validade a verdade exprimida em suas asserções.¹¹⁸

1.3 A estruturação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro

Após esta análise dos pressupostos e princípios teóricos que compõe o sistema acusatório ou garantista, é necessário realizar a verificação da presença destes no ordenamento brasileiro, em especial na Constituição e no Código de Processo Penal. O propósito é a compreensão de como o sistema processual está estruturado e como as normas dialogam entre si, para que assim seja possível definir a natureza sistemática do Processo Penal no Brasil e posteriormente, a adequação deste sistema à lógica negocial e as regras que estruturam o instituto da colaboração premiada, a fim de verificar se haverá coesão ou choque normativo.

Para entendermos a legislação atual e sua finalidade, todavia, é preciso entender o contexto no qual ela foi gerada e o que a precedeu. Somente desta forma será possível alcançar uma percepção mais ampla e objetiva. Destarte, inciamos este capítulo com uma breve retrospectiva da evolução legislativa processual penal brasileira.

1.3.1 Histórico

As formas de solução de conflitos de natureza penal difundidas entre as tribos indígenas à época pré-colonial não podem ser analisadas com os olhos de um pesquisador moderno. Estas tribos, presentes em grande números e com práticas tradicionais diversas, não se organizavam da mesma forma que a sociedade capitalistas atualmente o faz. A base de sua estrutura social eram as tribos, cujas lideranças tratavam das questões sociais e bélicas, mas que também submetiam-se ao consenso tribal. Não havia o valor da propriedade privada, substituindo-se esta pela

¹¹⁷ FERRAJOLI, op.cit,

¹¹⁸ Ibid., 2014

propriedade coletiva dos meio de produção. Diante desta forma de organização, PRADO conclui que “não é de estranhar que as situações de conflito segundo a nossa percepção não merecessem dos indígenas a atenção que lhes dispensamos”¹¹⁹. O único momento onde elas se tornavam relevantes eram no conflito entre membros de tribos distintas, que levavam às guerras intertribais.

A nossa análise deve então avançar alguns séculos, para o ano de 1824, quando o Brasil tornou-se Nação soberana e independente, e pode-se desenvolver um processo penal desvinculado daquele praticado em Portugal.

Em 1832 foi editado o primeiro Código do Processo Penal, denominado Código do Processo Criminal de Primeira Instância, uma evolução à brutalidade das Ordenações Filipinas. Não obstante, esta legislação previa a concentração de prerrogativas na figura do juiz, inclusive a de iniciativa persecutória penal de ofício, sem manifestação cívica. Pouco mais de uma década mais tarde, foi editada a Lei nº 261, que determinava a transferência de diversas funções jurisdicionais das mãos dos juízes para a seara dos chefes de polícia e delegados, enrijecendo o processo.

Em 1889 houve a proclamação da República, e com ela, a substituição por um modelo federalista de Estado. Diante desta nova configuração, a competência para legislar sobre processo penal passava aos Estados-membros. Frederico Marques¹²⁰ traz os principais valores que vigoravam à época: a oralidade e o contraditório pleno dos julgamentos e a predominância da forma escrita e contraditório restrito na instauração e formação da culpa; inquérito policial fundamentando a denúncia ou queixa para os crimes comuns; processo ordinário para crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade; processo especial com plenitude de defesa nos crimes comuns. Em suma, uma fragmentação legislativa que levou a geração de uma pluralidade de sistemas penais.

Por fim, sob a égide do já instaurado Estado Novo, em 1941 foi instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 o Código de Processo Penal brasileiro, vigente até os dias de hoje.

¹¹⁹ PRADO, 2005, n.p.

¹²⁰ MARQUES, 1997 *apud* PRADO, 2005

1.3.2 O sistema processual brasileiro – um sistema acusatório?

O primeiro ponto a ser levantado quando se propõe realizar uma análise do sistema processual brasileiro é a falta de consenso na doutrina acerca, essencialmente, de como classificá-lo. O dissenso reside na compreensão do sistema como um modelo de natureza acusatória ou misto.

No ensejo, o sistema acusatório é aquele permeado pelos princípios e valores que foram analisados anteriormente, e que Prado de forma conclusiva, afirma caracterizar-se pela “ausência de vínculo de subordinação das partes ao juiz e compreensão de que, se o juiz tem o poder de decidir, as partes tem o direito de participar do processo e cooperar no sentido de que se produza a melhor (mais justa) decisão possível”¹²¹. Destarte, este sistema compõe-se de todas as garantias que visem concretizar este desenho dialético processual e seus objetivos.

Em contraposição, o que se entende por sistema misto é o modelo histórico que desenvolveu-se diante do declínio das experiências acusatórias do século XIII, à exemplo do Código Napoleônico de 1808. O sistema misto é assim chamado por conter em sua estrutura um primeiro momento de cunho inquisitorial, qual seja a fase dos atos investigatórios, conservando as qualidades de serem procedimentos escritos, terem o sigilo como regra, com amplas prerrogativas de atuação da acusação pública e pouco (se nenhum) espaço de participação do imputado e de sua defesa; na sua segunda fase, aquela dedicada ao debate e ao cruzamento de provas e argumentos, o processo retomaria a natureza acusatória, com o estabelecimento de um contraditório oral e público, mas que FERRAJOLI alega ser “destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase”¹²². Este modelo difundiu-se por toda a Europa continental no século seguinte e veio como inspiração ao Código de Processo Penal brasileiro de 1941.

Diante destas conceituações, surge a controvérsia acerca da definição categórica à qual pertenceria o nosso sistema processual penal. Para autores como José Frederico Marques, há no processo penal brasileiro a presença de uma estrutura de caráter acusatório, devido a todos os preceitos de teor indubitavelmente acusatório

¹²¹ PRADO, op. cit., n.p.

¹²² FERRAJOLI, 2014, p. 522

que foram injetados no ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1988. Há uma parte da doutrina¹²³ que, em diametral oposição, entende o processo penal brasileiro como inquisitorial, a partir da vigência prolongada de um código autoritário, argumentando que mesmo a Constituição não foi elemento forte o suficiente para descaracterizar esta natureza e fazer cessar os costumes, que pelo contrário, foram reforçados posteriormente com a edição de legislação especial também de caráter inquisitório. A terceira corrente doutrinária, a qual filiam-se Hélio Tornaghi e Rogério Lauria Tucci, enxerga no Direito processual penal brasileiro a predominância do sistema misto, posto que há a sua separação em duas fases, quais sejam uma preliminar, de caráter investigatório, onde são de fato apurados os fatos e a autoria, na qual impera a inquisitorialidade, e na segunda fase, que constitui o processo judiciário propriamente, que tem por norte geral as garantias acusatórias.¹²⁴ Tornaghi inclusive utiliza a nomenclatura de um sistema *inquisitivo garantista*.¹²⁵

PRADO¹²⁶ alinha-se a esta última corrente, reconhecendo que, apesar da Constituição prestigiar inúmeros princípios e postulados de natureza garantista, buscando a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório – ele cita como exemplo a privatividade do Ministério Público do exercício da ação penal pública (art. 129, inciso I da CFRB/88), o direito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CFRB/88), a ampla defesa e ao contraditório (art.5º, inciso LV da CFRB/88), o estabelecimento da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da CRFB/88), a garantia do juiz imparcial, a oralidade e publicidade do processo, via de regra – a prática processual e a dinâmica que resulta da interações entre os sujeitos leva a crer que há a prevalência das formas inquisitórias, ao que ele situa como parte de uma *teoria da aparência acusatória*. Esta, herança de uma cultura processual extremamente repressiva e norteadada por um ideal utilitarista e de eficácia incriminatória máxima, fortalecido pelo fato do Código vigente ter sido elaborado no século passado, sob um governo de caráter autoritário, inspirado por sua vez em um diploma legal de orientação reconhecidamente fascista, o Código Rocco da década de 1930.

¹²³ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 128, p. 65- 89, mar. 2017; ...

¹²⁴ MARQUES, 1997; TORNAGHI, 1977; TUCCI, 1980 *apud* PRADO, 2005

¹²⁵ TORNAGHI *apud* NUCCI, 2016, n.p

¹²⁶ PRADO, *op. cit.*

Ele aponta alguns dispositivos, distribuídos pelo Código de Processo Penal, que contribuem na manutenção de um caráter inquisitorial. Estão estes dispositivos orientados, e tem mesmo sua aplicação legitimada, pela ideologia caracteristicamente inquisitorial da busca incessante pela verdade material, e nessa linha, pela colocação do magistrado na posição de protagonista processual, como aquele que irá desvendar esta verdade e levará à punição exemplar do acusado.

A primeira observação diz respeito a fase pré-processual, qual seja, a investigação criminal, que precede a ação penal e instaura o inquérito policial. Este, em regra, é um procedimento administrativo que conserva como características o sigilo, a documentação escrita e a ausência de contraditório, com participação extremamente minimizada da defesa neste procedimento. Somente com base nesta análise preliminar dos traços do inquérito já é possível perceber o desenho que levou os autores mencionados a identifica-lo como parte de um sistema misto: é aparente que há uma etapa inicial, de uma totalidade de duas, que apresenta qualidades inquisitoriais. Sigamos em frente.

Este inquérito pode ser instaurado pela autoridade policial, de ofício (se tratar-se de hipótese acusatória que enseje uma ação pública incondicionada), por requisição de membro do Ministério Público, por provocação de notícia crime ou por requisição de autoridade judiciária. Aqui reside outra questão. Apesar da proibição constitucional de qualquer outro sujeito que não o Ministério Público ou o ofendido propor ação penal, há a autorização pelo CPP do requerimento de ofício, feito pelo juiz, da instauração de inquérito policial nos casos de ação pública incondicionada. Tal permissão encontra-se descrita no art. 5º, inciso II do CPP. PRADO¹²⁷ aqui destaca que, nesta hipótese, o juiz está tomando ciência quanto a possível existência de uma infração penal antes que haja processo propriamente, e destarte, formando um juízo de valor antecipado acerca do crime e dos indícios de autoria. A imparcialidade do juiz resta comprometida.

O autor ainda sustenta ser violação mais profunda ao princípio acusatório a possibilidade do juiz debruçar-se sobre os autos produzidos no inquérito para realizar juízo qualitativo sobre eles, especialmente se este resulta em oposição à decisão do órgão acusatório pelo arquivamento, conforme preconiza o art. 28 do CPP. Este

¹²⁷ PRADO, 2005

arquivamento gera a não proposição de ação penal precisamente por não ter sido encontrado pelo Ministério Público um suporte mínimo de indícios que pudessem fundamentar denúncia. O juiz pode ainda fazer a requisição de novas diligências que julgar relevante, consoante o art. 13, inciso II do CPP. PRADO afirma que não há razão legitimamente acusatória que justifique a intromissão do magistrado para:

Avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas, ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público. A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.¹²⁸

Esta previsão legal, além de fundar-se em uma ideologia de repressão penal e segurança, incita um ambiente de desconfiança entre os sujeitos processuais, permitindo ao juiz questionar o cumprimento por parte do Ministério Público de suas funções constitucionais, e da capacidade de seu controle interno. O autor em questão chega a declarar absolutamente desnecessária e indesejável esta intervenção judicial para indicar ao Ministério Público que este “deve acusar”.¹²⁹ Caso o *parquet* requeira o arquivamento e o juiz se insurja contra este, recomendando sua reanálise e entendendo no sentido de haver condições para o oferecimento da denúncia, e sendo este pleito acatado, o acusado é colocado em posição de vulnerabilidade e fragilização de suas garantias, pois estará diante de um juiz que teve sua imparcialidade desfigurada.

Outro ponto que merece destaque, adentrando as questões referentes ao processo de conhecimento, é referente à determinação de medidas cautelares que geram restrição à direitos fundamentais do acusado, à exemplo das prisão cautelares, previstas no artigo 283 do CPP. Nestes casos, esta medida deverá se autorizada pelo juiz para que possa ser cumprida, e ele deverá realizar uma análise para verificar se estão presentes os pressupostos necessários¹³⁰. No entanto, apesar de responsável por esta autorização, o pedido de aplicação de uma destas cautelares e o consequente

¹²⁸ PRADO, 2005, n.p.

¹²⁹ Ibid. , 2005

¹³⁰ Ver artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal

juízo de necessidade, no caso concreto, que enseja esta requisição não podem ficar a cargo do magistrado, para agir de ofício.

Não é admissível supor que o encarregado de decidir sobre a fruição ou não (dos direitos fundamentais de um indivíduo) seja alguém que tenha (...) espontaneamente tomado a iniciativa de ordenar a prisão do investigado ou a apreensão de uma arma que esteja na casa dele, sob a suspeita exclusivamente sua, do juiz, de que se trata da arma do crime.¹³¹

Desta forma, o artigo 311 do CPP, que prevê a decretação da prisão preventiva pelo juiz *ex officio* no curso da ação penal (limitação esta trazida pela Lei 12.403 de 2011) estaria em desconformidade com o sistema acusatório. Somente estariam legitimados para realizar tal requerimento no caso de crime de ação pública, sob a ótica garantista, o Ministério Público e na fase de inquérito, também a autoridade policial.

Esta é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado.¹³²

Nucci aduz ainda ser este um dos dispositivos que o levam a enxergar nosso sistema processual como de caráter misto.

No tocante a produção de provas, em um modelo de natureza acusatória, a possibilidade do juiz designa-la gera “violência flagrante (...), quer em razão de atribuir ao juiz o que é de direito das partes (...) quer por colocá-lo na difícil posição de investigador parcial”.¹³³ Uma investigação jamais alcançará a total neutralidade, porquanto deve adotar um hipótese, uma tese inicial para utilizar como referencia na orientação de suas ações. Com esta adesão, cria-se, mesmo que espontânea e subconscientemente, uma vinculação psicológica que afeta a perspectiva daquele que conduz os atos investigatórios. Em função disso, o juiz que se submete a prestar este

¹³¹ PRADO, 2005, n.p.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**, 15a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, n.p

¹³³ PRADO, 2005, n.p.

papel – como permite os artigos 156 e 209 do CPP - tem sua imparcialidade seriamente desnaturada.

Não obstante, passos importantes foram dados para adequar o sistema processual penal brasileiro aos valores trazidos pela Carta Magna. Um exemplo é o exame do instituto da *mutatio libeli*, previsto na redação antiga do artigo 384 do CPP, alterada pela Lei 11.719 de 2009, e que Prado definia como “a modificação substancial da acusação, por força da alteração do fato investigado, consoante as provas produzidas, ultrapassando-se, em alguns casos, o perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório”.¹³⁴ Se retomarmos o conceito de princípio acusatório, é possível concluir que tal alteração somente seria compatível se partisse do autor da ação, o órgão responsável pela acusação.

Foi exatamente neste sentido que a reforma trouxe alterações. Agora, sempre deverá haver o aditamento da denúncia por parte do Ministério Público. Não é mais permitido a *mutatio libelli* de ofício, sem aditamento. A nova redação retirou o termo “juiz” do *caput*, o substituindo por “Ministério Público”, restringido e solidificando a compreensão de que compete somente a este segundo a análise referente ao cabimento de nova definição jurídica do fato. A magistrada Danielle Souza de Andrade Silva¹³⁵ ressalta o objetivo da reforma de adequar o instituto à norma constitucional no tocante a privatividade do *parquet* na promoção de ação penal pública.

A respeito destas alterações, Prado conclui que o juiz não deve “atribuir à conduta do acusado objeto da sua atenção (...) uma qualificação distinta da operada pela denúncia ou queixa, se entre o fato narrado e esta qualificação promovida pelo acusador há perfeita sintonia”.¹³⁶ Se o magistrado identificar uma ausência de correspondência entre o apurado na investigação e o conteúdo da denúncia ou queixa, deve ater-se à correção realizada através da rejeição da inicial por falta de justa causa, e não pela modificação substancial da acusação. Se o processo já encontra-se em fase mais avançada, caberá ao Ministério Público este juízo. Desta forma, não há, de acordo com o autor, perda da confiança depositada na imparcialidade do juiz, e

¹³⁴ PRADO, 2005, n.p.

¹³⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade e, Revista CEJ Brasília, v. 13, n. 44, p. 11-19, 2009

¹³⁶ PRADO, op.cit, n.p.

prestigia-se os direitos do acusado, visto que a observância ao princípio acusatório é colocada acima de qualquer indicação de existência de infração penal que a denúncia possa conter, para afastar qualquer risco de violação.¹³⁷

Podemos concluir desta forma que existe um conflito em torno da aparente dicotomia sistemática que há entre a Carta Magna e o Código Processual Penal. Há uma série de projetos de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional que buscam a adequação do Código aos valores previstos constitucionalmente, por meio da alteração ou eliminação de seus institutos de tradição inquisitorial. No entanto, entendemos que há a preponderância das práticas inquisitoriais dispostas no Código, uma vez que este regula as relações processuais há quase oitenta anos, estando entranhando na prática jurídica, e que as reformas mencionadas movimentam-se a passos lentos, talvez por uma falta de interesse parlamentar por esse tipo de mudança, ou ainda pela expansão de uma visão punitivista na sociedade como um todo, fundada em um utilitarismo penal, que passa a apoiar estas medidas de cunho não-garantista, enxergando nelas a solução para acabar com a impunidade e tornar o processo penal mais “eficiente”.

¹³⁷ PRADO., 2005

CAPÍTULO 2 – DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

1.4 Da aproximação teórica entre o instituto da confissão e o instituto da contribuição premiada, num contexto de justiça consensual

Em que pese seja possível a diferenciação da confissão e da contribuição premiada a partir de seus efeitos e benefícios¹³⁸, é necessário, por outro lado, denotar a existência de semelhança histórico-teórica entre os dois institutos, que surge de sua natureza compartilhada, visto que ambas são classificadas como mecanismos de cooperação judicial, ou seja, de “incentivos criados pelo legislador para dar maior eficácia à tutela penal e reduzir os custos de investigação e produção probatória”¹³⁹. Destarte, elas partilham de fundamentos ideológicos em relação a sua finalidade política criminal e em temas como o papel processual desempenhado pelo acusado, o valor probatório de suas revelações, a flexibilização de determinadas garantias processuais, entre outros. Há, inclusive, doutrinadores que enxergam a confissão como parte integrante da colaboração premiada¹⁴⁰ ou ainda como seu pressuposto.¹⁴¹ Estão inseridos em fenômeno mais amplo, como mecanismos de justiça negocial, que compartilham de objetivos e justificativas.¹⁴² Por isto, em um estudo que busca

¹³⁸ No regramento processual penal, a confissão é classificada como uma atenuante, prevista nos artigos 65 e 66 do CP. Não há previsão específica de redução da pena, e a sua aplicação está limitada pelo mínimo legal cominado para cada crime. Por outro lado, a delação ou colaboração premiada, introduzida originariamente pela Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), é uma causa especial de redução de pena, que já traz em seu corpo textual a quantia a ser deduzida da pena, e que não se restringe ao mínimo legal, podendo ultrapassá-lo. No ensejo, a Lei 12.870/2013, que regulamentou o procedimento de colaboração premiada, trouxe ainda a previsão de ampliação da concessão de incentivos, chegando até ao máximo da imunidade penal - 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.

¹³⁹ BOTTINO, op. cit., 360.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M., 2001 *apud* VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 113

¹⁴¹ PEREIRA, 2013 *apud* VASCONCELLOS, 2015; “não obstante, por ora, ao nosso interesse importa questionar qual o sentido que conduz as práticas de delação e o **mote confessional que a orienta** [...]”. AMARAL, GLOECKNER, 2017;

¹⁴² VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2017.

analisar a colaboração premiada sob a luz dos preceitos que compõe o sistema acusatório, o exame da relação entre confissão/colaboração demonstra ser relevante para a compreensão das raízes do instituto, sua evolução, regulamentação atual e integração ao ordenamento jurídico.

Inicialmente, cumpre esclarecer a fundamentação que permeia ambas as formas de incentivo e respaldou – e ainda faz, até os dias de hoje – a expansão de sua aplicação no Direito Processual Penal brasileiro. Entender a popularidade dos métodos de cooperação judicial significa entender a popularidade do direito penal premial e da lógica de consensualidade aplicada ao ramo da ciência jurídica criminal.

A lógica que perpassa por ambos institutos é a de conferir à persecução penal maior celeridade e eficiência¹⁴³, diante de um cenário de crise do sistema de persecução penal, no qual há uma crescente criminalidade, que se desenvolve e torna mais complexa, exigindo, por conseguinte que o direito penal também busque novas formas de atuação, estabelecendo uma suposta relação de necessidade¹⁴⁴. Este discurso, aliado à perspectiva conceitual, permite concluir que:

[...] ambos os institutos se pautam pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa do benefício/prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para concretização célere e menos onerosa do poder punitivo.¹⁴⁵

É neste sentido também que colocam Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

A delação por si só caberia vê-la, em contornos genéricos, por um lado, como uma espécie ou mesmo a partir da finalidade mesma da confissão, qual seja, alcançar, o maior número de culpáveis possível para impulsionar a eficácia da máquina persecutória; [...].¹⁴⁶

Contudo, para obter uma compreensão global da situação, é preciso questionar as origens desta necessidade estatal de provar sua eficácia e de tornar seus

¹⁴³ VASCONCELLOS, op. cit.,;

¹⁴⁴ VASCONCELLOS, 2015

¹⁴⁵ Ibid., 2015, p. 116

¹⁴⁶ AMARAL, GLOCKNER, 2017, p. 74

procedimentos mais céleres e entender quais são as causas que levaram a disseminação dos mecanismos de justiça negocial. A nosso ver, há dois pontos importantes que contribuíram para este panorama. O primeiro diz respeito a um clamor popular pelo fortalecimento punitivista do Estado, em face de uma sensação de insegurança crescente. O segundo ponto parte da perspectiva de que este Estado é ineficiente em sua função investigatória de coleta e averiguação probatória, e a confissão/delação remediaria eventuais erros ou omissões contidos na investigação e no processo¹⁴⁷. Ambos estas afirmativas levam a legitimação da justiça consensual, como será demonstrado.

Em um primeiro momento, o Estado depara-se com a insatisfação da sociedade em relação aos índices de criminalidade e violência, atribuindo-lhe a responsabilidade para sanar tal falha, por meio da utilização do Direito Penal e Processual Penal. Como retorno, e com respaldo popular, o poder estatal adota postura punitivista, endurecendo penas, criminalizando condutas, baseando sua fundamentação em teses utilitaristas e de defesa social para aplacar este clamor, uma vez que estas medidas são bem aceitas: “É inegável que as pessoas em geral encontram uma falsa sensação de segurança nos espetáculos de violência e agressão”.¹⁴⁸

Esta expansão da intervenção penal, como resposta ao protesto por eficiência e extinção da impunidade, gera a exigência de punições mais rápidas, que por sua vez exige um mecanismo a altura desta celeridade. Esta necessidade por celeridade e eficácia processual colocam-se em um patamar tão alto que autorizam a violação de garantias fundamentais. As formas de justiça negocial, tal qual a confissão e a colaboração, apresentam-se então como solução ideal, diante da exigência de supressão ou abreviamento do processo¹⁴⁹. É o que colocam J.J Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

Dado que, numa lógica utilitarista, o Estado admite negociar aqui a própria Justiça, nomeadamente, a justiça penal que deveria reservar à conduta criminosa do colaborador, com o fim de perseguir criminalmente outras pessoas, afigura-se altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos

¹⁴⁷ AMARAL, GLOCKNER, op.cit., p. 78

¹⁴⁸ TASSE, Adel El. **Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. Ciências Penais:** Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 269-283., jul./dez. 2006, p. 272

¹⁴⁹ VASCONCELLOS, 2017, p. 22

princípios constitucionais – penais e processuais penais, mas não só – que dele se projectam ou gravitam na sua órbita.

Neste sentido também , Vasconcellos sumariza:

Portanto, pode-se afirmar que o modelo de justiça penal contemporâneo está fundamentalmente pautado pela concepção de “emergência”, sendo determinado por posturas punitivistas dos atores internos ao campo jurídico penal e diretamente influenciado por influxos sociais autoritários, resultando, assim, em uma sociedade do controle retroalimentada por uma cultura do medo em que se utiliza o sistema penal como instrumento de governamentalidade.¹⁵⁰

A colaboração premiada apresenta-se pois como uma solução moderna à crise do direito processual penal, em razão de uma suposta flexibilidade e funcionalidade do instituto ante a “morosidade” e ineficácia dos resultados trazidos pelo procedimento processual comum¹⁵¹. El Tasse no entanto contra argumenta, atribuem a sua introdução no ordenamento brasileiro com as Ordenações Filipinas (Título CXVI, “como se perdoará os malfeitores, que derem outros à prisão”), que deixaria explícito o caráter autoritário do conceito de incriminar terceiro para obter alguma forma de benefício, confessando sua própria culpa no processo.¹⁵²

Já em relação ao segundo ponto, constata-se uma deficiência estatal na persecução dos delitos¹⁵³, que demonstra sua incapacidade para reunir provas suficientes capazes de caracterizar a culpabilidade do acusado e de desfazer a barreira da presunção de inocência. A resposta que o Estado encontra para solucionar este problema é o reforço do poder punitivo a partir de mecanismos que o legitimem, a exemplo da confissão/delação. Em suma, este segundo ponto demonstra que “[...] em razão de sua inaptidão, o Estado busca a cooperação daqueles que estão sob a coação de sua incidência punitiva iminente”.¹⁵⁴

Esta legitimação é fruto do desenvolvimento destas formas de cooperação judicial ao longo da história do Processo Penal. A confissão como elemento chave da persecução penal é introduzida com a Inquisição, a partir do século XII. No entanto,

¹⁵⁰ VASCONCELLOS, 2015, p. 152

¹⁵¹ VASCONCELLOS, 2015, p. 156

¹⁵² TASSE, 2006, p. 274

¹⁵³ VASCONCELLOS, 2015, p. 125

¹⁵⁴ VASCONCELLOS, op. cit., loc. cit.

ela não é mera prova, mas sim prova e verdade simultaneamente¹⁵⁵. Como ela era corroboração da verdade, autorizava-se qualquer método que pudesse extrai-la do acusado, abrindo margem para as práticas de tortura. Amaral e Glockner ressaltam que para além do obvio desequilíbrio de forças entre as partes durante o procedimento de tortura e o seu caráter cruel, esta era como um jogo com regras bem definidas, em que pese injustas, e objetivos claros.

A partir do século XVI, a confissão entra para o rol de provas legais, e no século XVIII, atinge seu auge probatório. A confissão passa a ser vista como uma manifestação do pacto social, fruto das teorias contratualistas, a partir do entendimento de que se a lei é expressão da vontade geral – e isso inclui a lei penal – e um indivíduo comete um crime, esta mesma lei penal a ele aplicada terá sido fruto de seu desejo, da sua voluntariedade. Assim, “nasce a ficção de que aquele que cometeu o crime deve se reconhecer na lei que o afeta, validando o castigo que irá sofrer”.¹⁵⁶ A confissão produz o reconhecimento do crime, e este reconhecimento produz como consequência a ideia de merecimento da punição por parte do próprio condenado confesso e a visão da pena punitiva como justiça sendo efetivada. Ela e portanto, legitimada, e concebe-se a ideia de que a partir desta admissão por parte da confissão, surgiria um direito de punir.¹⁵⁷

Apesar da confissão ter normativamente perdido seu caráter como “rainha das provas” no ordenamento brasileiro, é inegável que ainda conserva grande valor para formação do convencimento do juízo e gera repercussão social quando é realizada, solidificando, aos olhos comuns, a percepção de culpabilidade e impondo o juízo moral condenatório. Após uma confissão feita, há uma extrema resistência e dificuldade para que ela seja desconstruída, mesmo que fique claro que ela era indevida ou infundada juridicamente desde seu nascimento.

Qual a relação da colaboração premiada com este processo? Como instituto com a mesma finalidade que a confissão, ela assume este mesmo caráter dúplice, no qual ao mesmo tempo que é uma constatação probatória, é também a verdade ratificada. Ela é simultaneamente elemento de busca da verdade e o resultado desta

¹⁵⁵ AMARAL, GLOCKNER, 2017, p. 71

¹⁵⁶ AMARAL, GLOCKNER, op.cit., p. 72

¹⁵⁷ AMARAL, GLOCKNER, op.cit.

busca, a própria verdade: A palavra dita no acordo de delação assume esta natureza absolutamente verídica ou, no caso mais brando, é a principal premissa de orientação das presunções a serem perseguidas no processo penal.¹⁵⁸ Inaugura-se um novo “regime de verdade”, a partir do qual vincula-se - em sentido não jurídico - a investigação e até mesmo a sentença a “verdade” revelada pela delação. Como conclusão, temos o que passa a ser o novo centro do processo: “O Atual estado da arte processual penal no Brasil não dista de possuir como epicentro, ou como polo abstrato, o próprio conteúdo das delações ou de seus desdobramentos conexos com a mesma propriedade”.¹⁵⁹

O problema desta forma de “produção” da verdade, apontam Amaral e Gloeckner, é a ausência neste processo do diálogo e participação efetiva das partes, o contraditório.¹⁶⁰ Não se trata de uma verdade construída a partir de duas argumentações antagônicas, mas como algo retirado da boca do próprio acusado. Estamos pois diante de um processo de obtenção da verdade inquisitorial.

No Brasil, a introdução do instituto da colaboração premiada, apesar de originar-se no sistema processual estadunidense, compreendido como um modelo adversarial, levou ao acentuação do viés inquisitorial do nosso processo. Ao integrar-se com as outras regras processuais e a prática jurídica, adquiriu como função principal a de “mecanismo de projeção e multiplicação de delações”, não tendo mais como fim apenas a averiguação da infração penal, mas estabelecendo uma série de relações de forma a transformar o caso penal em uma operação grandiosa com o objetivo de estabelecer o maior número de acordos de colaboração possíveis, a desta forma, obter e ratificar a verdade. Ainda, considerando a possibilidade da delação ser realizada em qualquer fase processual, a utilização frequente de medidas cautelares, como a prisão, para obter uma delação (em especial no âmbito da Operação Lava Jato), o surgimento de advogados especializados na tratativa e elaboração destes acordos com o Ministério Público, há a transformação da delação em um ato judicial,

¹⁵⁸ AMARAL, GLOCKNER, op.cit., p. 74

¹⁵⁹ AMARAL, GLOCKNER, op.cit., p. 67

¹⁶⁰ AMARAL, GLOCKNER, op.cit.

que gera a ampliação de poderes judiciais, que já são considerados excessivos para um sistema que se pretendia acusatório¹⁶¹.

É interessante, todavia, contrapor esta visão com a que o jurista Geraldo Prado expõe. Ele alega que, perante a estruturação de um mecanismo de direito premial, há o esvaziamento da função jurisdicional:

A sua atuação é residual. Deve comprovar a existência das condições para a formulação e aceitação das propostas de consenso e diante destas condições deverá homologar as soluções. Neste aspecto o convencimento do juiz fica restrito aos limites construídos consensualmente pelas partes.

Alega ainda que modelos de consenso habitam região limítrofe, na qual apropriam-se simultaneamente de preceitos tanto anti-garantistas quanto acusatórios: inspirados na lógica de celeridade inquisitorial a partir do consentimento, porém são, na teoria, limitados pelas garantias constitucionais.

A conclusão que podemos chegar é que o sistema processual norteado por uma confissão ou delação gera um desequilíbrio de forças, que alguns autores interpretam inclinar-se em direção ao juiz, enquanto outros enxergam esta tendência no sentido da acusação. O que se pode extrair desta divergência, não obstante, é que há a quebra da paridade de armas entre as partes processuais e a desnaturação do modelo tripartido acusatório.

Ante todos estes argumentos, Amaral e Gloeckner expõem então a lógica de instrumentalidade que resulta no aumento da utilização destes meios negociais no processo penal e no desrespeito às garantias fundamentais que eles causam:

Diga-se diretamente: sempre que a cada instante de exposição de sua falência e ilegitimidade o poder punitivo venha a ser confrontado, algum de seus principais aparatos, caso da lógica da confissão/delação – tal como se fossem baterias de defesa blindadas pelos mais diversos atores (políticos) que se prestem a este papel –, sua dinâmica indicará movimentos na direção da tentativa de restaurar algum fundo de soberania perdido ou alguma justificação fracassada ao seu poder.¹⁶²

¹⁶¹ AMARAL, GLOCKNER, op.cit.

¹⁶² AMARAL, GLOECKNER, 2017, p. 75

Vasconcellos se insurge contra este pacto punitivo, trazendo em sua crítica o argumento da desconstrução da presunção de inocência:

Nesse sentido, demonstrar-se-á a lógica de coerção que invariavelmente caracteriza o sistema consensual e que distorce premissas indispensáveis ao processo penal de um Estado Democrático de Direito, fomentando aquilo que, precisamente, deveria ser evitado ao máximo: a condenação de inocentes. Em resumo, a partir do esvaziamento da presunção de inocência em sua vertente como regra probatória, inverte-se a carga investigatória e probatória, que deveria recair integralmente sobre o órgão acusatório, fragilizando os pilares do processo penal.¹⁶³

Isso significa que o acusado está ativamente buscando elementos que comprovem não sua inocência, como seria de praxe de uma posição de defesa, mas de sua culpabilidade, em decorrência do acordo firmado e da condição imposta para que o delator usufrua dos benefícios nele previsto, qual seja, a produção de resultados¹⁶⁴. O acusado-delator necessita trazer ao processo provas tornem a colaboração efetiva e que conseqüentemente o incriminem, se quiser ver sua pena minimizada. Esta inversão é decorrente precisamente da ineficácia estatal que tínhamos mencionado antes, aqui representada pela incapacidade do órgão acusatório, sem a colaboração do acusado, obter, em tese, os meios de prova necessários para o rompimento da presunção de inocência. Em razão disso, temos uma “hipervalorização da confissão incriminadora e dos seus elementos confirmatórios”.

165

¹⁶³ VASCONCELLOS, 2017, p. 20.

¹⁶⁴ 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;

¹⁶⁵ VASCONCELLOS, 2017, p. 43

Vasconcellos complementa: “o argumento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção penal”¹⁶⁶.

Esta nova postura do acusado gera desnaturações tanto do direito de defesa, como também ao papel desempenhado pela própria acusação. Em relação à defesa, há o deslocamento do acusado da posição de resistência, uma vez que adere à acusação, o que, como apontado anteriormente, desfaz o modelo acusatório de diálogo dialético entre as partes e extingue o contraditório. Há ainda que registrar que a possibilidade de recusa a oferta de colaboração é praticamente ilusória, uma vez que acarreta o “sancionamento mais gravoso aos acusados que se recusarem a colaborar com a persecução penal”¹⁶⁷, tornando a delação instrumento de ameaça, que também limita o livre exercício da defesa.

Em relação a acusação, sua função deixa de ser aquela de formular uma hipótese acusatória e posteriormente, produzir elementos que permitam a sua verificação no plano concreto e comprovem a autoria e materialidade da infração penal. O órgão acusatório passa a apoiar-se irrestritamente no conteúdo delatado, perdendo sua independência avaliativa. Vasconcellos alega que:

A delação acaba tendo como consequência a formação do quadro mental paranoico, eis que a confiança cega na versão de um delator leva à formação de uma hipótese a qual se passará a busca qualquer elemento que seja que a fundamente, pouco importando a (re) construção dos fatos através dos argumentos e provas.¹⁶⁸

Diante de todas estas violações, era de se esperar que ao menos tais institutos sanassem os transtornos que alicerçaram sua aplicação em primeiro lugar. Entretanto, na concepção do autora Candace McCoy, isto não ocorre, posto que este argumento “[...] é falacioso ao apontar a redução dos índices de criminalidade na sociedade, como seu pretense objetivo, ao passo que sua real finalidade é a contínua legitimação da ampliação do controle social por meio do poder punitivo”.¹⁶⁹ Há então uma

¹⁶⁶ VASCONCELLOS, 2015, p. 167-168

¹⁶⁷ VASCONCELLOS, 2017, p. 40

¹⁶⁸ VASCONCELLOS, 2017, p. 51

¹⁶⁹ MCCOY, 2005 *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 158-159

distorção da principal função do Direito Processual Penal¹⁷⁰, precisamente de contenção deste mesmo poder estatal o qual ele, sob esta ótica utilitarista de eficiência, permite a atuação excessiva.

1.5 Da ruptura da imparcialidade do juiz

Foi estabelecido que a imparcialidade do juiz é um dos valores mais caros a um sistema garantista, de forma a evitar a confusão das funções acusatória e julgadora e permitir ao acusado a chance de se defender, rebatendo as teses acusatórias e desta forma, ter a oportunidade de influenciar de forma efetiva a formação do convencimento do juiz, assegurando o princípio do contraditório. Contudo, a introdução do instituto da delação premiada – em especial quando realizada em fase antecedente ao processo em si, como tem sido a prática dos acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato - altera significativamente o desenho processual das partes, e isto inclui o juiz e a sua posição de imparcialidade.

Trata-se de uma incompatibilidade entre a colaboração premiada e este princípio essencial a estrutura processual acusatória, ao menos se considerarmos a forma presente na qual o instituto consensual esta estruturado no ordenamento. Esta incompatibilidade decorre precisamente do contato com o conteúdo do acordo que o juiz possui e como este contato irá influenciar na formação de sua convicção. Como, na maioria dos casos registrados na “Lava-Jato”, as negociações e acordos são feitos durante as fases de investigação, esta interferência na convicção do juiz é anterior ao próprio processos penal, e é este o ponto de tensão.

Primeiramente, faz-se necessário definir o que de fato configuraria uma violação à imparcialidade do juiz. O jurista Antônio Santoro coloca que a violação restaria caracterizada nas situações em que o convencimento do juiz fosse formado antes que fosse possibilitado o exercício do contraditório e da ampla defesa, posto

¹⁷⁰ VASCONCELLOS, 2017.

que este convencimento será embasado somente no contato que o magistrado teve com a tese acusatória.¹⁷¹

Neste contexto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Piersack vs. Bélgica* em 1982¹⁷² estabeleceu uma definição para o conceito de imparcialidade que o dividia em duas classificações: a imparcialidade *objetiva* e imparcialidade *subjetiva*.

A imparcialidade subjetiva refere-se à convicção pessoal, interna do magistrado para decidir os casos em concreto. Significa que ao julgar aquela lide, ele não terá formulado juízo prévio com base em crenças subjetivas, garantindo que irá “proferir sentença alheia ao interesse das partes e sem qualquer forma de convencimento prévio ao exercício do contraditório”.¹⁷³ Por referir-se ao ânimo interno do julgador, não é plausível que a averiguação da imparcialidade pautar-se pelo seu âmbito subjetivo, uma vez que este reside no aspecto psicológico.

Desta forma, volta-se para a imparcialidade em sua vertente objetiva. Esta, por sua vez, é fundamentada pela Teoria da Aparência. Esta teoria leciona que o julgador deve parecer imparcial em suas ações aos outros atores processuais. Para que esta aparência seja conservada, estabelece-se regras e garantias que afastem a possibilidade de dúvida razoável por parte dos sujeitos envolvidos na lide. Esta visão pauta-se na relação de confiança e credibilidade que as partes – e a sociedade de forma geral – deve estabelecer com o magistrado e o Poder Judiciário.¹⁷⁴

De acordo com esta teoria, adotada pelo Tribunal Europeu, o objeto da análise da imparcialidade não é o nível de influência que o juiz possivelmente sofreu em sua convicção ao ter contato com a hipótese acusatória em fase pré-processual. O que está em jogo é se este contato gerou às partes, em especial ao acusado, o receio de

¹⁷¹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. **A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/2013**. In: CALDEIRA, Felipe e ESPINHEIRA, Bruno (Org). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

¹⁷² EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Application n. 8602/79. Caso *Piersack vs. Bélgica*. Decisão unânime. Estrasburgo. 26 out 1984. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57556.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2018

¹⁷³ SANTORO, 2016, n.p.

¹⁷⁴ MATZENBACHER, Guilherme Petry. **Da imparcialidade à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos**. 2011. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

estar diante de um magistrado parcial, já com o convencimento afetado, e que este medo possa “ser justificado objetivamente, pelas circunstâncias de aparência que se criam, e se esse medo se manifesta de forma razoável para a população em geral”.¹⁷⁵

Uma vez estabelecida a definição de imparcialidade do juiz, cumpre compreender por que o contato antecipado a viola, sendo tão prejudicial ao processo. Para responder esta pergunta, Bernd Schünemann realizou um estudo empírico¹⁷⁶, buscando determinar o grau de influência que o convencimento formado ao entrar em contato com os autos de inquérito geravam na sentença. Ele então reuniu 58 magistrados e membros do Ministério Público e propôs a eles que proferissem sentença de um caso real.¹⁷⁷ No entanto, parte destes participante foi exposto aos autos do inquérito, enquanto os outros não tiveram acesso aos elementos coletados na investigação. Como resultado do experimento, dos 28 magistrados que puderam analisar os autos do inquérito, 20 decidiram pela condenação do réu. Dos 30 restantes que não tiveram este contato, 20 proferiram sentença de absolvição. Somente pela análise deste desfecho, é possível notar que há uma tendência na qual o convencimento previamente formado, via de regra, em concordância com a hipótese acusatória, perpetuou-se até o momento da sentença, e nela foi ratificado.

Schünemann traz como explicação para este fenômeno a teoria da dissonância cognitiva, formulada pelo psicólogo Leon Festinger, que tem como premissa a adequação de informações recebidas com a opiniões subjetivas, em busca de uma harmonização. Desta forma, “é comum que informações inicialmente entendidas como corretas sejam supervalorizadas, enquanto informações que neguem a hipótese preconcebida como correta tendem a ser subestimadas”. Há a tendência de focar o olhar na busca somente por aquelas informações que ratificarão a hipótese inicial, deixando de lado qualquer informação que a invalide e possa provocar o efeito dissonante, qual seja, o choque entre conhecimento e opinião, em uma forma de mecanismo de defesa, no que foi denominado princípio da busca seletiva de informações. Schünemann, aplicando este princípio, considera que o contato com os autos do inquérito leva o magistrado a criar uma pré-concepção dos fatos narrados, e

¹⁷⁵ SANTORO, op.cit., n.p.

¹⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons. 2013

¹⁷⁷ no qual era possível tanto a absolvição quanto a condenação pelos elementos presentes nos autos.

se agarra a ela, refutando aquelas informações que as contradigam e buscando a confirmação do inquérito ao realizar a audiência de instrução e julgamento.

Desta forma, em que pese haja uma vedação legal estabelecida pela Lei 12.850/13, no artigo 4º, §16º da utilização da colaboração premiada como fundamento exclusivo de sentença condenatória, uma vez que neste procedimento não há o contraditório, o processo já terá sido eivado pela hipótese acusatória, diante da quebra da imparcialidade objetiva do juiz e do direcionamento do processo de forma a comprovar o conteúdo da colaboração premiada, todos estes elementos fruto do contato prévio de juiz com o conteúdo do acordo.

Assim, o contraditório restará violado, tanto em relação ao acusado delator, quanto ao acusado delatado. O acusado que realizar a delação assume, conforme exposto no item anterior deste trabalho, postura de auxílio do órgão acusatório. Ele abre mão da sua posição de resistência, e seus argumentos não mais são voltados à contraposição daqueles levantados pela acusação, mas sim a sua corroboração. Defesa e acusação passam a busca o mesmo fim, não estabelecendo-se desta forma o contraditório. No caso do acusado que é delatado, não há a presença do contraditório, visto que ele não possui acesso as acusações realizadas na delação antes que esta seja homologada pelo juiz. Este poderá até mesmo ouvir o colaborador, em sigilo, sem a presença do delatado. Se partirmos da premissa de que há a formação de prévia convicção do juiz ao entrar em contato com o acordo de delação, esta convicção terá se formado a respeito da culpabilidade do delatado sem que tenha sido oportunizado a ele a defesa destas acusações. Mesmo que posteriormente instaure-se um processo pleno, com participação das partes, se o convencimento do juiz já estiver previamente contaminado, as alegações da defesa de não terão o mesmo poder de influencia que teriam diante de um juiz plenamente imparcial. O contraditório restará esvaziado de sua efetividade, visto que o alegado pela defesa será desvalorizado em prol de argumentos que estejam em harmonia com a convicção do magistrado.

Neste mesmo sentido, somando-se à impossibilidade de intimação dos corréus para exercerem o direito ao confronto e cruzamento de alegações antes da homologação do acordo, há ainda posição controversa adotada pelo STF sobre a

questão do valor probatório da colaboração diante da ausência de contraditório ¹⁷⁸: prevaleceu o entendimento de que não há impedimento legal que proíba o colaborador de dar declarações incriminatórias ao Ministério Público ou à polícia anteriormente à homologação (e portanto, judicialização) do acordo firmado. Esta visão, todavia, merece ressalvas, conforme sustenta Vasconcellos:

A produção de prova incriminatória por meio das declarações do delator deve ocorrer durante a fase processual da persecução, com respeito ao contraditório e intimação dos corréus para exercerem o exame cruzado em audiência pública e oral. O ingresso das declarações do colaborador no processo não pode se dar por uma mera ratificação do depoimento prestado em sede policial ou pela juntada da documentação de tais alegações.¹⁷⁹

Há ainda, em relação à imparcialidade que deve ser preservada pelo juiz e a conservação de sua posição como mero espectador, conforme preconizado por Ferrajoli, algumas observações a serem feitas sobre a sua participação na colaboração premiada.

O artigo 4º, §6º da Lei 12.850/13 proíbe a participação do magistrado nas negociações realizadas entre as partes para a formalização de acordo de colaboração, precisamente em prol da proteção de sua imparcialidade.¹⁸⁰ Não obstante, como já ressaltado neste trabalho, estas negociações são comumente precedidas por medidas cautelares, como prisões preventivas, no caso da Operação Lava Jato. Ora, a análise acerca do cabimento de uma medida cautelar para sua autorização é de competência do juiz. Se ele se envolve para resolver esta questão em fase pré-processual, esta se tornando parte integrante da negociação.¹⁸¹ Explicamos: para autorizar medida cautelar, o juiz deverá analisar se estão presentes indícios suficientes da existência do crime e de sua autoria. Destarte, a imparcialidade objetiva restará violada, uma vez que “o preso sabe que haverá um juízo prévio de valoração dos fatos em que o julgador antecipa parte de seu convencimento”.¹⁸²

¹⁷⁸ STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015

¹⁷⁹ VASCONCELLOS, 2017, p. 192-193; “Não se discute que a prolação de uma sentença condenatória deve estar calcada em provas produzidas sob o contraditório (art. 155, CPP). E que a colaboração premiada não possui natureza de prova”. – BOTTINO, 2016, p. 385

¹⁸⁰ VASCONCELLOS, 2017, p. 94

¹⁸¹ SANTORO, 2016.

¹⁸² SANTORO, op. cit., n.p.

Ademais, retoma-se a questão da colaboração como forma de ameaça, de coação, uma vez que o preso, ciente deste juízo antecipado do magistrado, ficará apreensivo com a possibilidade de condenação com aplicação de pena mais dura, e cederá à pressão para fazer o acordo de delação. Tal mecanismo retira o juiz da condição de passividade, de juiz-espectador, e “o coloca em protagonismo intelectual, comandante das possibilidades de uso dos instrumentos repressivos processuais, previamente acordado com as teses acusatórias [...]”.¹⁸³

Por fim, prosseguindo no tocante a vedação prevista na Lei 12.850/13, artigo. 4º, §16, *a contrario sensu*, permite que as mera declarações do colaborador sejam consideradas em conjunto com qualquer prova produzida em contraditório judicial.¹⁸⁴ Lembremos que, de acordo com Schünemann, há a tendência do indivíduo supervalorizar informações que se adequem a sua premissa inicial interior e descartar /subestimar aquelas que não estão em concordância. Não há portanto o impedimento formal do magistrado formar seu convencimento pelas declarações do colaborador, obtidas de a partir de um procedimento de natureza inquisitorial, sem defesa e contraditório, qual seja, o acordo de colaboração.

1.6 Das violações cometidas nos casos concretos – uma análise a partir dos acordos realizados no âmbito da operação lava-jato

Além destes questionamentos referentes à justiça consensual no geral e ao instituto da colaboração premiada em abstrato, a aplicação prática da Lei 12.850/13 tem se mostrado deveras mais gravosa aos valores de natureza acusatória constitucionalmente instituídos. Os acordos realizados na “Operação Lava Jato”, além de corroborarem com as críticas teóricas, também excedem as previsões contidas na própria lei que os fundamenta, produzindo um numero ainda maior de violações à garantias e princípios fundamentais, basilares em um Estado de Direito democrático.

Primeiramente, cumpre discernir quais são os prêmios legalmente previstos para incentivo à formalização de acordo de colaboração. A Lei de Organizações

¹⁸³ SANTORO, op. cit., n.p.

¹⁸⁴ SANTORO, 2016.

Criminosas traz no artigo 4º, *caput* o rol de benefícios que poderão ser concedidos ao colaborador, se sua colaboração trouxer resultados, dentre eles: (i) se firmado o acordo em fase pré-sentencial, o perdão judicial; ou a redução da pena privativa da liberdade em até 2/3; ou ainda a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos; ou ainda, se o colaborador em questão não for o líder da organização criminosa investigada e for o primeiro a realizar colaboração, poderá ser acordado a abstenção de oferecimento de denúncia (art. 4º, §4º da Lei 12.850/13); (ii) se o acordo for formalizado após a prolação da sentença, o art. 4º, §5º prevê então que os benefícios oferecidos poderão ser a redução da pena até a sua metade; ou a concessão de progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos. No ensejo, estes benefícios são alternativos e não cumulativos, não podendo ser criado por parte do Ministério Público um “pacote” a ser concedido conforme as circunstâncias de cada colaboração.

Estes seriam então os benefícios possíveis de serem oferecidos a quem concordasse com a realização da colaboração premiada. Ainda, trata-se de um rol taxativo, jamais exemplificativo: “Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal de benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas.”¹⁸⁵

Bottino complementa:

Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.¹⁸⁶

Não obstante, o que se verifica na prática é exatamente a quebra desta taxatividade, com a concessão não somente de mais de um benefício, mas também de benefícios que não encontram respaldo legal algum, na própria lei que devia disciplina-los, como nem mesmo no sistema processual penal constitucional. Segue alguns exemplos:

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017, p. 156

¹⁸⁶ BOTTINO, 2016, p. 377

No acordo firmado entre o Ministério Público Federal e PAULO ROBERTO COSTA (Pet. 5.210 STF)¹⁸⁷, foram previstos como benefícios:

(i) a substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (cláusula 5^a, I, a e Cláusula 5^a, §1^o);

(ii) A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5^a, §6^o);

(iii) a 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 5^a, I, b);

(iv) o cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5^a, I, c).

Já no acordo realizado entre o MPF e ALBERTO YOUSSEF (Pet. 5244 STF)¹⁸⁸ foram concedidos os seguintes benefícios:

(i) a fixação do tempo máximo de cumprimento de 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 5^a, III e V);

(ii) a permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo que que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7^a, h e i e §3^o);

¹⁸⁷ Acordo de colaboração firmado nas ações penais ns. 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71.2014.404.7000 e na representação n. 5014901-94.2014.404.7000, todos perante a 13^a Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em[<http://conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>]. Acesso em: 07/09/2018

¹⁸⁸ Acordo de colaboração premiada realizado no âmbito das ações penais ns. 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.202.7000 e 5035707-53.2014.404.7000, perante a 13^a Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: [<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçãoyoussef.pdf>]. Acesso em: 07/09/2018.

(iii) 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 em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7ª, §4º);

(iv) a liberação de 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);

(v) a aplicação de multa a que se refere o art. 58, caput, do Código Penal, em seu patamar mínimo, cuja cobrança será realizada pelo Ministério Público Federal no termos da legislação vigente (Cláusula 5ª, VI);

(vi) o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade em regime fechado após a assinatura do acordo de colaboração (Cláusula 5ª, §6º).

(vii) a suspensão de todos os processos e inquéritos policiais, em relação exclusivamente ao colaborador, em tramitação perante a vara na qual estava sendo processado, logo após o trânsito em julgado de sentenças condenatórias que somassem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão, assim como a suspensão daqueles que seriam futuramente insaturados, inclusive perante outros juízos, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais por 10 (dez) anos (Cláusula 5ª, II)

O acordo firmado entre o MPF e PEDRO JOSÉ BARUSCO FILHO¹⁸⁹ concedia, dentre outros benefícios:

(i) 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 a comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos (Cláusula 5ª, I, II, III e IV);

(ii) a obrigação do MPF pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas (Cláusula 5ª, §6º).

¹⁸⁹ Acordo de colaboração premiada. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf]. Acesso em : 07/09/2018

Ainda, para avançarmos com a análise, é preciso esclarecer que todos os acordos mencionados acima foram firmados em fase pré-processual, como tem se demonstrado ser a prática neste processo em específico.

Diante de todo o exposto, destaca-se que nenhum dos inúmeros benefícios previstos nestes três acordos, os primeiros realizados na “Operação Lava Jato”, está em consonância com aquilo que a Lei 12.850/13 determina. Não somente são concedidos cumulativamente, como também com plena discricionariedade do Ministério Público Federal. Foram atribuídas penas que a Lei de Organizações Criminosas não previu, como no caso da multa; regimes “diferenciados” de cumprimento de pena que não encontram amparo legal algum, nem mesmo na Constituição;¹⁹⁰ vinculação de membros do MPF e de órgãos jurisdicionais alheios ao processo, entre outros, que serão analisado mais pormenorizadamente em momento posterior.

Antes contudo, é preciso entender porque a concessão destes benefícios para além dos limites legais, de forma totalmente discricionária, configura uma “medida claramente ilegal”¹⁹¹ e causa tantos distúrbios à ordem constitucional. J.J Gomes Canotilho e Nuno Brandão sustentam que trata-se de um ataque ao princípio da legalidade:

Pelo que já se adiantou, bem se compreende que o primado do princípio da legalidade deva valer em toda sua plenitude. Desde logo, deve valer no plano material, com seu sentido próprio de que ‘só a lei é competente para definir crimes [...] e respectivas penas’. Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa nesse sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal.¹⁹²

¹⁹⁰ “Não existem, em nenhuma lei da República, previsão de ‘regime aberto diferenciado’, criado por meio desse acordo de colaboração premiada específico e que consistiria no: (a) recolhimento domiciliar noturno entre 20h e 6h; (b) comunicação de viagens internacionais para tratamento medico com uma semana de antecedência; e (c) entrega de relatórios bimestrais de suas atividades profissionais e viagens realizadas em território nacional”- BOTTINO, 2016, p. 377

¹⁹¹ BOTTINO, op. cit., p. 378

¹⁹² CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 147

Ainda, os autores citados abordam a questão do poder judicial assumir a faculdade irrestrita de definir sanções a serem aplicadas, não mais embasando-se nas imposições da lei penal como padrão e guia, acrescentando que:

Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.¹⁹³

Esta violação da separação de poderes coloca em cheque a legitimação democrática da decisão judicial que será proferida¹⁹⁴, posto que tal legitimidade se realiza precisamente através do cumprimento rigoroso do procedimento prévia e formalmente estabelecido, que segundo Roxin e Schünemann¹⁹⁵, é tão essencial ao Direito Penal – sob a ótica dos valores necessários a um Estado de Direito democrático- quanto o seu próprio fim, isto é, a condenação dos culpados.

Além dessa invasão por parte do juiz, se examinarmos a questão tendo em vista que nos casos analisado, é o Ministério Público Federal que tem feito a negociação dos acordos diretamente com o acusado e sua defesa, quando aquele prevê benefícios que vão além daqueles que a lei autorizou a concessão, ele excede suas competências e usurpa, de certa maneira, parte da função jurisdicional, violando o princípio da jurisdicionalidade e da independência judicial. Isto ocorre porque a concessão destes benefícios, com efeitos penalmente materiais (tal como redução da pena, o perdão judicial etc.) por outro sujeito que não o magistrado encontrava sua legitimidade mínima na lei. No entanto, quando os benefício são discricionariamente definidos, há de se questionar se esta legitimidade permanece.

Os juristas portugueses colocam que o princípio da jurisdicionalidade somente será preservado nestes casos se o tribunal competente para a homologação do acordo de colaboração premiada tiver real poder decisório, qual seja, não esteja vinculado aos benefícios previstos, sem possibilidade de altera-los, desde o momento em que tiverem o primeiro contato. Se o juízo encontrar-se restringido por agente alheio que não à própria lei, a sua independência restará prejudicada:

¹⁹³ CANOTILHO; BRANDÃO, op.cit., p. 147

¹⁹⁴ CANOTILHO; BRANDÃO, op.cit., p. 148

¹⁹⁵ ROXIN; SCHÜNEMANN, 2014 *apud* CANOTILHO; BRANDÃO, 2017.

Não sendo esse o caso, se, na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede de aplicação e execução de penas. Este é, na realidade, um daqueles domínios nucleares em que, tanto de jure como de facto, devem ser os tribunais a deter o monopólio não apenas da última, mas também, desde logo, da primeira palavra, como manifestação da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais judiciais nas matérias de foro criminal.¹⁹⁶

É também neste sentido que Thiago Bottino acrescenta:

Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir sentença. **Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional.**¹⁹⁷

Assim, ao acordar sobre benefícios que não foram legalmente previstos, o Ministério Público mina a atividade jurisdicional, de competência do juiz e tribunais, ao impor o cumprimento de penas ele próprio, como também adentra na seara do Poder Legislativo, uma vez que não obedece aquilo que foi disposto na lei.

Ainda, Vinícius Vasconcellos coloca que a aceitação passiva e naturalização desta prática de concessão de benefício discricionariamente pode levar a ao encorajamento de atitudes coativas e ilegítimas ao delator. O mecanismo de colaboração premiada deve respeitar os critérios definidos pela lei, para que haja o fomento de um modelo limitados de acordos, e este instituto não acabe se generalizando e tornando-se a prática corriqueira, no lugar do processo penal comum.¹⁹⁸

Além das violações causadas pela não correspondência dos benefícios oferecidos nos acordos da “Operação Lava jato” com aqueles que a legislação optou por atribuir, os incentivos em espécie também representam ofensas a outras garantias e princípios constitucionais específicos. Prossigamos a esta análise:

¹⁹⁶ CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 152

¹⁹⁷ BOTTINO, 2017, p. 374

¹⁹⁸ VASCONCELLOS, 2017, p. 147-148.

1.6.1 Da Previsão De Redução de Pena de Multa:

A Cláusula 5ª, VI do acordo realizado com Alberto Youssef determinou a aplicação de multa em seu patamar mínimo (art. 58, caput, Código Penal). Todavia, a pena de multa que for aplicada ao colaborador e sua possível alteração/redução não foi apreciada pela Lei 12.850/13 no rol de incentivos possíveis de concessão. Trata-se então de uma convenção manifestamente ilegal. Além da violação ao princípio da jurisdicionalidade, conforme já exposto, há ainda a não-observância ao princípio da culpa, uma vez que a mensuração do *quantum* penal é feita desconsiderando tal elemento. Estabelece-se antecipadamente que esta pena será aplicada em seu mínimo legal, sem que haja a análise por parte do juiz das circunstâncias que poderiam causar a alteração este quantum.

1.6.2 Dos regimes de cumprimento de pena diferenciados e das suas progressões

O Ministério Público, nos acordos em análise, ajustou em inúmeras cláusulas sobre os regimes de cumprimento a serem aplicados a cada colaborador e como deveria ocorrer sua progressão. Em alguns casos, determinou o cumprimento da pena em regime de prisão domiciliar, chegando mesmo a precisar o tempo a ser cumprido, com a progressão para regime semi-aberto e posteriormente aberto, também com o seu período de duração já expresso¹⁹⁹, ou ainda prevendo regime semi-aberto diferenciado, regime fechado domiciliar diferenciado, com a previsão de condições específicas²⁰⁰, produto da discricionariedade dos membros do parquet, visto que não possuem previsão legal no Código de Processo Penal ou na Carta Magna. Aury Lopes Jr. chama esta profusão de regimes de cumprimento de pena de “execução penal *a la carte*”.²⁰¹

Conforme ressalta Afrânio Silva Jardim²⁰², estes acordos passam por cima de todo o regramento legal que disciplina os regimes a serem aplicados consoante a

¹⁹⁹ Cláusula 5a, I, Pet. 5.210.

²⁰⁰ Condições tais quais a autorização para saídas, como viagens durante o final de semana, e previsão de datas para tais saídas, lista de visitantes autorizados, hipóteses de exceções emergências, entre outros. – Pet 6.138 STF

²⁰¹ LOPES JR., 2015, *apud* VASCONCELLOS, 2017, p. 151

²⁰² JARDIM, 2016 *apud* VASCONCELLOS, 2016

natureza, qualidade e duração da pena em questão, a exemplo da concessão de benefício que permite o cumprimento de pena de dez anos em regime domiciliar.

1.6.3 Da Aplicação Imediata da Pena

Foi estabelecida em cláusula dos acordos que o início da execução seria imediatamente após assinatura do Termo de Colaboração Premiada, antes mesmo que houvesse sua homologação (Cláusula 5ª, §6º: o cumprimento imediato da pena privativa de liberdade em regime fechado após a assinatura do acordo de colaboração). Contudo, esta cláusula é uma expressa ofensa ao princípio do devido processo legal (art.5º, LIV, CRFB/88) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88).

Como Canotilho e Brandão denunciam:

O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autentica aplicação de pena *sine iudicio* e *sine iudex*. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal. Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial, como é o Ministério Público.

Ainda, quanto a violação à presunção de não culpabilidade do réu antes do transito em julgado de sentença condenatória para a aplicação imediata da pena, os autores complementam:

Estando o princípio constitucionalmente consagrado nestes termos, isto é, com uma amplitude que alcança o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, será constitucionalmente inadmissível uma antecipação processual do cumprimento da pena para um momento em que o réu não foi ainda definitivamente dado como culpado da comissão do crime correspondente (*nulla poena sine culpa*).

Podemos concluir então que no caso em análise, no qual os acordos foram formalizado em fase anterior a prolação de sentença pelo magistrado competente, não se pode acordar sobre os detalhes da execução de uma pena eventualmente será

aplicada ao réu colaborador. Esta impossibilidade decorre da ausência de pena a ser aplicada em concreto, posto que somente uma sentença, transitada em julgado, sem possibilidade de recurso, poderá aplicá-la em definitivo.

Em que pese a nova interpretação do STF sobre o início da execução penal após condenação em segunda instância, mesmo este entendimento não abarcaria a hipótese examinada, posto que o acordo de colaboração trata-se de instrumento anterior ao processo em si, ainda em fase de investigação, sem a participação de juiz ou tribunal, muito distante temporalmente de qualquer provimento que possua força jurisdicional de decisão, tal qual uma sentença.

1.6.4 Da Suspensão dos Procedimentos

Conforme a cláusula 5^a, II do acordo firmado com o colaborador Alberto Youssef, previu-se a suspensão de todos os processos e inquéritos policiais, inclusive os que futuramente viessem a ser insaturados, na vara atual ou em qualquer outra, logo após o trânsito em julgado de sentenças condenatórias que somassem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão. A intenção por detrás deste incentivo, argumentam Canotilho e Brandão, é a inércia por parte do Ministério Público na persecução penal ao réu colaborador²⁰³, que deverá perdurar até o advento da prescrição do procedimento.

Apesar da Lei 12.850/13 trazer a previsão da suspensão dos prazos para oferecimento de denúncia ou do processo (art. 4º, §3º), não o faz considerando tal sobrestamento um benefício, mas sim uma ferramenta para facilitar a colaboração. Tanto que estipula a duração de 6 meses para esta suspensão, restando claro que aqui não se busca garantir a não-punição do réu colaborador pelo transcorrer do tempo. Portanto, se seguirmos a propósito legal, a suspensão somente se justificaria enquanto estivessem sendo cumpridas as medidas de colaboração acordadas. Não se autoriza uma suspensão incondicionada e prolongada.

Contudo, da forma que foi pactuada entre Youssef e o MPF, esta finalidade foi desfeita para que o sobrestamento passasse a ser garantia da impunidade do réu,

²⁰³ BRANDÃO; CANOTILHO, 2017.

imbuída de verdadeiro “intuito defraudatório”.²⁰⁴ A única outra possibilidade de não oferecimento da denúncia, esta sim com caráter de benefício ao colaborador, é aquela concedida diante das condições do réu não ser o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar colaboração. Mas o não oferecimento é intencional, e não uma consequência de suspensão processual. E também não é a hipótese em questão.

Todavia, se a lei previu esta possibilidade de não proposição de ação penal, com estas condições específicas, não pode o Ministério Público desfazer tal arranjo e aplicar este mecanismo discricionariamente, de forma a alcançar o mesmo resultado do bloqueio à denúncia. “A fraude à lei aí perceptível revela à sociedade a violação do princípio constitucional da legalidade processual”.²⁰⁵ Configura ainda uma ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, dado que “[...] é posto um travão absolutamente genérico e imponderado à perseguição de crimes do colaborador entretanto apurados, por mais graves e socialmente prejudiciais que sejam”.²⁰⁶

1.6.5 Da liberação para o uso de bens originários das atividades ilícitas

Um dos benefícios que tem sido conferido é a autorização do uso e manutenção de bens adquiridos a partir de atividades ilícitas na posse do colaborador e seus familiares (por exemplo, a Cláusula 7^a, h e i e §3º, do acordo realizado com Youssef). A justificativa para tal concessão foi a de tal medida possuía natureza de segurança a seus familiares, enquanto o colaborador estivesse preso, tendo sua legalidade sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.²⁰⁷, entendendo ser possível a mitigação não somente da sanção penal, como também dos efeitos extrapenais da condenação, e ainda ser dever do Estado, ao garantir a proteção ao colaborador e sua família, fornecer meios de subsistência, incluindo residência, ajuda financeira, a permanência na posse de certos bens, entre outros.

²⁰⁴ BRANDÃO; CANOTILHO, 2017, p. 162

²⁰⁵ BRANDÃO; CANOTILHO, 2017, p. 163

²⁰⁶ BRANDÃO; CANOTILHO, op.cit., p. 163

²⁰⁷ A argumentação da Corte, ao decidir o HC 127.483, foi a de que tais medidas encontravam respaldo nas Convenções de Mérida e Palermo, sobre organizações criminosas e combate a corrupção, ambas internalizadas pelo ordenamento brasileiro, a partir de uma interpretação teleológica de seu conteúdo; utilizando-se da lógica de “quem pode mais, pode menos”, no sentido de que se a lei autorizava que o Ministério Público concedesse benefícios mais liberais, como o perdão judicial, também autorizaria implicitamente medidas inferiores; o direito à proteção dos colaboradores, garantido pelo Estado.

Contudo, em sentido contrario a interpretação do STF, Vinícius Vasconcellos argui que:

[...] Há uma distinção profunda entre a legítima e legalmente concessão de medidas protetivas (por meio das disposições da Lei 9.807/99) em comparação com uma incontrolável abertura a cláusulas discricionárias previstas ad hoc nos acordos firmados. Com toda certeza, a prática adotada fomenta espaços indevidos de discricionariedade, potencializando arbitrariedades e tornando nebulosos os procedimentos e critérios adotados para proteger o delator, o que viola, inclusive, a regra de publicidade dos atos estatais.²⁰⁸

1.6.6 Da abrangência dos benefícios a persecuções distintas e a outras esferas do direito

No acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Pedro Barusco, na Cláusula 5ª, §6º, previu-se a interferência do primeiro em favor do segundo em ações futuras, cíveis e de improbidade administrativa, portanto fora da seara penal, para pleitear pelo não sancionamento do colaborador ou de suas empresas, como recompensa pela sua colaboração na ação penal.

Contudo, a colaboração premiada é vista essencialmente como instituto do direito penal, direcionado ao juízo penal, voltado à investigação e processo de condutas penalmente ilícitas, no âmbito das organizações criminosas,²⁰⁹ em que pese estas mesmas condutas poderem gerar danos de outra natureza, concebendo, desta forma, a possibilidade de proposição de uma ação civil ou administrativa. Destas, é possível também resultar na sanção do colaborador, ainda que isso não signifique a sua penalização propriamente. Se a intenção da colaboração era a minimização dos efeitos sancionadores em um grau suficiente para que o réu se convencesse a aderir ao acordo, a lógica de ampliação desta atenuação poderia se expandir para fora do direito penal.

Não obstante, apesar de ser uma tendência com alguma forma de fundamentação, este não é o bastante para acobertar o problema de estender os efeitos da colaboração premiada para outros ramos do direito. No tocante a

²⁰⁸ VASCONCELLOS, 2017, p. 154.

²⁰⁹ DIPP, 2015 *apud* VASCONCELLOS, 2017.

responsabilização civil em especial, o impasse consiste em como conformar tais cláusulas com o interesse dos lesados pelo colaborador. O Ministério Público nestes casos agirá no sentido de defesa dos interesses do colaborador, pleiteando pelo não provimento das ações, em oposição à parte autora, que foi lesada pelo colaborador. Contudo, ele não o fará pois esta é a conclusão a qual chegou após análise dos elementos do caso concreto, mas sim porque se obrigou, em outra ação (a ação penal na qual foi realizado o acordo de colaboração premiada) a assumir tal posição. Este posicionamento do *parquet* poderá impedir a eventual indenização por qualquer dano que o réu-colaborador tenha gerado a terceiros.

1.6.7 A lógica de custo-benefício por trás da adesão do réu ao acordo de colaboração premiada e como ela pode prejudicar o objetivo do instituto

Por fim, a previsão e concessão de medidas ilegais como incentivos à colaboração premiada, além das violações já demonstradas, também pode causar prejuízos e percalços na própria investigação e a sua eficiência, posto que “aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos (ou parcialmente verdadeiros).”²¹⁰

Para entender esta afirmativa, primeiro é preciso compreender a lógica “custo-benefícios” que está por trás dela. Este raciocínio estaria inserido dentro da teoria econômica do crime, que dita que os crimes cometidos são conclusões de escolhas e decisões racionais. Teóricos por trás deste pensamento, Jeremy Bentham e Gary Becker sustentam que um crime seria cometido quando a sua força – o lucro potencial (aqui não se restringindo somente a ganho patrimonial) advindo da prática deste crime - for maior que o seu custo – a ameaça da punição e suas consequências-entendendo o criminoso que o a possibilidade de ganho compensaria o risco da sanção. Para fazer esta análise, ele olharia para as disposições legais a fim de avaliar esta proporção e leva em consideração também a probabilidade do sistema penal puni-lo. A colaboração premiada seria uma forma de aumentar a eficácia do Poder Judiciário e conseqüentemente, o custo do crime:

²¹⁰ BOTTINO, 2016, p. 378.

De fato, para ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios.

[...]

Ao permitir que determinados acusados recebam benefícios para fornecer informações e indícios que poderão se transformar em provas contra outros acusados, o legislador introduz um fator que aumenta o custo esperado do crime. E, como visto acima, o aumento da probabilidade de punição é um dos pontos mais sensíveis quando se utiliza a teoria econômica, devido ao peso que ela possui no cálculo do curso do crime.

211

Mas a lógica “custo-benefício” não se aplica apenas ao indivíduo que reflete sobre p cometimento ou não de um crime. Ele é utilizado também por aquele acusado no momento de decidir se irá aderir ao acordo de colaboração premiada. Ele deverá avaliar se o benefício proposto em troca da sua colaboração compensa o custo, quais sejam, a perda de seu direito a não autoincriminação e a possibilidade de seu acordo não ser homologado posteriormente.

Desta forma, é possível presumir que os benefícios compensariam os custos. Diante disto, a lei da colaboração premiada exige, em troca, uma maior participação do colaborador, com a intenção de obter resultados mais expressivos. Não obstante, o custo imposto legalmente para aquele que mentir em sua colaboração também é relativizado diante dos benefícios atrativos. Temos então que o réu colaborador, na busca por tentar ampliar ao máximo seus benefícios: (i) ciente de que isto somente ocorrerá se sua colaboração for de maior proporção; (ii) sendo processado por crimes com penas previstas de longa duração e rigorosas; (iii) ciente também de que, em relação a esta pena total, a punição pela não-cooperação ou pela mentira é relativamente bem menor; (iv) sabendo também que, no computo total, a soma destas penas não alterará substancialmente o tempo que vai ficar preso, por conta do limite máximo de 30 anos previsto no Código Penal; chega-se a uma conclusão

Significa dizer que se outros acusados afirmam determinada coisa, ele poderá confirmar algo que não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação, uma vez que a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena.

Da mesma forma, se houver necessidade de que novos autores sejam identificados [...], esse colaborador poderá indicar pessoas com

²¹¹ BOTTINO, 2016, p. 381.

participação de menor importância, ou que atuaram sem saber que estavam inseridos em um processo criminoso, maximizando a importância dessas pessoas, com a finalidade de receber as enormes vantagens do acordo de colaboração.²¹²

O processo acaba tornando-se refém das afirmações do colaborador, que por sua vez, age de tal forma por avaliar que mesmo que ele seja punido por suas ações (o custo), a chance de obter os benefícios compensa o risco. Desta forma, o instituto é corrompido pela sua própria lógica premial, como coloca Beccaria: “O tribunal que emprega a impunidade para conhecer um crime mostra que se pode encobrir esse crime, pois que ele não o conhece; e as leis descobrem-lhe a fraqueza, implorando o socorro do próprio celerado que as violou”.²¹³

A fim de evitar esta deturpação, o custo para dissuasão do crime não pode ser tão alto que acabe gerando incentivos ainda mais prejudiciais para o sistema do que os custos do próprio crime.²¹⁴ A solução encontra-se na elevação dos custos (quer dizer, das penas) para aqueles que que fizerem uso indevido do instituto da colaboração premiada.

CONCLUSÃO

Enfim, chega-se à conclusão deste percurso. Este trabalho teve como proposta de desenvolvimento a realização de uma revisão bibliográfica que permitisse a identificação das definições e pressupostos do sistema garantista e acusatório de processo penal e sua presença no conjunto de normas brasileiras, seguida de um exame do instituto da colaboração premiada, tanto em seu aspecto teórico-normativo quanto sob a perspectiva da sua prática em caso paradigmático, a Operação Lava Jato. Desse estudo, buscou-se compreender o grau de alinhamento de tal ferramenta processual aos valores essenciais à caracterização de um sistema de natureza acusatorial. Todo este caminho fora trilhado a fim de que se fosse possível responder à uma pergunta-chave: a colaboração premiada pode se integrar a um sistema de

²¹² BOTTINO, 2016, p. 383

²¹³ BECCARIA, 1764, capítulo XIV;

²¹⁴ BOTTINO, 2016.

princípios e regras garantistas? A conclusão obtida é a de que esta integração não é possível sem que haja a corrupção de inúmeros princípios

Primeiramente, verifica-se que há uma deturpação na própria lógica por trás da adoção deste mecanismo de justiça consensual, onde há a possibilidade de negociação entre réu e acusador, e no qual o réu retira-se de sua posição de resistência para assumir sua culpabilidade por meio da confissão. Este raciocínio adultera o sentido precípua do Direito Processual Penal moderno, que cessa ser instrumento de limitação do arbítrio estatal, de forma a impedir excessos punitivistas, para tornar-se, ao contrário, máquina de condenações, ofendendo garantias, sob os pretextos de celeridade e eficiência. Neste processo, o contraditório e a presunção de não culpabilidade são reduzidos e desprestigiados, e há a desconstrução do modelo acusatório dialético, no qual os papéis tradicionalmente desempenhados por defesa e acusação são redefinidos a partir da nova posição assumida pelo acusado e as consequências desta mudança.

No ensejo, a colaboração premiada ainda coloca em questão a imparcialidade do juiz. A sua imparcialidade objetiva, aquela perceptível aos olhos dos atores processuais (em especial, do acusado) restaria desfeita, visto que o juiz entraria em contato com a tese acusatória prematuramente, ao realizar a homologação de acordo de colaboração elaborado durante a fase de investigação, quando ainda não houve qualquer forma de filtro contraditório. Tal quebra de imparcialidade torna-se ainda mais acentuada se a colaboração foi precedida de prisão cautelar. Como o preso poderá confiar que o juiz que autorizou sua prisão preventiva, e para isso necessitou debruçar-se sobre o seu caso, posteriormente entendendo ser o acusado “culpável”, não terá sua imparcialidade violada, e já terá assumido um ponto de vista? Ainda, diante da perspectiva de prisão e de todos os ônus sociais que tal ato acarretam, o acusado é coagido a aceitar a colaboração, como a opção menos gravosa. O juiz que decreta a medida cautelar então passa a desempenhar função ativa na negociação e obtenção do acordo.

Foi ainda apurada diversas violações decorrentes da concessão de benefícios que não encontram previsão na Lei de Organizações Criminosas, que traz um rol taxativo dos incentivos que poderão ser dados aos colaboradores a fim de obter acordo. Este excesso acarreta, além da ofensa clara ao princípio da legalidade,

também uma violação à separação de poderes, e em última instância, ao próprio princípio democrático, com o poder jurisdicional e órgão acusatório ultrapassando aquilo que foi definido pelo legislador. Ademais, há conflito entre os dois agentes, uma vez que se estiver o juízo vinculado às penas previstas no acordo, terá ele sua função restringida, e o Ministério Público a estará usurpando, resultando assim em desrespeito ao princípio da jurisdicionalidade.

Após a análise casuística de todos as espécies de benefícios ilegais que foram concedidos nos acordos da Operação Lava- Jato analisados, concordamos com o ponto de vista expressado pelos autores Vinícius Vasconcellos , J.J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão. O mecanismo de colaboração premiada já foi introduzido definitivamente no ordenamento brasileiro, visto que já editou-se lei para sua regulamentação e já tem sido absorvido como instrumento processual rotineiro pelos agentes estatais na prática jurídica. Não é mais possível a sua extirpação imediata, em que pese ela apresente ameaça a ordem constitucional. A solução trazida pelos autores, nas circunstâncias atuais, é a sua categorização como medida de caráter excepcional, destinado a ser utilizado com cautela e parcimônia, em casos criminais de complexidade. Deve tal instituto estar sempre subordinado aos princípios fundamentais e ao devido processo legal, e não se sobrepor a estes, e devem estar submetido também a controle de constitucionalidade, tanto seu aspecto normativo quanto concreto (os acordos fáticos realizados). A colaboração deve ser sempre seguida de processo no qual haja o contraditório efetivo, e seja assegurada à ambas as partes a oportunidade de produzir provas e contrapor argumentos. Não pode a colaboração, portanto, crescer sob a pena da mitigação do processo tripartido acusatório.

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*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 253- 284, jan./abr. 2017.

AMARAL, Augusto Jobim do. Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 128, p. 65- 89, mar. 2017

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das Penas, 1764. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 19/11/2018

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: RBCCrim*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016. Volume especial.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOCAULT, Michael. A Verdade e as Formas Jurídicas. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1973.

LINHARES, Raul Marque; WEDY, Miguel Tedesco. Processo Penal e História - A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 379- 412, ago. 2015

MATZENBACHER, Guilherme Petry. Da imparcialidade à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 2011. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

NUCCI, Guilhere de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 15a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016, n.p

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. Noções gerais e compatibilidade da delação premiada tipificada na lei n. 12.850/2013 com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo penal brasileiro. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 30-47., jun./jul. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143826>. Acesso em: 15 nov. 2018

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTIAGO NETO, José de Assis; PENIDO, Flávia Ávila. A delação premiada em confronto com o processo democrático. In: *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 261-278.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/2013. In: CALDEIRA, Felipe e ESPINHEIRA, Bruno (Org). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A emendatio libelli e a mutatio libelli na reforma do código de processo penal. *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 44, p. 11-19., jan./mar. 2009. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71273>. Acesso em: 15 nov. 2018.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 269-283., jul./dez. 2006. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=93051>. Acesso em: 15 nov. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015

_____. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 953, p. 261-279, mar. 2015.

_____. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT – Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. Noções gerais e compatibilidade da delação premiada tipificada na lei n. 12.850/2013 com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo penal brasileiro. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 30-47., jun./jul. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143826>. Acesso em: 15 nov. 2018