



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

VINÍCIUS EHRHARDT JULIO DRAGO

**Aspectos dogmáticos da colaboração premiada:
instrumento legítimo ou afronta ao garantismo penal?**

Orientador: Prof. Livre-Docente Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

Ribeirão Preto
2016

VINÍCIUS EHRHARDT JULIO DRAGO

**Aspectos dogmáticos da colaboração premiada:
instrumento legítimo ou afronta ao garantismo penal?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), na área de concentração Direito Penal, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Livre-Docente Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez, do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Coorientador: Professor Livre-Docente Alamiro Velludo Salvador Netto, do Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP).

Ribeirão Preto
2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

D759a

Drago, Vinicius Ehrhardt Julio

Aspectos dogmáticos da colaboração premiada: instrumento legítimo ou afronta ao garantismo penal? / Vinicius Ehrhardt Julio Drago; orientador Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez; co-orientador Alamiro Velludo Salvador Netto. -- Ribeirão Preto, 2016. 70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. DIREITO PENAL. 2. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE. 3. COLABORAÇÃO PREMIADA. 4. GARANTISMO. I. Rodriguez, Victor Gabriel de Oliveira, orient. II. Netto, Alamiro Velludo Salvador, co-orient. III. Título

Nome: DRAGO, Vinícius Ehrhardt Julio

Título: Aspectos dogmáticos da colaboração premiada: instituto legítimo ou afronta ao garantismo penal?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), na área de concentração Direito Penal, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ribeirão Preto, ____ de _____ de 2016.

À Senhora Dalva Aparecida Ehrhardt Julio, minha querida avó; primeira professora que tive. A falta que faz o seu abraço é lacuna que jamais será preenchida. Dedico-lhe a integralidade deste trabalho, com a consciência de que isso não representa reles fragmento de tudo que já faz por mim... e continua a fazer.

AGRADECIMENTOS

Temia ser este trecho da obra o mais extenso. Não nego, tenho muito a agradecer e penso que o trabalho de conclusão de curso é o momento perfeito para tal.

Como não poderia ser diferente, inicio agradecendo à minha família. Aos meus pais, Carlos e Sandra, pelo amor inesgotável, pelo carinho, pela compreensão e por acreditar, quando este verbo já não mais fazia sentido no âmbito pessoal. Ao meu irmão Guilherme, maior presente que a vida me deu. Orgulho-me em dizer que o ganhei em exatos setecentos e cinquenta e nove dias de existência. Decerto sabiam que nada seria sem a sua companhia e o seu abraço forte. Vocês são os maiores responsáveis pelo meu sorriso.

À República Naverrussa, lar dos meus melhores amigos, único lugar que tem o condão de inverter o refrão da música ‘A Felicidade’ de Jobim. Agradeço todos os dias por ter tido o real privilégio de conhecer vocês – Ariel, Gard, Jesus, Jota, Hidd, Breno, Montanha, Zaca, Gringo, Lezera, Marcola, Tatá, Zé, Salles, Comuna, Tarcísio, Ingrid, Mascarenhas, Bruna, Lotufo e Don.

Aos novos integrantes, pessoas igualmente sensacionais. Mantenham a alegria desta casa, é de vocês. E, quando lhes faltarem na faculdade, façam dela o espaço do diálogo inteligente e tolerante que sempre foi.

Ao escritório Souza e Velludo Salvador, onde encontrei, de fato, a minha verdadeira paixão. Ao Guilherme Rodrigues e Rodrigo Serafim, meus professores da prática forense, pessoas com que muito aprendo e que serei eternamente grato por tudo, sobretudo a paciência em ensinar e o carinho. À Bárbara Furtado, que sabe do amor que guardo por ela, pessoa que com um simples sorriso transforma o dia. Ao José Roberto, pessoa de distintos valores e que guardo grande admiração e carinho.

À Bateria Estouro, a minha paixão. Quando o nível de estresse era cegante, nada que um bom samba – com as melhores pessoas – não resolvesse. Agradeço por ter feito parte dessa família. De alguma maneira entendo que sempre o farei.. experiências que nunca se apagarão!

Ao Centro Acadêmico ‘Antonio Junqueira de Azevedo’, instituição em que aprendi a importância do diálogo, da tolerância e do respeito. Sei que sou uma pessoa melhor por ter passado por aí e jamais esquecerei das pessoas competentes, inteligentes e idealistas com as quais eu tive o privilégio de trabalhar.

Aos grandes amigos que a turma V me proporcionou. Cada um de vocês sabe que são o destino dessa singela homenagem. O fardo da academia, imenso, foi mais leve ao lado de vocês.

Não poderia esquecer a parcela dos grandes amigos que desafiam a distância, aqueles poucos que se contam nos dedos de uma mão: Ao Guilherme Mele e Gustavo Rossetto, pela companhia ímpar e as conversas mais sensacionais, regadas com muitas risadas. À Marcela Borges, Jackeline Ferreira e Natália Felício, pessoas das quais a saudade insiste em se fazer presente. Ao Lucas Augusto, Henrique Siqueira e André Ferraz, Thales Giubilei, Eduardo Abud e Amaury Waack, irmãos meus.

Ao meu grande amigo Henrique Scaff e a sua família querida, que considero também como sendo minha, meu eterno agradecimento.

Por fim, agradeço imensamente ao Prof. Victor Rodríguez, meu orientador, que não sabe, mas é responsável primeiro por eu ter me apaixonado pelas ciências criminais e, com isso, em vias de concluir a graduação em Direito.

Ao Prof. Alamiro Velludo, pelo convívio e pelo privilégio de partilhar comigo, diariamente, um pouquinho de seu muito conhecimento através das boas discussões.

“(…) Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar”

Antonio Machado, Proverbios y cantares XXIX em Campos de Castilla.

RESUMO

DRAGO, Vinícius E. J. **Aspectos dogmáticos da colaboração premiada**: instituto legítimo ou afronta ao garantismo penal? 2016. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

O presente projeto tem por objetivo analisar os aspectos dogmáticos da colaboração premiada, instituto que ganhou contornos procedimentais palpáveis com o advento da Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, e verificar se há compatibilidade dessa moderna técnica de investigação com os princípios do Estado Democrático de Direito, à luz da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. A discussão enfrentada tem o escopo de reafirmar o papel crítico da academia a partir da análise desta ferramenta da justiça colaborativa, já de grande aplicabilidade no meio forense, apontando as eventuais fragilidades em sua regulamentação e reacendendo, com algum grau de profundidade, o estudo das teorias do Direito penal.

Palavras chave: Direito penal; princípio da oportunidade; colaboração premiada; garantismo penal.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 1 COLABORAÇÃO PREMIADA E A hipertrofia do consenso na justiça criminal brasileira | 3 |
| 1.1 Balizadores da justiça consensual: as fronteiras delimitadoras dos conceitos de legalidade, obrigatoriedade e oportunidade..... | 4 |
| 1.2 Escorço histórico da justiça consensual no Brasil: colaboração premiada em destaque | 11 |
| 1.3 Colaboração premiada: delineamento conceitual | 13 |
| 1.3.1 Valor probatório da colaboração processual..... | 14 |
| 1.3.2 Paradigmas procedimentais trazidos pela Lei nº. 12.850/2013. | 17 |
| 2 GARANTISMO PENAL EM LUIGI FERRAJOLI | 23 |
| 2.1 Alicerces do pensamento garantista: uma introdução | 24 |
| 2.2 Contornos epistemológicos: a razão na obra de Luigi Ferrajoli | 27 |
| 2.2.1 O modelo garantista clássico | 27 |
| 2.2.2 A busca da verdade no processo | 29 |
| 2.2.3 Sistema garantista SG: os dez axiomas de Ferrajoli | 31 |
| 2.3 Axiologia: a razão como condição de legitimidade sistêmica..... | 33 |
| 2.4 Fundamentos do Direito penal..... | 34 |
| 2.4.1 Justificação externa e legitimação interna | 35 |
| 2.4.2 “Se” e “porque” punir, proibir e julgar: o duplo objetivo do Direito penal. Utilitarismo reformado. | 36 |
| 2.4.3 “Quando” e “como” punir, proibir e julgar. | 37 |
| 2.4.4 “Quando” e “como” julgar – parâmetros processuais imprescindíveis | 40 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3 | ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DELAÇÃO PREMIADA – HÁ, DE FATO, MISCIBILIDADE? | 46 |
| 3.1 | Do recorte necessário: exclusão da questão ética que permeia a presente discussão. Uma justificativa. | 47 |
| 3.2 | Obrigatoriedade <i>versus</i> oportunidade: opacidade ou translucidez do conflito? 48 | |
| 3.3 | Colaboração premiada: crítica com aporte do garantismo penal | 50 |
| 3.4 | Contornos procedimentais e o esforço no sentido de domar o monstro ... | 53 |
| 3.4.1 | Hipóteses de aplicação do instituto | 53 |
| 3.4.2 | Do caráter espontâneo da colaboração premiada | 54 |
| 3.4.3 | Necessária homologação pelo juiz e a falácia do afastamento das arbitrariedades 55 | |
| 4 | CONCLUSÃO | 56 |
| | REFERÊNCIAS | 57 |

INTRODUÇÃO

O Direito é instrumento de controle formal de uma sociedade, e, como tal, encontra-se na desprivilegiada posição de perseguidor das alterações do seio social, costumeiramente ao seu encaço. O progresso tecnológico trouxe, ao longo dos últimos anos, ainda mais dinamismos às mutações das relações entre particulares e entre estes e o Estado, promovendo verdadeira liquefação *baumaniana*¹ de instituições, ideologias e modelos. Consequência inexorável desta imensa e complexa teia social é que viver passou a contar com um risco constante, na medida em que não controlamos as ações das quais dependemos, mas, do contrário, cada vez mais somos dependentes de encadeamento de atos de terceiros para viver no mundo globalizado. Na sociedade de risco, a tecnologia tem o condão de maximizar as consequências que se originam dos atos humanos, perigo que resulta em um estado de vigilância e repressão constante.²

É de Luís Roberto Barroso o entendimento de que o Direito não tem natureza etérea, fora da realidade sob qual incide, mas “pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta”.³ Em face da crescente complexidade de tais relações, verificou-se sensível perda da capacidade investigatória estatal, esta que já colecionava contundentes críticas acerca de sua aptidão para prover a manutenção de direitos fundamentais durante a sua atuação. Um importante exemplo da decadência de seu poder foi a substituição dos canais de comunicação. A telefonia móvel, pela possibilidade de se obter escutas autorizadas pela justiça um dos principais meios de investigação, cedeu

¹ No prefácio de sua obra *Modernidade Líquida* (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001), Bauman trabalha da definição de fluidez à superação do modelo panóptico de Bentham para descrever o fenômeno que dá nome aos seus livros, promovendo o esfacelamento das sólidas instituições na pós modernidade.

² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 61, p.47-56, abr./mai. 2010, p. 48.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.

espaço aos aplicativos de mensagens instantâneas, estes dotados com sistema de criptografia que já não conferiam tal possibilidade.

O Legislador pátrio, para se esquivar da inércia, ofereceu como solução a implementação de novas técnicas. A indiscriminada importação de institutos estrangeiros, apresentou-se como alternativa legítima a sanar o cenário descrito, nesse contexto, edita-se a Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e prevê arcabouço de técnicas para a promoção da investigação criminal e obtenção de provas, dentre elas a colaboração premiada, com previsão em seu art. 4º. O referido diploma legal traz contornos mais palpáveis à aplicação deste meio de obtenção de prova, e o faz em homenagem ao art. 37, itens 1 e 2, da *United Nations Convention Against Corruption*, convenção a qual o Brasil é signatário desde 9 de dezembro de 2003, ratificado pelo Congresso Nacional em 15 de junho de 2005.⁴

O presente trabalho se propõe a realizar um exame de compatibilidade: A colaboração premiada, instituto com forte inspiração do *Common Law*, teria, em essência, espaço no Ordenamento jurídico pátrio? Os contornos práticos trazidos pela Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013 seriam adequados e suficientes para afastar um potencial atrito com direitos fundamentais quando da sua utilização?

Como plano de fundo, optou-se pela teoria do Direito penal que tem como pressuposto principal a maximização da proteção às garantias fundamentais e a real minimização da atuação repressiva estatal: o Garantismo, do jurista italiano Luigi Ferrajoli. O referido exame de compatibilidade perpassa, necessariamente, então, pela análise de superação ou não dos axiomas propostos pelo autor em sua principal obra, *Direito e Razão*.

⁴ Convenção Anticorrupção do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes (UNDOC) e seus signatários. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>. Acesso em 31 jul. 2016.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA E A HIPERTROFIA DO CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

A delação premiada é genuína manifestação da justiça penal consensual. Embora prevista no ordenamento brasileiro desde as Ordenações Filipinas⁵, somente após a publicação da Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre organizações criminosas, esse instituto ganhou contornos procedimentais mais palpáveis, capazes de lhe conferir alguma aplicabilidade.⁶

A recessão econômica dos últimos cinco anos, aliado à grave crise política que acometeu o país a partir do segundo mandato da presidente Dilma Rousseff, foi meio de cultura rico ao crescimento do ideal punitivista e, conseqüentemente, à introdução de mecanismos que, em nome da celeridade e eficiência, abreviam o a extensão do processo, autorizam a antecipação da sanção penal, entre outros.

Fiel a tais mandamentos é o controverso instituto em análise, que, pela sua própria lógica, relaciona-se intensamente com os princípios de ordem Constitucional, reais balizadores do direito penal e processual penal. Com o fito de identificar se essa relação de fricção produz luz ou insuportável superaquecimento, impõe-se, antes mesmo de delinear a definição de colaboração premiada, operar os esclarecimentos que ora propomos, fixando conceitos, pois, do contrário, poderíamos incorrer em diluição da temática proposta no transcorrer do trabalho.

⁵ BITTAR, Walter Barbosa. **A delação premiada no Brasil**. In: BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89.

⁶ A Lei nº. 12.850/2013 foi aprovada dez anos após a ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e tem por objeto não só a definição de organização criminosa, mas também regulamentar os instrumentos de investigação e produção probatória, entre elas a delação premiada (BECHARA, Fábio Ramazzini. **Colaboração processual**: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 269, p.6, abr. 2015).

1.1 Balizadores da justiça consensual: as fronteiras delimitadoras dos conceitos de legalidade, obrigatoriedade e oportunidade.

Talvez uma das primeiras lições aprendidas em aula de direito penal diga respeito ao princípio da legalidade. Tópico necessariamente introdutório, visa instalar o conceito de que um Estado Democrático de Direito pressupõe um sistema de freios e contrapesos que limitam seu próprio poder de atuação, no caso o gravoso poder punitivo, garantindo a autodeterminação do indivíduo pela manutenção de sua esfera de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o art. 1º do Código penal, ao replicar o comando dado pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, confere o patamar mais alto na hierarquia das normas ao referido princípio, regente de todo o sistema penal hodierno.⁷

Para uma parcela considerável da doutrina, manifesta-se o princípio da legalidade também no âmbito processual penal, e o faz a partir da contraposição entre legalidade e oportunidade, com vistas ao exercício da atividade acusatória pelo representante do Ministério Público. Assim, o *parquet* é, via de regra, o titular da ação penal (art. 129, I, CF) e teria como obrigatoriedade promover a persecução criminal, preenchido os pressupostos necessários. O referido regramento teria como escopo maior afastar arbitrariedades e incoerências que potencialmente poderiam vir à tona com a simples orientação subjetiva do representante do Ministério Público, atribuindo critério certo para a sua atuação.

Nesse sentido, José Frederico Marques⁸:

dois são os princípios políticos que informam, nesse assunto, a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade (*Legalitätsprinzip*) e o princípio da oportunidade (*Opportunitätsprinzip*). Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, tão-só ele tenha

⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime**. São Paulo: Atlas, 2010. P. 86.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal** – 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 88.

notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade, sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal

Portanto, nota-se que a posição doutrinária majoritária crê na obrigatoriedade da persecução punitiva como manifestação do princípio da legalidade no processo penal, e ganharia essa roupagem pela mera transposição deste princípio do âmbito material para o processo.⁹ Diante deste maniqueísmo principiológico, ocupando posição diametralmente oposta encontrar-nos-íamos a oportunidade.

Ocorre que, conforme denúncia de Vinícius Gomes de Vasconcellos, autor da monografia vencedora do 19^a Concurso de Monografias de Ciências Criminais (IBCCrim), a melhor elucidação acerca destes princípios se mostra “dificultada pela desordem de significados traçados pela doutrina em geral, o que acarreta dissintonia no estudo do tema”¹⁰, o que será abordado à frente.

A simplicidade com que até então se manuseava o assunto acabou por ocultar a alta complexidade das questões de fundo. Movidos pelas insatisfatórias respostas dadas, inúmeros autores revisitaram a temática em apreço na última década, elaborando contundentes críticas.

Pedro Caeiro se opõe aos contornos dados pela doutrina sobre os princípios em comento, sustentando que há franca inclinação no sentido de “por um lado, confundir o princípio da legalidade com o respeito pela (ou a defesa da) legalidade e, por outro lado, colocar a etiqueta da oportunidade a qualquer mecanismo ou instituto, de direito material ou adjetivo, que represente um desvio do processo penal ‘normal’”.¹¹

⁹ TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**. São Paulo: Almedina, 2000, p. 35.

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015, cit. p. 34.

¹¹ CAEIRO, Pedro. **Legalidade e oportunidade**: a persecução penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 21, n. 84, out./dez. 2000, cit. p. 32.

Na obra que se fundou em sua tese de doutorado, realizada na Universidade Complutense de Madrid, Nereu Giacomolli critica essa visão antiga do processo penal pautada pura e simplesmente à concretização do *ius puniendi* estatal. Para o autor, nosso modelo de processo penal remonta os idos da década de 40, o que obsta a realização das garantias previstas na Constituição.

Giacomolli, ao delinear conceitos, aduz que o interesse público que domina o processo penal é o fator determinante para a atuação em consonância com a legalidade, do ponto de vista dos sujeitos e de suas atividades. Por sua vez, do princípio da legalidade deriva a obrigatoriedade, não sendo sua mera manifestação no âmbito processual. A legalidade seria, em verdade, consequência lógica do princípio da oficialidade e do princípio acusatório.¹²

Enquanto aquele pressupõe atuação oficial de instituições e órgãos do próprio Estado para gerir o processo penal, este, compreendido *lato sensu*, “não se restringe à simples divisão de funções entre os diversos órgãos que atuam no processo, mas indica uma verdadeira forma de processo”¹³, estruturado ao redor de uma delineada denúncia, que passará pela fase de instrução, garantida a ampla-defesa, até a prolação da sentença e seu trânsito em julgado.

Para o Desembargador do TJRS, a discussão entre legalidade e oportunidade historicamente se origina no *civil law* germânico, ante a ineficiência da persecução criminal estatal de todos os fatos noticiados com natureza delitiva, em especial a criminalidade mais grave. Assim, em casos excepcionais e com prévia determinação legal, atuaria a oportunidade, garantindo eficácia ao processo.

Frisa-se que a eficácia processual aqui não representa apenas condição que garante a concreção do *ius puniendi*, mas também a proteção de direitos fundamentais,

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

¹³ *Idem*, p. 48.

precisamente do *status libertatis* do cidadão, com a aplicação de uma sanção legítima e adequada, voltada à funcionalidade do processo e da própria pena.¹⁴

Há quem sustente se tratar o princípio da oportunidade como sendo discricionariedade¹⁵, decisão pautada meramente por critérios subjetivos do acusador, sendo desnecessário os requisitos definidos em lei. Por outro lado, compreende-se que discricionariedade jamais deve flertar com arbitrariedades, mas se consubstanciar “em um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas em lei”.¹⁶ Assim, diante das múltiplas definições, mister replicar o questionamento já enfrentado por Vasconcellos, que honestamente indaga se seria possível uma definição de oportunidade que respeitasse a legalidade, aqui compreendida como sujeição do representante do Estado à lei?¹⁷

Utilizando tal questionamento como combustível, o autor, revolvendo a matéria, alerta para a necessidade de contemporâneos parâmetros principiológicos, erigindo a legalidade como gênero, da qual tanto obrigatoriedade e oportunidade são espécies, vinculados, portanto, àquele.¹⁸

Inicialmente, importa frisar a necessidade de se perceber que, de um lado, há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores no campo criminal – especialmente daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal. De modo distinto se caracteriza a obrigatoriedade da ação penal, a qual, segundo nossa visão, pode ser excepcionada dentro da legalidade, ou seja, conforme hipóteses e condições previstas no texto legal.

Perfilando ombros com Roxin, Nereu Giacomoli, no pródromo do conceito de oportunidade que defende, admite que este tem relação com a da legalidade, em sua contraposição teórica. Sustenta “que os conceitos de legalidade e oportunidade são antitéticos, ainda que possa haver uma autorização legal de uma atuação com critérios de

¹⁴ Ibidem, p. 62.

¹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Ação penal pública** apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 38.

¹⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade**. cit. p. 34.

¹⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 42.

¹⁸ Idem. cit. p. 43.

conveniência”.¹⁹ O autor subdivide a oportunidade em uma concepção estrita e outra de maior amplitude. Nesta, no âmbito do direito material, ocorreria de forma direta com os fatos que se processam mediante ação penal pública condicionada e ação penal privada, bem como com o perdão do ofendido. Indiretamente, sua manifestação poderia ser exemplificada pela suspensão das execuções das penas privativas de liberdade, da substituição da mesma por uma restritiva de direitos, no indulto e na delação premiada.

Pelo prisma restritivo, a oportunidade pode ser verificada nos casos em que é legítimo ao membro do Ministério Público deixar de perseguir todos os fatos delitivos que lhe são trazidos, ou quando, seguindo normas objetivas, atua prescindindo de arcabouço suficiente de circunstâncias fáticas – como por exemplo no âmbito dos crimes tributários, em que se entende desnecessário a pormenorização das condutas dos sócios-administradores para o oferecimento da denúncia em seu desfavor –. Em suma, “um sistema jurídico penal se rege pela oportunidade quando os encarregados do *ius perseguendi* podem selecionar os fatos que investigarão e também os possíveis autores dos mesmos, frente à *notitia criminis*”.²⁰

A doutrina espanhola, esmiuçando o princípio da oportunidade, afirma que sua manifestação se dá de forma tríplice: subjetiva, no que se refere ao Ministério Público e sua atuação; objetiva, referindo-se às obrigações inerentes ao processo; e teleológica, por estar dirigido a debilitar as obrigações advindas da legalidade.²¹

Abarcado o conceito restritivo de oportunidade, passa-se a distingui-lo entre oportunidade pura e “oportunidade regrada”. Desde já se afasta a aplicabilidade daquela. O autor é categórico em afastar a oportunidade pura do Direito com supedâneo lógico e axiológico no princípio da legalidade, matriz do *civil law* e dispendo de rol de direitos fundamentais e processuais constitucionalmente bem delineados, tal qual o brasileiro. Um

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, cit. p. 64

²⁰ Idem, cit. p. 68

²¹ ARMENTA DEU, Teresa. **Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad**: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991 *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69

exemplo claro de um sistema de oportunidade pura seria o estadunidense, com o seu *plea bargaining*²², em que as formas de consenso não encontram limitação, podendo as partes abrirem mão integralmente de processo para que se chegue a uma sanção penal, renunciando livremente a possibilidade de o réu provar a sua inocência em troca de benefícios quanto à pena e a uma dita economia processual em favor do Estado.²³

Quanto à “oportunidade regrada”, fazendo coro com Vasconcellos²⁴, inicia criticando doutrinariamente o adjetivo que acompanha seu nome, com o que concordamos. O juízo de oportunidade, como explanado, é atividade que prescinde de regramento em si. Oportunidade, substantivo feminino, significa justamente conveniência; a busca pelo propício. O que se pode regula é, portanto, o âmbito em que se oportunizará a sua realização e, fazendo uso de critérios objetivos, de que modo se dará, afastando arbitrariedades. A regulação é, portanto, externa.²⁵ Para melhor

²² Dentre as peculiaridades do *plea bargaining* estadunidense, há de se ressaltar que se trata de um acordo realizado entre o Estado (*Prosecutor*) e acusado e que, em essência, requer expressa assunção de culpa por parte deste, que em troca de benesses na aplicação da reprimenda penal, abre mão de um escorreito processo legal. Necessário registrar que, diferentemente do Direito brasileiro, a figura do *prosecutor* dispõe de autonomia funcional absoluta, cabendo unicamente ao seu arbítrio a análise da necessidade de propositura da ação penal, prescindindo de prestar qualquer justificativa à vítima ou quem quer que seja. O referido juízo pode inclusive ser feito tendo por base aspectos meramente econômicos que envolverão a persecução penal em apreço, consagrando o ápice do pragmatismo penal.

Para ilustrar, efetuando-se uma prisão e submetendo-se os fatos ao promotor, o acusado deverá ser apresentado ao juiz em vinte e quatro horas, oportunidade em que será questionado a respeito de sua responsabilidade. Poderá se declarar, então, culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*). Optando pela primeira o acusado automaticamente renuncia ao devido processo legal, vez que nenhuma outra prova será produzida com o fito de condená-lo.

Assim, fica claro que na justiça criminal estadunidense o *due process of law* não tem status de garantia, mas de direito, este plenamente renunciável. PASCHOAL, Janaína Conceição. **Breves apontamentos relativos ao instituto do *plea bargaining* no direito norte-americano.** FMU Direito, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 115-126, 2001

²³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71

²⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 41

²⁵ “A expressão ‘oportunidade regrada’ não é correta porque não é a oportunidade, em si mesma, que se submete a uma regra: o juízo de oportunidade sempre consiste em dizer o que se considera oportuno, ainda que não coincida com o que, em princípio, se depreende da norma legal. (...) Quando se está em um sistema onde prima o princípio da oportunidade e esta é limitada, poder-se-ia falar de oportunidade regrada, como se verifica na Noruega e nos Países Baixos”. GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, cit., p. 70.

compreensão, permitimo-nos fazer alusão a uma circunferência: o regramento incide justamente na linha desta figura geométrica e o círculo, área interna delimitada, acaba por representar o juízo de oportunidade, que, dentro, movimenta-se com liberdade. Há, então, possibilidade do juízo de oportunidade com critérios de legalidade. Diferentemente de suas formas puras, legalidade e oportunidade não são imiscíveis, sendo esta espécie advinda do princípio legalidade no âmbito do *civil law*.

Comunga integralmente com tal ideia Vasconcellos, ao dizer que²⁶:

A oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. **O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.** (grifo nosso)

Por tudo o que exposto alhures, conclui-se que as aporias conceituais da velha doutrina, que simplesmente transplantava o princípio da legalidade no âmbito do processo, transmutando-o em princípio da obrigatoriedade, não mais encontram espaço no Direito hodierno. Há de se conferir destaque ao esforço de sistematização doutrinária promovido pelos autores referenciados, que lançam luz em assuntos que já possuem larga aplicabilidade no âmbito forense e que, por isso, demandam intensa pesquisa.

Tanto Nereu Giacomolli quanto Vinícius Gomes de Vasconcellos, rechaçando o que anteriormente proposto, perfilam ombros no sentido de eleger o princípio da legalidade como gênero intrínseco do modelo brasileiro, de cujas espécies, oportunidade e obrigatoriedade – desde que não tratadas em suas formas puras –, advém, não havendo qualquer transgressão ao princípio reitor do *civil law* quando admitidos juízos de oportunidade, com suas hipóteses claramente delineadas.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, cit., p. 48

1.2 Escorço histórico da justiça consensual no Brasil: colaboração premiada em destaque

Não obstante a extrema visibilidade dada pela mídia de massa, as ferramentas da dita justiça consensual não são novidades no Brasil. Entendemos pertinente abarcar escorço da história da justiça consensual, com enfoque no mecanismo que nos propomos a analisar, sob pena de grave violação das balizas que delimitam o tema.

Não se tem a pretensão de esgotar a temática e esmiuçar os meandros desta tendência global, mas sim apresentar ao leitor a ideia de que os mecanismos de consenso, em especial a colaboração premiada, fazem-se presentes em nosso ordenamento jurídico há tempos, mesmo que, verdade seja dita, com pouco ou nenhum apelo no que Luciano Oliveira denominou de “burocracia judiciária”²⁷; na prática forense.

Contraditório o momento histórico em que admitido soluções consensuais no Direito brasileiro. Alguns autores sustentam que desde as Ordenações Filipinas podemos extrair a previsão de prêmios à delatores de crimes.²⁸ Porém, impõe-nos considerar tais previsões no âmbito de um Poder Judiciário autônomo, cujos juízes e suas decisões gozem de autonomia, o que não ocorria há época. Tínhamos, do contrário, um Judiciário vinculado ao poder político do imperador, que nomeava as figuras que o compunham.²⁹

²⁷ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: _____. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

²⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 17, n. 77, p. 175-202, mar./abr. 2009, p. 175.

²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 293.

Considerando-se o passado recente, autores convergem ao apontar a Lei nº. 9.099/1995 como marco da justiça consensual brasileira.³⁰ Agasalhado por previsão constitucional (art. 98, inciso I, CF), editou-a o legislador, normas que simplificariam o tratamento da criminalidade de menor potencial ofensivo, ode a celeridade e eficiência no processo penal. O referido diploma previa em seu arcabouço instrumental a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Tais institutos são representantes do consenso na processualística penal, vez que, preenchidos certos requisitos, permitem espaços de oportunidade ao longo dos procedimentos criminais que os preveem, restritos a transgressões consideradas de diminuta gravidade.

Mandamento do recorte temático proposto, concentremo-nos na colaboração premiada. De modo bastante incipiente, o instrumento premial teve aparição recente na Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº. 8.072/90, que previa em seu art. 8º, § único, que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Também acrescentou nos artigos 159 e 288 do Código Penal (extorsão mediante sequestro e associação criminosa) a referida benesse.

O antigo diploma legal a tratar a questão das organizações criminosas, a Lei nº. 9.034/95, em seu art. 6º, replicou o comando anterior, porém, tornou explícita a necessidade de as declarações dadas serem espontâneas, sem conferir maior sistemática à previsão.

No ano de 1998 a publicação da lei de lavagem de capitais ousou: previu leque maior de benesses a serem aplicadas. Para além da redução de pena, o cumprimento em regime mais benéfico e o perdão judicial se fizeram presentes (Lei nº Lei nº. 9.613/98, art. 1º, §5º). No ano seguinte, a Lei nº. 9.807/99, que versa sobre a proteção de vítimas e testemunhas, replicou-as em seus artigos 13 e 14.

³⁰ Nesse sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 296 e VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 97.

Ainda que de forma não sistematizada; “jogada” em seus artigos, a Lei nº. 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, prevê, em seu art. 41, a redução da pena para eventuais colaborações voluntárias que auxiliem nas investigações. E, mais recente, a Lei nº. 12.529/01, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, permite que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) promova acordos de leniência com o autor do delito desta natureza, prevendo redução de um a dois terços da pena eventualmente aplicada.

Fica claro que, a despeito da fama recente, a colaboração premiada é uma velha conhecida do Direito brasileiro, meio de prova que ao longo de duas décadas vem ganhando contornos mais palpáveis para a sua utilização. Como se verá, o advento da Lei nº. 12.850/2013 representou um ganho substancial no procedimento para a sua realização.

1.3 Colaboração premiada: delineamento conceitual

Explicitando a forte tendência estatal pela utilização da justiça colaborativa é o advento da colaboração premiada, que coleciona vários outros nomes, entre eles “delação premiada (ou premial)”, ‘chamamento do corréu’, ‘confissão delatatória’ e, para os mais críticos, ‘extorsão premiada’.³¹

A depender do plano fundo que se atribui, possível se faz traçar diferentes conceitos acerca da delação. O enfoque à finalidade persecutória do instituto premial possibilita delineá-lo como sendo técnica de investigação com supedâneo na proativa colaboração da figura suspeita. Ainda que bastante controversa, jogando-se luz à dimensão do polo passivo, poder-se-ia dizer se tratar de tese defensiva com vistas à redução de danos, não se podendo olvidar que a assunção da culpa é inafastável e que, a depender da fase em que realizado o acordo, o acusado abre mão dos ritos processuais tal como regulados no Código de Processo Penal.

³¹ PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013, cit., p. 1

Tais definições, com todo o respeito, são deveras simplórias, incapazes de abarcar a maioria dos aspectos do referido instituto, deixando de lado importantes traços que lhe são inerentes. Sendo assim, optamos por adotar definição dogmática de maior abrangência: a colaboração premiada como instituto de Direito penal que confere benesses ao polo passivo de um procedimento criminal (investigado, indiciado, acusado ou condenado) no tocante à pena e/ou sua execução em troca de sua voluntária confissão e proativo auxílio nos procedimentos persecutórios.

Nesse sentido Walter Barbosa Bittar³², que define colaboração premiada como:

Instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).

Outro aspecto de suma importância diz respeito à natureza jurídica da delação premiada, questão relevante para seu enfrentamento crítico, assunto de grande controvérsia na doutrina. Há quem sustente natureza dúplice do instituto da colaboração premial, sendo, ao mesmo tempo, confissão ao delator e prova testemunhal aos delatados.³³ Contudo, essa visão não se utiliza da melhor técnica, o que far-se-á claro no tópico seguinte. O fato de o colaborador ter interesse direto no deslinde do processo o retira, automaticamente, da condição de testemunha. Ademais, a própria lei, ao nomear o capítulo II, diz se tratar de meio de obtenção de provas.

1.3.1 Valor probatório da colaboração processual

³² BITTAR, Walter Barbosa. A delação como categoria na teoria geral do delito e comparação ante figuras afins. In: _____ (Coord.). **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³³ Grinover, Ada P.; Fernandes, Antonio S.; Gomes Filho, Antonio M. As nulidades no processo penal *apud* VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015, p. 112

A lei sobre as organizações criminosas, em seu art. 3º, *caput*, autoriza, em qualquer fase da persecução penal, o uso de determinados meios de obtenção de provas, entre eles a colaboração premiada, constante em seu inciso I. Sabe-se, igualmente, da insuficiência da colaboração a ensejar a alteração do status constitucional do presumido inocente, como acertadamente previsto pelo legislador no art. 4º, §16.

Inicialmente, cabe pontuar a diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova. Enquanto aquele tem aptidão de servir ao convencimento do magistrado sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo o depoimento de testemunha), estes são meios que permitem a colheita do material probatório.³⁴

Com isso, honesta a dúvida acerca de qual é, de fato, o valor probatório deste acordo entre acusação e defesa. Por representar incerteza insuportável à aplicação do instituto, a doutrina logo se debruçou na questão, dirimindo imperfeições trazidas da importação das ferramentas do modelo anglo-saxão.

O mero apontamento do indivíduo que figura no polo passivo do procedimento criminal não tem o condão de desvirtuar o estado de inocência de outrem, isto é expresso. Contudo, atribuir efeito probante inócuo a um documento de narrativa coesa e coerência com os fatos investigados parece descabido. Há de se ressaltar que a opção legislativa constante em diversos dispositivos legais conferiu relevo à colaboração, afastando o simples efeito de *notitia criminis* da mesma.³⁵

Segundo Valdez³⁶, a abordagem do tema apenas aparenta complexidade, sendo a questão de fundo uma velha conhecida da processualística penal: a prova. A novidade fica a cargo da “utilização do imputado como fonte probatória e técnica investigativa de

³⁴ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 270.

³⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 17, n. 77, p. 175-202, mar./abr. 2009, p. 177.

³⁶ Idem, p. 189

um lado, e, ao mesmo tempo, instrumento de direito premial ao colaborador, com efeitos de atenuação ou remissão da pena”.³⁷

Para o referido autor, tecnicamente errôneo estender o instituto do testemunho para abarcá-lo. Igualmente equivocado denominar a colaboração premiada de espécie de confissão. “Tais equiparações não se sustentam, vez que desconsideram a peculiaridade de o colaborador possuir interesse direto no deslinde do caso concreto. Diferentemente de familiares, amigos ou inimigos, o colaborador não tem mero interesse extraprocessual, mas se aponta, ao menos, a ambição de conseguir o prêmio acordado e a possível relação deste com os coautores, membros da suposta organização criminosa.

Considerando-se o que narrado, torna-se imperioso que outras fontes probatórias corroborem a versão apresentada, sob pena de não ser levada em consideração o que arguido no bojo do acordo. Ademais, para conferir valor probatório a tal ferramenta, deve o que levantado passar, obrigatoriamente, pelo crivo do contraditório, o que se garante pela confrontação da versão apresentada pela defesa do terceiro elemento acusado.

Aspecto interessante que Valdez sustenta é que o “delator não deve, e não pode submeter-se ao compromisso legal de dizer a verdade sob pena do crime de falso testemunho”.³⁸ Para ele, isso se dá não pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, esse que é renunciado pelo imputado ao realizar o acordo, mas porque é diretamente interessado na condução do procedimento criminal.

Bechara sustenta que para a colaboração adquirir valor probatório é necessário exame de duas situações distintas, auferindo, num primeiro momento, a idoneidade e a efetividade das informações prestadas, e, posteriormente, a coesão da narrativa no momento de imputação de responsabilidade criminal a terceiros. E segue, alegando que, na afirmação da responsabilidade penal do delatado, a palavra do colaborador

³⁷ *Ibidem*, cit. p. 189

³⁸ *Ibidem*, cit., p. 190

(erradamente classificada por ele como de cunho testemunhal) teria o condão de autorizar o início de uma investigação ou mesmo providências de natureza cautelar.³⁹

Ousamos discordar do entendimento ora exposto. Não obstante convergirmos para ideia de que é possível bipartir o exame feito, defendemos que a coesão, idoneidade e lisura da narrativa do colaborador ao imputar responsabilidade a eventual coautor passa, num primeiro momento, por um juízo Ministerial, renegando ao segundo ato a premente necessidade de garantir o devido ao contraditório e a reunião de elementos de prova outros a escorar o conteúdo delatado.

Por fim, questão temerária é a zona cinzenta que deixa a possibilidade de se iniciar um procedimento investigativo e até mesmo medidas cautelares em desfavor de outrem tendo por base o acordo de colaboração premiada. Em que pese meios de prova acarretarem necessariamente em restrição a direitos fundamentais⁴⁰, posicionamo-nos com mais cautela ante o assunto. Ao nosso ver, considerando-se a peculiaridade desta ferramenta, cujo êxito é de total interesse do agente colaborador, mister haver indícios sólidos de materialidade e autoria, estes alcançados através da reunião de mais de um elemento probatório, como, por exemplo, a prova documental, observando-se rigorosamente o princípio da proporcionalidade nos casos em que se autoriza abertura de investigações, sobretudo no tocante ao deferimento de medidas cautelares.

1.3.2 Paradigmas procedimentais trazidos pela Lei nº. 12.850/2013.

A entrada do Brasil no rol dos países signatários da *United Nations Convention Against Corruption*, em 9 de dezembro de 2003, ratificado pelo Congresso Nacional em 15 de junho de 2005⁴¹, é o verdadeiro pródromo da adoção legislativa de contornos

³⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Colaboração processual**: legalidade e valor probatório. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 23, n. 269, p. 6-7, abr. 2015, p. 6

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 271.

⁴¹ Convenção Anticorrupção do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes (UNDOC) e seus signatários. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>. Acesso em 31 jul. 2016.

procedimentais que permitiram a larga utilização da colaboração premiada. A referida convenção, em seu art. 37, em especial nos itens 1 e 2, prevê que os Estados participantes devam tomar medidas no sentido de encorajar pessoas que tenham participado das ofensas que trata o diploma a fornecerem informações proveitosas à investigação das autoridades competentes, mitigando sua punição⁴²:

Article 37. Cooperation with law enforcement authorities

1. Each State Party shall take appropriate measures to encourage persons who participate or who have participated in the commission of an offence established in accordance with this Convention to supply information useful to competent authorities for investigative and evidentiary purposes and to provide factual, specific help to competent authorities that may contribute to depriving offenders of the proceeds of crime and to recovering such proceeds.

2. Each State Party shall consider providing for the possibility, in appropriate cases, of mitigating punishment of an accused person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence established in accordance with this Convention.

Não é demais lembrar que por força do Decreto nº. 5.017/04 introduziu-se em nosso ordenamento jurídico o conteúdo, que, como na própria letra da lei, será executado e cumprido tão inteiramente quanto nele se contém, da Convenção de Palermo⁴³, que em seu art. 26, item 2, diz que “cada Estado-parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, reduzir a pena de que é passível um acusado que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”:

⁴² UNDC: *United Nations Convention Against Corruption*, p 27. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf. Acesso em 6 set. 2016.

⁴³ UNDC: *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>. Acesso em: 8 set. 2016.

Article 26. Measures to enhance cooperation with law enforcement authorities

Each State Party shall consider providing for the possibility, in appropriate cases, of mitigating punishment of an accused person who provides substantial cooperation in the investigation or prosecution of an offence covered by this Convention.

Assim, tendo por base os tratados internacionais assinados, referenciados alhures, apresentou-se o Projeto de Lei do Senado nº. 150/2006 e, aprovado pelo plenário, foi remetido à Câmara dos Deputados, agora como Projeto de Lei nº. 6578/2009, o embrião do que viria a ser a Lei Ordinária nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013.⁴⁴

Segundo o dicionário Michaelis, o verbo delatar, do latim *delatare*, significa “apontar o responsável por qualquer ato censurável; relatar ato reprovável ou criminoso”.⁴⁵ Como já dito, diferentemente dos pretéritos diplomas legislativos, este traz consigo verdadeiro conteúdo procedimental, o que inaugura a possibilidade de se aplicar o instituto no caso concreto.

É da referida lei ordinária, mais precisamente no *caput* de seu art. 4º, a possibilidade de o acusado obter o perdão judicial, a minoração de sua pena em até dois terços, ou promover a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, isso desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos neste corpo normativo. *In verbis*:

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;

⁴⁴ BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 5 ago. 2013. Seção 1, ed. extra, p. 3.

⁴⁵ **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015.

- 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.

Apontado como os grandes avanços legislativos trazidos são a possibilidade de substituição da natureza da pena mais gravosa, de privação da liberdade, para a restritiva de direitos, além da desnecessidade de se acumular os resultados obtidos para experimentar os benefícios apontados.⁴⁶

Com relação à previsão de convalidação da pena de prisão em restritiva de direitos, características que lhe são inerentes e contribuem para um direito penal mais respeitador da dignidade do homem são o fato de ela não carrear consigo o estigma do cárcere, não coincidir com a jornada de trabalho do apenado, promovendo a manutenção de sua estrutura social, contribuindo para o ideal ressocializador, tão almejado e que, por vezes, apresenta-se utópico.⁴⁷

É no bojo de seus dezesseis parágrafos que o art. 4º, da Lei nº. 12.850/2013, confere corpo ao procedimento que deverá ser adotado para a realização do instituto premial. Importante questão de segurança jurídica, o diploma de 2013 determina a titularidade da colaboração premiada, atribuindo ao representante do Ministério Público o papel de conduzi-la por entre as balizas legais. Inúmeras são as passagens que explicitam tal atribuição (art. 4º, §2º, §4º, §6º, entre outros).

Ponto controverso é a questão de ser facultado ao delegado de polícia, nos autos do respectivo inquérito, o poder de requerer ao juiz a concessão de perdão judicial ao colaborador. Autores como Eugenio Pacelli⁴⁸ sustentam a inconstitucionalidade desta

⁴⁶ MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. **A aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (Lei 12.850/13)**. 21f. Artigo Científico – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 11.

⁴⁷ CHIMELI, Jimenes Mary Rosa de Araújo. **A efetividade da pena restritiva de direitos: prestação de serviços à comunidade**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 8, p. 69-79, jul./dez. 1996.

⁴⁸ PACELLI, Eugenio. **Atualização do Curso de Processo Penal** - Comentários ao CPP – Lei 12.850/13. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/artigos/> Acesso em: 12 set. 2016.

previsão (art. 4º, §2º), vez que estar-se-ia diante de temerária atribuição de poder postulatório à autoridade policial.

Ousamos discordar de tal ponto de vista. O referido parágrafo é bastante claro: a titularidade do acordo de delação premiada pertence ao *parquet*, que poderá a qualquer tempo requerer ou representar ao juízo pela concessão do perdão judicial do colaborador, ainda que tal benesse não tenha constado na proposta original, estendendo-se tal possibilidade ao delegado somente na situação de inquérito policial, obrigatoriamente em conjunto com manifestação convergente do representante do Ministério Público, detentor do *jus postulandi*⁴⁹.

O §4º igualmente inova, prevendo que, nas mesmas hipóteses previstas no *caput*, “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”. Imperioso fixar que, como em ordinário pedido de arquivamento de inquérito policial, havendo discordância por parte do magistrado, este seguirá o que dispõe o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo o procedimento ao procurador-geral para dar o encaminhamento que melhor satisfaz seu juízo, em consonância com a lei.

Outro regulado aspecto diz respeito ao momento processual em que se é possível realizar o acordo de delação premiada. Pela lei ordinária, este pode ser feito inclusive após a prolação da sentença condenatória, podendo a pena ser reduzida à metade ou admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para tal. O que pode conferir razoável margem de dúvida aos operadores do Direito é, assim como no *caput*, a utilização da conjunção “ou” entre as benesses aplicáveis. Da leitura fria do texto legal, a conjunção liga por coordenação as palavras, indicando alternância ou exclusão. Sustentamos, porém, que nestes excertos não se aplica o rigor léxico. Como mais novo espaço da oportunidade no Direito penal brasileiro, podem tais termos serem amplamente negociados entre defesa e acusação.

⁴⁹ Art. 4º, §2º, da Lei nº. 12.850/2013: considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

O legislador obstou a participação do juiz, que não é autorizado a costurar das negociações entre as partes para a formalização do acordo (art. 4º, §6º). O papel que lhe é reservado em lei é *a posteriori*. Deverá o magistrado homologar o documento, verificada a regularidade do procedimento, sobretudo no tocante à legalidade e voluntariedade da colaboração, podendo, inclusive, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. O juiz de direito também possui a faculdade de adequar o acordo, se este deixar de observar os parâmetros legais atinentes ao caso. Ainda assim, ainda bastante nebuloso os limites para a atuação do magistrado. A exata extensão de seus poderes para moldar o acordo é frequente questionamento no âmbito forense: poderia ele moldar o acordo apenas no tocante aos seus aspectos processuais, auferindo se o procedimento fora seguido corretamente, ou materialmente, influenciando no que acordado entre as partes? Tal questionamento ainda não foi satisfatoriamente respondido pela doutrina ou pela jurisprudência.⁵⁰

O próprio diploma legal reconhece que o instituto da colaboração premial nada mais é senão meio de obtenção de prova (conforme o próprio título dado ao capítulo II), obstando sentenças condenatórias que levem em consideração apenas o que declarado pelo colaborador (art. 4º, §16). Do contrário, tudo o que constar no acordo deverá ser comprovado por outros elementos.

Por fim, por se tratar de renúncia ao direito de silêncio, devendo o colaborador a assunção do compromisso de dizer a verdade, acertou o legislador quando previu expressamente a necessidade de acompanhamento do advogado patrocinador da causa em todos os atos do procedimento (art. 4º, §15), sob pena de nulidade absoluta.

⁵⁰ PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013

2 GARANTISMO PENAL EM LUIGI FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli, pai do garantismo penal, arquiteta sua teoria em razão de uma grande perplexidade que lhe afligia: a identificação de uma profunda crise do Direito. Esta foi segmentada em três aspectos pelo autor italiano. O primeiro deles versa sobre uma crise da legalidade, “ou seja, do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles e, portanto, na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder”.⁵¹ O esfacelamento institucional, contexto em que seus atores são reiteradamente vistos como ineficientes e imersos em graves distorções – como a corrupção –, acabando por desacreditar o sistema, e, por conseguinte, a regra do jogo, transferindo a esfera decisória para área externa à burocracia estatal.

O segundo aspecto apontado é a “inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às noções do *Welfare State*, agravada pela acentuação de seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social”.⁵² Leitura possível de se fazer, é que o referido aspecto se trata da contradição entre o Estado de Direito clássico, em que se demanda amarras ao leviatã para este não incorrer em arbítrio à esfera individual; uma abstenção de agir, e o Estado Social, que prevê prestações positivas com o fito de dirimir desigualdades, estas discricionárias e dependentes da posição política dos que controlam o aparato burocrático, e, nesse sentido, diretamente influenciáveis pelos blocos de interesse, atacando certezas e nem sempre perseguindo a estrita legalidade.

O terceiro e último aspecto versa sobre a crise do Estado Social, que se mostra incapaz de suprir as demandas sociais, onerando-se sobremaneira com o seu custeio, “desconhecendo limites em nome de eventuais maiorias aclamativas, fruto de consensos fabricados pela manipulação midiática”.⁵³ Igualmente, aponta-se seus desvios frequentes

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como um sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, cit., p. 89

⁵² Idem, cit., p. 89

⁵³ HABERMAS, Jurgen. Mudança estrutural da esfera pública. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 *apud* CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 1, 2001, cit., p. 19.

em prol do favorecimento do poderio econômico, gerando, entre outros severos problemas institucionais, corrupção e grave crise de representatividade democrática.

Com isso, um dos maiores desafios do Direito contemporâneo se tornou a criação de uma teoria que dê conta dos fenômenos expostos, aceito pelo autor italiano e que tem em seu livro “Direito e Razão” as respostas encontradas. Neste capítulo, passa-se, então, a descrever a obra de Luigi Ferrajoli, cabendo a nós lembrar que ausente a pretensão de esgotá-la.

Impõe-se, antes de tudo, o reconhecimento de nossas limitações: acreditamos ser de suma importância para a consistente formação do acadêmico em Direito o estudo aprofundado das ideias e das teorias propostas pelas diferentes escolas da dogmática penal ao longo do tempo. Ainda que bastante seja a complexidade dos textos, muitas vezes ensejando repertório linguístico e maturidade indisponíveis na graduação, aventurar-se nos pensamentos propostos pelos grandes juristas é tarefa necessária. Assim, sou muito grato pela possibilidade de fazê-lo, tendo ao meu lado nessa caminhada verdadeiros mentores, os quais serei eternamente grato. Espero ser este o primeiro passo (de muitos!) em meus estudos, que o faço com a ambição de serem fortes o suficiente a deixar marcas nas areias do conhecimento. Passemos, então, ao desafio.

2.1 Alicerces do pensamento garantista: uma introdução

A teoria do jurista italiano pode ter, grosso modo, seu objetivo definido pelo seguinte excerto: maximização das garantias fundamentais e na minimização do poder restritivo do Estado, com vistas à concreção do Estado Democrático de Direito.⁵⁴ Como já exposto, a profunda crise institucional da Itália da segunda metade do século XX, e o recrudescimento penal que sucedeu, foi cenário utilizado como espaço amostral de suas ideias. Não à toa, o garantismo penal ganhou vultoso prestígio e admiradores nos países

⁵⁴ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). **Cadernos de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais**. São Paulo: Plêiade, 2012, p. 183.

que experimentaram, igualmente, rupturas institucionais antidemocráticas, tal como o Brasil pós ditadura militar.⁵⁵

Inicialmente, deve-se deixar claro que Ferrajoli não teve a ambição de iniciar com uma Escola penal autônoma, como a Clássica ou a Positiva, mas sim instaurar uma gama de proteções a envolver o cidadão contra arbitrariedades estatais.⁵⁶ Do contrário, o prefácio da primeira edição italiana, feita por Norberto Bobbio⁵⁷, denuncia suas legítimas intenções e as suas francas pilastras inspiradoras:

O garantismo é um modelo ideal, do qual nós podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente (...) Do ponto de vista da política do direito, o teórico do garantismo não pode deixar de se inserir na grande tradição do pensamento iluminista e liberal, que no campo do direito penal vai de Beccaria a Francesco Carrara, embora proponha uma revisão dos fundamentos epistemológicos dessa tradição, ingenuamente formalista e realista, mediante a discussão entre ‘significado’ e ‘critérios’ de verdade no processo, as análises das margens não suprimíveis de opinabilidade da verdade jurídica e do caráter não mais que provável da verdade fática, e o nexos estabelecido entre o grau de verificabilidade e de verificação e o grau de satisfação das garantias penais e processuais...

Não se trata, pois, de uma Escola da dogmática penal autônoma, mas sim a remasterização das ideias propagandas ao longo dos séculos das luzes, propondo Ferrajoli a revisão dos fundamentos epistemológicos da referida tradição, como bem assinalou Bobbio no excerto colacionado. Seu esforço é direcionado para a tentativa de dirimir os problemas que provocaram a bancarrota do pensamento ilustrado do século XVIII.

Entre eles, podemos citar a crença infalível na subsunção do texto da lei ao caso concreto, o juiz como fiel aplicador do texto legal, desprovido de pré-conceitos e mantenedor da equidistância em relação às partes ao longo do processo. A crença no

⁵⁵ Idem, p. 184.

⁵⁶ Ibidem, p. 185.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 9/11.

silogismo perfeito e no endeusamento da figura do magistrado foi apontado pelo pai do garantismo penal como posição de “inerente fraqueza política, em decorrência de sua falta de consideração epistemológica e a consequente impraticabilidade jurídica”.⁵⁸

Direito e razão é dividido em três grandes partes, epistemologia, axiologia e teoria. Como o próprio nome evidencia, a primeira parte é destinada ao estudo crítico das premissas, conclusões e métodos que envolvem o garantismo, desnudando seu modelo. As duas partes que lhe sucedem, como Bobbio apontou, “analisam, à luz do modelo, os problemas que constituem a matéria tradicional do direito e do processo penal – a pena o delito e o processo”⁵⁹, e o faz respondendo cada um dos três temas através de quatro perguntas: se, por que, quando e como punir; proibir e julgar. Por fim, tenta-se na última parte extrair das linhas do modelo descrito, apresentando as linhas gerais do garantismo.

Destarte, no conjunto tudo converge: positivismo jurídico (que, alerta Bobbio, não deve ser confundido com legalismo ético, separação radical de direito e moral em todas as dimensões), método analítico e liberalismo político com o fito de moldar um Estado que já não é um fim em si, mas meio que tem como finalidade maior a tutela da pessoa humana; de seus direitos fundamentais.

Assim, o direito penal moderno, funda seu modelo garantista clássico na legalidade estrita, na materialidade e lesividade do crime, na responsabilidade pessoal, no contraditório e ampla defesa e na presunção de inocência. Aponta Ferrajoli que tal tradição é alicerçada, ainda, em outras distintas ideias.⁶⁰

Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos três poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito penal.

⁵⁸ TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). **Cadernos de ciências penais: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais**. São Paulo: Plêiade, 2012, p. 187.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 9.

⁶⁰ Idem, cit., p. 29.

Traçado este panorama, o autor passa, então, às críticas. Preliminarmente, aduz desarranjos dessa miscelânea teórica, evidenciando a sua insuficiência, entre elas a possibilidade de a perspectiva utilitarista fundamentar tanto um direito penal como mínima aflição necessária, flertando com os ideais de Beccaria, quanto pautar ideais penais autoritários, como a noção de prevenção especial, defesa social e a consubstanciação da figura do inimigo social.

Igualmente, ao positivismo jurídico, seio da ideia de legalidade estrita, faz-se possível a criação de freios ao poder estatal, quanto a total legitimação de modelos penais absolutistas, desde que livre e inquestionável os limites ao poder normativo do soberano. As honestas críticas foram utilizadas de matéria prima para a remasterização dos conceitos, trabalhado brilhantemente no primeiro trecho de sua obra.

2.2 Contornos epistemológicos: a razão na obra de Luigi Ferrajoli

2.2.1 O modelo garantista clássico

Antes de desnudar as aporias sistêmicas, tecendo críticas e revisões teóricas, Ferrajoli, contrastando com a ideia de direito penal autoritário, diametralmente oposta, traceja o conceito de convencionalismo penal e Cognitivismo processual. Enquanto aquele resulta na determinação abstrata do que é punível, discriminando o que intrínseca e metodologicamente tido como imoral do que, de fato, consubstancia o delito (tal qual o princípio da legalidade estrita, que se cristalizava na máxima *nulla poena et nullum crimen sine lege*), este diz respeito à determinação concreta do desvio punível, as motivações empregadas para a imposição da pena. O autor elege a nomenclatura princípio da estrita jurisdicionalidade, exigindo as condições de “*verificabilidade* ou *refutabilidade* das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de seus procedimentos que permitem tanto a verificação quanto a

refutação”.⁶¹ Ambos se associam como condição de efetividade garantista na doutrina clássica.⁶²

Elenca o jurista italiano espaços de poder que desmentem, de forma irremediável, a versão garantista clássica, impondo-lhe caráter utópico; intangível. A consideração do magistrado como uma máquina de sentenças, que através de subsunção perfeita aplica a lei, desconsidera a necessidade de margens de discricionariedade para critérios de aceitação da verdade, o que dá azo a quatro tipos de poder judicial, tendo em seu rol “o poder de *indicação*, de interpretação ou verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão equitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política”⁶³

Há de se compreender que a verificação jurídica jamais será exercício objetivo e fechado, mas sim fruto da interpretação das leis. Faz-se aqui a distinção entre lei e norma, esta advindo da interpretação do texto, não sendo uma atividade somente recognitiva, mas aberta às hipóteses interpretativas, para mais ou para menos, a depender do grau de abertura semântica da determinação legal. Outrossim, no âmbito processual a análise do conteúdo fático exige decisões argumentativas, remontando uma atividade parcialmente cognitiva e indutiva em busca da verdade. Ao final, sustenta a existência de fase em que imprescindível o juízo de equidade por parte do juiz, que prescinde de critérios exatos, e, compreendendo que o modelo não se esgota no aspecto legislativo, a ocorrência de abertura, no plano jurisdicional, de espaços inevitáveis de discricionariedade.

A partir da constatação das fragilidades impostas por essas quatro dimensões de poder judicial ao modelo clássico, que acaba por solapá-lo, verifica a necessidade de redefinição dos marcos epistemológicos. Em verdade, Ferrajoli propõe vasculhar até que

⁶¹ Idem, cit., p. 32.

⁶² O autor ainda exemplifica: “para que o desvio punível não seja ‘constituído’, mas ‘regulado’ pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como o ato obsceno ou desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz”. Ibidem, cit., p. 32.

⁶³ Ibidem, cit., p. 33.

ponto o insucesso clássico “depende de limites intrínsecos, como são as margens insuprimíveis de opinabilidade na interpretação da lei, na argumentação das provas e na valoração das especificidades dos fatos”.⁶⁴

Logo no início de sua obra o jusfilósofo italiano deixa pistas de como resolver a difícil equação. Subdivide os poderes judiciais expostos alhures em dois blocos, o chamado *poder de cognição* (que compreenderia o poder de identificação jurídica, de verificação fática e de conotação equitativa) e *poder de disposição* este, diferentemente do primeiro, que compreende poderes irreduzíveis, intrínsecos ao exercício hermenêutico, “é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder”⁶⁵, devendo ser afastado.

2.2.2 A busca da verdade no processo

De importância ímpar para o presente trabalho é saber de que forma se dá a busca da verdade jurídica pelas lentes do garantismo penal. À semelhança do que ocorre em toda a primeira porção de sua principal obra, que contrapõe modelos autoritários de modelos garantistas, a alternativa epistemológica ficaria entre duas diferentes matrizes: uma jusnaturalista e outra juspositivista.

O modelo jusnaturalista impõe a busca pela verdade substancial, ou seja, a busca pela verdade absoluta, carente de regulamentação legal para a sua realização. Tal premissa acaba por degenerar o juízo de valor que seria realizado *a posteriori*, “vez que carente de limites, não sujeito a regras procedimentais e infenso a ponderações axiológicas, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, face à ausência de apoio ético no modo-de-ser do processo”.⁶⁶ Por outro lado, a busca da verdade judicial proposta pelo recorte juspositivista denomina-se busca pela verdade processual.

⁶⁴ Ibidem, cit., p. 34.

⁶⁵ Ibidem, cit., p. 34.

⁶⁶ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A verdade processual em Ferrajoli**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 9, n. 106, set. 2001, cit., p. 9.

Diferentemente da primeira, esta propõe a busca das ocorrências pretéritas através de regras precisas, relativa somente a fatos e circunstâncias penalmente relevantes, de claro encaixe na ideia de convencionalismo penal:⁶⁷

Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesmo pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de sua aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética ‘verdade substancial’, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativas preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias.

Difícil afastar o fato de que os limites impostos pelo modelo da busca da verdade processual gerem menor conteúdo informativo do que aos moldes autoritários. Há de se levar em consideração que o objetivo se detém aos fatos narrados em exordial acusatória; que o conjunto probatório, para ser adquirido, perpassa por procedimento rigoroso para lhe conferir legitimidade e que, na ausência de seu lastro, vige o princípio do *in dubio pro reo*, findando com a pretensão punitiva.

Tudo isso importa dizer que o que se de fato busca é o conteúdo que se aproxime da verdade dos fatos, “tanto através de processos indutivos (verdade fática) quanto dedutivos (verdade jurídica)”.⁶⁸ Outrossim, a matéria de direito não goza de verdades absolutas, vez que as premissas em que se funda o raciocínio jurídico, não raro, são genéricas.

Como aponta Rogério Schietti Cruz, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, outro fator que desvirtua a isenção da prova é o próprio subjetivismo do conhecimento judicial do juiz, sempre condicionado ao meio que atua e seus valores:⁶⁹

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, cit., p. 38.

⁶⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A verdade processual em Ferrajoli**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 9, n. 106, set. 2001, cit., p. 10.

⁶⁹ Idem, cit., p. 10.

Além do caráter probabilístico da verdade fática e da incerteza da verdade jurídica, há de considerar-se, na visão de **Ferrajoli**, o subjetivismo do conhecimento judicial como fator determinante da relatividade da ideia de verdade processual. Isso porque o juiz encontra-se sempre condicionado ao meio ambiente que atua, aos seus sentimentos pessoais, às suas inclinações e emoções, ao seu meio social e cultural e aos seus valores ético-políticos, fatores que lhe retiram a neutralidade para julgar (que não se identifica com a sua imparcialidade, esta sim indispensável para a legitimidade da jurisdição), a qual muitos, ingenuamente, acreditam ser atributo inerente à Magistratura. (grifo do autor)

Apontado a busca pela verdade processual, cabe à ideia garantista dirimir erros e arbitrariedades no desempenho da função judicante, criando balizas concretas ao seu aplicador.

2.2.3 Sistema garantista SG: os dez axiomas de Ferrajoli

Todo e qualquer resumo da teoria garantista, do mais epidérmico ao melhor formulado, aborda com certo protagonismo a tabela analítica e sistemática dos princípios contidos no modelo. A confecção desse esquema só é possível graças à coerência do plano epistemológico, não obstante os heterogêneos pressupostos filosóficos incidentes.

Os referidos princípios, formulados como proposições de implicação ou condicionais, funcionam como termômetro, identificando modelos mais ou menos garantistas, e, conseqüentemente, mais ou menos autoritários, a depender de ausência ou lesão de seus mandamentos.⁷⁰ São eles:

A1 *Nulla poena sine crimine*

A2 *Nullum crimen sine lege*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*

A4 *Nulla necessitas sine injuria*

A5 *Nulla injuria sine actione*

A6 *Nulla actio sine culpa*

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, cit., p. 73.

A7 *Nulla culpa sine iudicio*

A8 *Nullum iudicio sine accusatione*

A9 *Nulla accusatio sine probatione*

A10 *Nulla probatio sine defensione*

Os axiomas garantistas, bom que se diga, pertence à esfera do dever ser. Conforme o próprio autor aduz, “não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer...”.⁷¹

A tabela prescritiva tem função pragmática, permitindo auferir o quão garantista uma sociedade é. Mister consignar que os princípios fundamentais exarados não funcionam como mero cardápio esquemático de garantias. Tal como a sociedade hodierna, os princípios insculpidos são complexos, cada qual podendo se desmembrar em uma série de derivações.

A adoção da íntegra do modelo posto indica, antes de tudo, opção ético-política, e cada uma de suas implicações deonticas enunciam uma condição *sine qua non*. Prescrevem, pois, condições necessárias para a autorização da aplicação de pena por parte do Estado. A coesão dos mandamentos prescritivos permite subdividi-los: A1, A2 e A3 expressam garantias relativas à pena; A4, A5, e A6 dão conta do delito e, por fim, A7, A8, A9 e A10 dizem respeito ao processo.

Estes princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal; isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal ‘absoluto’. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*. Sua análise teórica se desenvolverá na terceira parte deste trabalho, onde discutirei pormenorizadamente as questões da legitimação *política* expressas pelas perguntas acerca do ‘quando’ e do ‘como’ da intervenção penal. Justamente, analisarei no capítulo 7 os **princípios A1, A2 e A3, que respondem às perguntas ‘quando e como punir’ e expressam as garantias relativas à pena;**

⁷¹ Ibidem, cit., p. 74.

no capítulo 8, os **princípios A4, A5 e A6, que respondem às perguntas ‘quando e como proibir’ e expressam garantias relativas ao delito**; no capítulo 9, os **princípios A7, A8, A9 e A10, que respondem às perguntas ‘quando e como julgar’ e expressam as garantias relativas ao processo**. (grifo nosso)

Consigna-se que a análise de compatibilidade entre o instituto da colaboração premiada e o modelo garantista enseja, sobremaneira, o aprofundamento destes últimos, pelo que abarcaremos de forma mais criteriosa os seus meandros à frente.

2.3 Axiologia: a razão como condição de legitimidade sistêmica

Parcela da vanguarda acadêmica se preocupa com a necessidade de compatibilização dos direitos fundamentais e as novas tendências globais de recrudescimento penal, este devido à noção crescente e temerária da sociedade de risco, que vê na *ultima ratio* do Direito a alternativa ideal, dando de ombros para as garantias conquistadas pela humanidade ao longo da história.

Timidamente utilizado pela denominada magistratura italiana democrática em seu início⁷², o ideal garantista ganhou adeptos ao redor do mundo em razão do que se propusera a fazer: a compatibilização da teoria do crime com as garantias de uma constituição rígida de direitos. Para esse mister, Luigi Ferrajoli, tal como os filósofos iluministas de sua inspiração, elegeu a razão como dissipadora de arbitrariedades, tornando sua teoria verdadeiro paradigma do Estado Democrático de Direito, este que não é noção estanque e hermeticamente fechada, mas que conta com dinâmica de evolução permanente.

A segunda e terceira parte da obra de Luigi Ferrajoli analisam, à luz da teoria proposta, os problemas de fundo do direito e do processo penal: a pena, o delito e o processo. Para tal, respondem, com grande rigor metodológico, quatro perguntas para

⁷² MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. **Concebendo o direito com a razão**: de como uma teleologia garantista é pressuposto do paradigma democrático de estado de direito. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 151-173, jul./set. 2005, p. 152.

cada elemento: “se”, “por que”, “quando” e “como” punir; proibir e julgar. Perante os resultados lógicos encontrados, passa-se, sobretudo na quarta parte, a emitir juízo de compatibilidade com relação à situação concreta do direito, tendo como plano de fundo a Estado italiano há época (cujas lacunas institucionais são deveras parecidas com as enfrentadas hodiernamente no Brasil, como já arguido).⁷³

Com este breve introito, nos próximos subitens tratar-nos-emos da valoração dada pelo autor ao Direito penal, com vistas a fundamentá-lo.

2.4 Fundamentos do Direito penal

O jurista italiano define o conceito de Direito penal. Para ele, trata-se de “técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação”.⁷⁴ Alerta, de forma lúcida, que qualquer modelo epistemológico adotado gera, como consequência inexorável, coerções e restrições na esfera individual. Suas manifestações equivalem aos distintos momentos da técnica punitiva, e são três: a pena, o delito e o processo.

Enquanto aquela nada mais é senão a definição legal dos comportamentos desviantes; essa se cristaliza na sujeição coercitiva ao juízo penal, de propriedade do Estado. O processo, ao seu turno, é identificado pela repressão daqueles que tenham sido enquadrados como perpetradores da conduta restrita.⁷⁵ A tríade em comento representa um ônus que deve ser justificado, sob pena de ode ao autoritarismo, porquanto não só os diretamente envolvidos com o fato delituoso experimentam os referidos sabores amargos, mas também os inocentes.

Ferrajoli subdivide os custos da justiça em *cifras de ineficiência* e *cifra de injustiça*. O primeiro, que depende das opções legislativas, comporta os inocentes que tiveram sua sentença penal absolutória, mas que necessariamente foram submetidos a um

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, cit., p. 9.

⁷⁴ Idem, cit., p. 167.

⁷⁵ Ibidem, p. 168.

processo, não raro com encarceramento cautelar. O último diz respeito aos erros judiciários não reparados, sendo impossível mensurar a sua dimensão adequadamente.

A busca da legitimação desta aflição imposta pelo Direito penal é também, ao fundo, a legitimação da existência do próprio Estado. Para esse mister e como dito acima, passa-se a racionalmente a buscar respostas para “se”, “como”, “quando” e “por que” punir; proibir e julgar, com doze respostas esperadas.

2.4.1 Justificação externa e legitimação interna

O professor italiano crê em dois âmbitos de legitimação do Direito penal. Fala da existência da justificação externa, que é a legitimação por meio de princípios normativos externos ao Direito posto, Critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários do tipo metajurídico são francos exemplos. O segundo concerne à razões internas ao sistema penal:⁷⁶

Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade. Um sistema penal, em seu intuito singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como ‘justos’ em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como ‘válidos’, ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos.

Não obstante, aduz que a cisão dos âmbitos de legitimação jurídica “com base nas fontes normativas internas ao direito positivo, daquela ético-política, que, por sua vez, baseia-se em fontes normativas externas a ela, é uma condição necessária, mas insuficiente para a fundação de um modelo penal garantista”.⁷⁷ Embora necessária a baliza da lei, não se faz suficiente, considerando-se que a predeterminação que o texto da norma pretende não é preciso, o que dá margem de apropriação para opções

⁷⁶ Ibidem, cit., p. 171.

⁷⁷ Ibidem, cit., p. 173.

substancialistas de leitura. Assim, é possível inferir que quanto mais ilimitado for o Poder Legislativo e quanto mais aberto o texto da lei, maior a determinação judiciária.

Consigna-se que o fator de limitação do legislador e a das balizas legais deve ser tanto formal (fontes e procedimentos corretos), quanto de conteúdo, este compreendido pelo conjunto de princípios irradiados pela Constituição.

A doutrina iluminista de separação entre moral e direito confeccionou os alicerces de qualquer modelo garantista. Diferentemente do pré e pós-iluministas, que se perderam em confusas diferenciações, o que gerou modelos substancialistas, o iluminismo brindou a sociedade com a condição formal de legitimação amparado na legalidade, que em sua dimensão ampla abarca o fato de que constitui delito apenas o que previsto em lei, e não apenas o que é reprovado. Em sentido estrito exige-se o transpassar de mera retórica jurídica. Nesse âmbito, apresenta-se abaixo a refundação das razões do Direito penal.

2.4.2 “Se” e “porque” punir, proibir e julgar: o duplo objetivo do Direito penal. Utilitarismo reformado.

Rechaçando todas as demais, Ferrajoli acata a visão utilitarista do Direito penal, o que faz com extrema cautela. O ordinário em todas as variantes deste entendimento é a perseguição da máxima felicidade dividida pelo maior número de pessoas possível, de parâmetro beccariano e benthamiano com vistas à prevenção de delitos.⁷⁸

Ocorre que uma vez entregue o protagonismo à maioria, existe forte possibilidade de o modelo adquirir autolegitimação autoritária. Assim, propõe Ferrajoli que seja elegido um outro paradigma para frear a referida pulsão substancialista, parâmetro utilitário que, além do máximo bem-estar para a maioria, garanta o mínimo mau-estar necessário aos desviantes.

⁷⁸ Ibidem, cit., p. 267.

Passa-se a um segundo objetivo, destoante da prevenção ao delito em si, qual seja a prevenção à exacerbada reação selvagem que poderia advir do ofendido ou mesmo de ânsia pela sensação de justiça na esfera social. A pena adquire, pois, dupla função, de “prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”.⁷⁹ Desse modo, o critério utilitário de proteção ao ofensor no tocante à injustas punições justifica o teto máximo da aflição estatal, enquanto que o critério do máximo bem-estar à maioria justifica, por conseguinte, o mínimo patamar da pena.

Em síntese, propõe-se um modelo de prevenção geral negativa, dos delitos e das penas informais. Decorre da dupla finalidade preventiva a tutela dos direitos fundamentais, corroborando a tese do direito penal mínimo e refutando a tese de que a *ultima ratio* do Direito deveria tratar da mera defesa social contra as ameaças que os delitos representam.

2.4.3 “Quando” e “como” punir, proibir e julgar.

As seis questões abordadas no subitem anterior têm legitimação externa; ao Direito penal.⁸⁰ As outras seis que ora nos debruçamos, para além da dimensão metajurídica das primeiras, são questões de legitimação interna. Dado o trabalho que nos propomos demandar refinado conteúdo processual, dividir-nos-emos esta etapa com o fito de melhor abarcar as questões que dizem respeito a este, trabalhando as respostas de “quando” e “como” julgar em subitem apartado.

Como exhaustivamente exposto, a cisão entre legitimidade externa e interna (ou direito e moral) é conquista do Estado e pensamento jurídico modernos e, conforme Ferrajoli sustenta:⁸¹

ademais de favorecer (enquanto princípio axiológico) modelos de direito penal mínimo e garantistas, serve para fundamentar (como

⁷⁹ Ibidem, cit., p. 268.

⁸⁰ Ibidem, p. 286.

⁸¹ Ibidem, cit., p. 287.

princípio teórico), de um lado, a possibilidade de se ter um enfoque científico de tipo descritivo e, de outro, a de se ter um enfoque crítico de tipo valorativo em relação ao direito posto.

Ponto crucial da obra, o jurista alerta para equívocos hermenêuticos quando da separação entre direito positivo como fato e direito natural como valor (ou ser do dever ser do Direito). A confusão ocorre quando se sustenta ser os juízos de legitimidade externa de valor, enquanto que os juízos de legitimidade interna restringir-se-iam a fatos, ou seja, a mera existência de normas; em sua vinculação legislativa.

Do referido entendimento, de matriz kelseniana, Ferrajoli discorda em absoluto. Para ele, este equívoco é respaldado por uma concepção superficial de validade, sendo inaplicáveis aos Estados de direito hodiernos. Propõe, *contrario sensu*, que o critério de validade interno tenha compatibilidade substancial com normas de categoria superior. Trata-se de flagrante processo de positivação do direito natural.⁸²

Com o reforço do introito, pergunta-se: afinal, quando punir? Num primeiro momento aparenta ser esta a questão mais simples de se obter resposta. É do próprio sistema SG que em A1 determina-se: *nulla poena sine crimine*, o que nos permite extrair que a pena é aplicável quando consubstanciado o delito. Falamos, pois, do princípio da retribuição, consequência jurídica.

Não é demais lembrar que o referido princípio deve ser conjugado com a função de prevenção geral da pena, coibindo a prática de delitos vindouros. Do contrário, estar-se-ia adentrando em lenções substancialistas, incompatíveis com a teoria eleita para compor este trabalho. Mister aclarar que resta debilitada a garantia insculpida em A1 pela imposição de sanção ante ou extra delictum, tal qual as prisões cautelares, previsões imiscíveis com um Direito penal garantista.

No tocante à questão de como punir, Ferrajoli elege as penas convencionais como parâmetro, isto porque “baseadas no caráter exclusivamente jurídico entre o tipo e o grau

⁸² Ibidem, p. 288.

das penas e o tipo e o grau do delito”,⁸³ satisfazendo a tese T11 *nulla poena sine lege* e T12 *nulla poena sine necessitate*.

À satisfação das questões que envolvem “quando” proibir, o professor italiano inicia alertando que tal âmbito teria o maior ponto de fricção entre o jurídico e o ético, arguindo ser impossível a garantia de um direito penal absolutamente justo e válido.⁸⁴ Isto porque é justamente a positivação de valores sob a forma de garantias que destoa o Estado moderno em matéria de Direito penal; “e somente por meio do número, qualidade e nível de efetividade dos princípios assim incorporados pode-se valorar sua justiça e medir seu grau de garantismo.

Em que pese a checagem em absoluto da idoneidade dos parâmetros de legitimação externa e interna, a perspectiva garantista de Luigi Ferrajoli elabora critérios limitadores. Estas condições negativas compreendem as garantias penais expressadas pelos axiomas A4, A5 e A6 do sistema SG, respectivamente o princípio de lesividade, materialidade e responsabilidade pessoal, que definem, na mesma ordem, os elementos constitutivos do delito (resultado, ação e culpabilidade).⁸⁵

Findando com o presente tópico, expor-nos-emos o conteúdo que guarda pertinência com a questão de “como” proibir.

As normas podem ser subdivididas em regulativas ou constitutivas. Pela primeira, entende-se ser aquele comando legal “que regula um comportamento qualificando-o deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório e condicionando à sua comissão ou omissão a produção dos efeitos jurídicos que prevê”.⁸⁶ Quanto à segunda, tratamos de “norma que estabelece imediatamente, isto é, sem a mediação de comportamentos cuja comissão ou omissão suponham sua observância ou sua infração, qualificações e/ou efeitos jurídicos”.⁸⁷

⁸³ Ibidem, cit., p. 317.

⁸⁴ Ibidem, p. 369.

⁸⁵ Ibidem, p. 371.

⁸⁶ Ibidem, cit., p. 402.

⁸⁷ Ibidem, cit., p.402.

Afasta-se, *ab initio*, a incidência de normas penais constitutivas, vez que atentatórias à dignidade da pessoa humana e igualdade penal: nesses casos o castigo é imediato e não proíbem atuar, senão ser.

2.4.4 “Quando” e “como” julgar – parâmetros processuais imprescindíveis

De nada adiantaria as construções já expostas se o *modus operandi* do Estado para cristalizar a pena não dispusesse de arcabouço de garantias correlatas às anteriores. Falamos aqui das garantias processuais, tais quais a presunção de inocência, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e a ampla defesa.

Diz-se que as garantias processuais têm natureza instrumental, tangenciando as demais, vez que “as garantias penais, ao subordinar aos pressupostos substanciais dos crimes, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle”.⁸⁸

Aduz Ferrajoli que a principal garantia processual consta em seu axioma A7, *nulla poena sine iudicio*, ou seja, a previsão de submissão a um juízo. Configurando-se como afirmação da lei, a jurisdição penal tem conexão direta com a prevenção geral negativa reformada, freando a vingança privada.⁸⁹

O autor faz distinção entre jurisdição *lato sensu* e jurisdição *stricto sensu*, a depender de esta ser acompanhada pelas demais garantias, para mais ou para menos. Em sentido amplo, a jurisdição compreende a noção de que nula é a pena, o crime e a culpa sem julgamento exigida, portanto, em qualquer modelo, inquisitório ou acusatório. Restringindo-se o sentido de jurisdição, ao seu turno, exprime “o caráter cognitivo ou declarativo do juízo, (...), formado, como disse, pelo conjunto das três teses ‘*nullum*

⁸⁸ Ibidem, cit., 432.

⁸⁹ Ibidem, p. 433.

iudicio sine accusatione, *'sine probatione*' e *'sine defensione'*".⁹⁰ A referida distinção acaba por consagrar, respectivamente, o decisionismo e o cognotivismo enquanto modelos. Discriminar ainda, neste âmbito, garantias orgânicas de procedimentais.⁹¹

Mantendo-se sintonia com toda a sua teoria, o autor italiano demonstra haver perfeita correspondência entre a conjugação de garantias penais e processuais. A depender do que legislativamente definido, acúmulo de mais ou menos garantias, é possível definir a natureza do modelo, se garantista ou substancialista. Decerto que o primeiro demanda a conjugação de corpo mais amplo dessas garantias, permitindo leitura cognitiva do sistema penal.

No tocante à busca da verdade, os dois tipos de processo penal guardam distintas características. A consagração de um direito penal mínimo, como já dito, demanda a busca pela verdade processual, impondo limitações procedimentais para o seu levantamento, consagrando um processo cognitivo. Tem como pressupostos inexoráveis o princípio do *in dubio pro reo*, ônus da prova a cargo da acusação, publicidade e que todos os elementos colhidos passem, necessariamente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para consubstanciarem-se em provas legítimas.

Sua antítese, o modelo inquisitorial, consagra, ao seu turno, um modelo de direito penal máximo, pautado por um processo decisionista, buscando a verdade real e prescindindo, assim, de balizas normativas para os meios de aquisição, exigindo juízos de valor a preencher acusação genérica realizada. Feliz descrição do autor, "nesse primeiro modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam), enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelo meio (porque fundado ou garantido por vínculos representados)".⁹²

⁹⁰ Ibidem, cit., p. 433.

⁹¹ Chama *orgânicas* as garantias à formação do juiz, tais como a independência, imparcialidade, separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal, etc. Ao revés, garantias procedimentais abarcam a formação do juízo, exemplificadas pela contestação – de uma acusação determinada –, o ônus da prova, o contraditório, a motivação dos atos judiciais, a modalidade de interrogatório adotada, etc. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2002, p. 435.

⁹² Ibidem, cit., p. 435.

2.4.4.1.1 A margem intransponível da ilegitimidade da função judiciária

Mister salientar que há reconhecimento da existência de uma margem intransponível de ilegitimidade política da função judiciária. A questão de sua legitimidade advém da exata medida dos vínculos legais a ela impostos e de seu caráter cognitivo, objetivando a garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Ocorre que, traços de potestatividade vêm das margens de discricionariedade que não se pode afastar do exercício de interpretação da lei.

Nesse sentido, o juízo de convicção do magistrado, oriundo da valoração das provas, além da conotação do fato e a imposição do *quantum* da pena dependem de certo poder de disposição. Não reconhecer isso importa em incorrer no mesmo erro iluminista da crença de juiz como mero carimbador do que previsto em lei.

Passagem interessante da obra *Direito e razão*, ao falar que os juízes não são meros aplicadores da lei, evidenciando o caráter discricionário que envolve o seu múnus, assim dispõe acerca da função do promotor de justiça:⁹³

Menos ainda o são, por outro lado, os titulares da acusação pública, sendo a iniciativa penal o momento mais potestativo de toda a atividade processual: aquele em que, para recuperar a imagem da jurisdição tratada no primeiro capítulo, menor é o saber e maior é o poder, no mínimo porque por força da presunção de inocência o saber supõe-se ainda infundado.

Não se pode dirimir tais lacunas. Ao titular da ação penal pesa, como narrado, maior fardo, vez que protagonista de momento crítico no processo. O que se aponta como alternativa de minimizar arbitrariedades é a incansável observância da Constituição, além do controle público pela máxima publicidade, além da constante crítica científica e política das desviações judiciárias, papel em que a academia ganha vultuoso relevo. Este, segundo Luigi Ferrajoli, é o maior desafio atual das ciências jurídicas, de como trabalhar a linguagem penal em favor de tais premissas.

⁹³ *Ibidem*, cit., p. 439.

2.4.4.1.2 Princípio de inocência e incompatibilidade das prisões cautelares

Numa perspectiva garantista, a presunção de inocência advinda do brocardo latino *in dubio pro reo* é de relevo maior enquanto balizador de um Estado democrático de direito. Tal perspectiva advém de opção civilizatória. Optou-se pela total imunidade dos inocentes, sob pena de impunidade de alguns dos culpados.

Essa segurança do cidadão é posta à prova quando oponível a ele o instituto da prisão cautelar, verdadeiro ato de hostilidade estatal. Em visão mais abrangente do pensamento do autor, essa modalidade de acautelamento é incompatível com o ideal garantista, pois caracteriza sanção prévia, sem a formação de um juízo de culpabilidade e imposição de pena por sentença penal condenatória transitada em julgado, o que agride a presunção de inocência do axioma A7, *nulla poena sine iudicio*.

2.4.4.1.3 O princípio acusatório: “quando” julgar?

No sistema de garantias SG, o axioma A7 não cumpre apenas a função de assegurar o princípio da presunção de inocência. É ele também que apregoa a não derrogação do juízo. Este possui dois significados, muito friccionados pelo princípio da legalidade: a indeclinabilidade do julgamento e a infungibilidade do mesmo, não podendo ser substituído por outra forma de atividade cognitiva ou potestativa.⁹⁴

Retomando ideia já trabalhada, a definição do papel do juiz e a determinação dos procedimentos que formam o juízo, na visão de Ferrajoli, advém, respectivamente, das garantias orgânicas e das garantias procedimentais. A depender do caráter acusatório ou inquisitório, o conjunto de tais garantias, junto àqueles, condicionam a sistemática processual adotada.

⁹⁴ Ibidem, p. 450.

Acerca das características iminentes ao caráter acusatório e inquisitório, aduz o autor, respectivamente: ⁹⁵

Podemos chamar de sistema *acusatório* todo o sistema que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento com um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual pertence o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

Afirma categoricamente o jurista italiano que o mais importante elemento que compõe o modelo acusatório é a separação entre juiz e acusação, esta exigida pelo axioma A8, *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira garantia orgânica do proposto Sistema SG. ⁹⁶

Não se trata apenas e tão somente a discriminação entre o sujeito que envolve funções judicantes e o que realiza a acusação, mas condiciona, sobretudo, o papel de parte deste, com paridade de armas frente à defesa. Após, Ferrajoli realiza observação que é de importância imprescindível para o trabalho que nos propusemos: a inexistência de nexos, lógico ou funcional, entre o modelo teórico acusatório e a discricionariedade da ação penal.

Após uma breve análise histórica, é demonstrado que a discricionariedade é, em verdade, resíduo de caráter originariamente da jurisdição privada. Abaixo o excerto que, tratando desse assunto, aborda o *plea bargaining* estadunidense e o instituto da *chiamata di correo* italiano, fonte de inspiração para a colaboração premiada brasileira.⁹⁷

A discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um **resíduo do caráter originariamente privado** – e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal –, **agora injustificado**. Entende-se que essa

⁹⁵ Ibidem, cit., p. 452.

⁹⁶ Ibidem, p. 455.

⁹⁷ Ibidem, cit., 456.

discricionarieidade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – **representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletitude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção.** (...) O sistema – **introduzido também na Itália nas formas sub-reptícias dos acordos ou transações sobre a pena ou sobre o rito** do qual falarei no parágrafo 45.5 – apresenta indubitavelmente a **vantagem da máxima eficiência**, se é verdade que ela permite solucionar mais de 90% dos casos com o *guilty plea* e de reservar apenas aos poucos casos remanescentes as bem-polidas características garantísticas do *trial by júri*. **Mas essa vantagem é alcançada ao peso de uma pesada conotação burocrática e policiaesca da maior parte da justiça penal** e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo. (grifo nosso)

Para Luigi Ferrajoli, então, a figura de um acusador público não sujeito a lei e dotado de poder para escolher quais serão as violações penais que serão perseguidas pelo Estado ou ainda de predeterminar a medida de pena que irá incidir contra o acusado mediante acordo.⁹⁸

2.4.4.1.4 *As garantias procedimentais: “como” julgar?*

Posto que pelo utilitarismo reformado o direito penal se justifica como técnica de minoração de violência, mas também com o arbítrio das reações sociais selvagens e indesejadas da “justiça com as próprias mãos”, o como julgar é assunto que ganha especial relevo. Daí a necessidade do regresso às questões que envolvem os modelos acusatório e inquisitório na sistemática processual.

Tais modelos, como já abordado alhures, possuem grande distinção quanto ao tratamento dado à descoberta da verdade e a maneira de fazê-la. Enquanto o método inquisitório tem epistemologia substancial e decisionista, prevendo apenas a submissão

⁹⁸ Ibidem, p. 456.

ampla de jurisdição (haver um juízo). Do contrário, o modelo acusatório compreende ambas dimensões da jurisdição, ao prever uma série de garantias para a obtenção e valoração do material probatório produzido, que deverá passar necessariamente pelo crivo do contraditório, sendo o ônus da prova de total responsabilidade da acusação.

A verdade perseguida pelo moderno método acusatório é pautada pelo empirismo. Trata-se de verdade processual, caracterizada por procedimentos bastantes delineados para a sua perseguição, o que lhe confere legitimidade. De um role extenso de regras processuais a segregação entre acusação e defesa, cada qual com seu interesse intrínseco, a equidistância do juiz, figura neutra que esperará o embate entre ambos os lados para a formação de sua livre convicção, são os de maior relevo.

Com isso, conclui-se que qualquer sistema penal que se pretenda garantista deve, obrigatoriamente, seguir o que de matriz acusatória. Isso porque, uma vez condicionado pela jurisdição *stricto e lato sensu*, maiores e de mais qualidade as amarras legais que impedem arbítrios estatais.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DELAÇÃO PREMIADA – HÁ, DE FATO, MISCIBILIDADE?

Após esmiuçar a matriz principiológica, a definição e o conteúdo do instituto da colaboração premiada, previsão legal adquirida com contornos razoáveis após a publicação da Lei nº. 12.850/2013, seguido pelo capítulo 2, em que nos debruçamos na teoria do garantismo penal, tendo como base praticamente exclusiva a obra *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, passar-nos-emos a análise que nos propomos a fazer: afinal de contas, há miscibilidade entre colaboração premiada e o paradigma do Estado Democrático de Direito, este considerado sobre as lentes do garantismo?

Com a ambição de responder o problema arguido, realizaremos um recorte ainda mais minucioso, traçando os parâmetros que serão utilizados para o perfeito exame de compatibilidade.

3.1 Do recorte necessário: exclusão da questão ética que permeia a presente discussão. Uma justificativa.

Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni explicita, há contundentes críticas passíveis de serem feitas quanto à duvidosa ética estatal ao acordar com o desviante a coleção de benesses na imposição de sua pena em troca da imputação de delitos a terceiros:⁹⁹

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constituem uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: (...) o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para fazer ‘justiça’, o que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.

Apesar de termos noção da existência dessa linha crítica, optamos, de forma muito honesta, por extirpá-la de nosso trabalho. Explico. Isso se deve ao fato de tal exame demandar grande inserção a conteúdos filosóficos, estes que demandam grande tempo e (talvez) maior maturidade acadêmica. Ainda, parece-nos que a aversão brasileira a tal técnica é reforçada por um traço cultural: o privatismo doméstico, advindo do conceito de homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda, manifestado pela completa aversão à figura do “cagueta”; “dedo duro”; “X9”.

Acreditamos ser possível estabelecer essa relação, vez que dedurar alguém, especialmente na forma do dito instituto dos arrepentidos, é, ao final, a traição de um núcleo privado desviante em favor da esfera pública, ímpeto ainda mais individualista do colaborador.

De minha parte existe a real ambição de concretizar essa linha de pesquisa em um momento futuro. Feito a escusa necessária, partamos para o desafio.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada *apud* PINTO, Ronaldo Batista. **A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013.

3.2 Obrigatoriedade *versus* oportunidade: opacidade ou translucidez do conflito?

Para um adequado exame de compatibilidade, mister iniciar da análise dos suportes principiológicos que dão guarida tanto à delação premiada, quanto ao Estado Democrático de Direito hodierno, este lastreado em uma visão garantista.

Matéria abarcada no capítulo primeiro desta obra, mais precisamente no subitem 1.1, procuramos analisar, com alguma profundidade, o princípio da legalidade, da obrigatoriedade e da oportunidade, este último o que orienta o instituto dos arrependidos.

Diferentemente do que a velha doutrina sustentava – a obrigatoriedade como manifestação direta do princípio da legalidade no âmbito do processo –, hoje se reconhece a legalidade como gênero da qual tanto obrigatoriedade quanto oportunidade figuram como espécies. A legalidade delimita na lei os espaços de atuação dos atores no processo e, via de regra, determina a obrigatoriedade da persecução penal, podendo ser excepcionada dentro de parâmetros legais, cedendo espaço, assim, para a oportunidade, tal como proposto por Vasconcellos.¹⁰⁰

A regulação é, portanto, externa. De forma lúdica, criamos o exemplo da circunferência: o regramento incide justamente na linha desta figura geométrica e o círculo, área interna delimitada, acaba por representar o juízo de oportunidade, que, dentro, movimenta-se com liberdade. Há, então, possibilidade do juízo de oportunidade com critérios de legalidade.

Contudo, do ponto de vista Ferrajoliano trata-se da legalidade em seu sentido aberto, vez que, no caso da colaboração, conta apenas com previsão legal. A legalidade *stricto sensu* não lhe envolve. Segundo o autor italiano, para a verificação da legalidade em sentido estrito a previsão legal é condição necessária, mas não suficiente. Para além de seu conteúdo formal, é necessário que se respeite o conteúdo das normas, mormente o

¹⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Monografias / IBCCrim, 68).

que impõe a Constituição Federal, diploma máximo. Como se demonstrou em **2.4.4.1.4**, o modelo jurisdicional a ser adotado com vistas à concreção do garantismo penal é, necessariamente, o acusatório, que contém o princípio da legalidade em seus dois âmbitos, dirimindo ao máximo deturpações autoritárias.

Os espaços de consenso, em especial a delação premiada, não obstante a sua previsão legal, acabam por não contemplar algumas das garantias mais basilares do Estado de direito, uma delas previstas no rol de axiomas do sistema SG, como A7 *nulla culpa sine iudicio*. Para a realização da delação a assunção de culpa por parte do acusado é condição *sine qua non*, que embora passível de mitigação, pode vir a ser imposta penalidade sem a observância do devido processo legal.

Diferentemente de Claus Roxin e Nereu Giacomolli¹⁰¹, que sustentam ser o conceito de legalidade e de oportunidade antitéticos, creio eu que necessário uma pequena alteração conceitual: o conceito de oportunidade e obrigatoriedade são antitéticos, sendo que ambos podem contar com autorização legal. Destoam-se, em verdade, quanto a incidência da legalidade em seus dois âmbitos, lato e stricto sensu, sendo que a atuação com critérios de conveniência não dispõe deste, vez que não harmoniza com extenso rol de garantias, majoritariamente procedimentais, friccionando de maneira temerária o modelo acusatório, indispensável à concreção de um direito penal garantista.

O presente debate não tem a mínima presunção de esgotamento. Ao revés, deve-se fomentá-lo, sobretudo no âmbito acadêmico. Hodiernamente a tendência de importação de arcabouço instrumental com vistas à economia processual é realidade. Temos em trâmite no Legislativo os PLS 236/12 e PLS 156/09, que propõe, respectivamente, a atualização do código penal e do código de Processo Penal.¹⁰² Em que

¹⁰¹ Para maiores esclarecimentos, reler **1.1**, página 7.

¹⁰² Atualmente, duas são as propostas mais relevantes, ambas almejando realizar reformas integrais em Códigos: PLS 236/12 e PLS 156/09. (...). Ambos os projetos apresentam importantes inovações no cenário da justiça negocial a partir da expansão de espaços de consenso, especialmente em relação à introdução de mecanismo de barganha, ou o semelhante “procedimento sumário”,⁵⁵⁹ rompendo-se com a tradição pátria que limita as possibilidades transacionais em matéria penal, autorizando, inclusive, a negociação para imposição de pena privativa de liberdade com o pleno reconhecimento da culpabilidade. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Monografias / IBCCrim, 68), cit., p. 130.

pese uma reforma seja altamente necessária ante o anacronismo e autoritarismo dos atuais diplomas, datados da década de 40, e, portanto, flagrantemente anacrônicos, as contidas previsões de consensualismo devem ser analisadas de forma crítica, sob pena de diluição das garantias existentes.

3.3 Colaboração premiada: crítica com aporte do garantismo penal

A escolha de um tema para figurar como trabalho de conclusão de curso não é tarefa fácil ao aluno da graduação. Aqueles que têm a felicidade de alinhar temática de sua predileção com a obrigação acadêmica são agraciados com experiência extremamente gratificante, em que pese o tortuoso caminho das pedras que enseja sua produção. Este é o caso. A inquietação acerca do tema tem origem num caso concreto, vivido no escritório e que, motivou o presente estudo. Dito isso, passemos à análise.

A delação premiada tem forte inspiração no instituto da *chiamata di correo* italiano. Introduzido no Brasil em contornos procedimentais palpáveis pela Lei nº. 12.850/2013, que trata do combate do crime organizado, estipula novos paradigmas para os meios de obtenção de provas. Segundo a definição atribuída em **1.1**, a colaboração premiada como instituto de direito penal que confere benesses ao polo passivo de um procedimento criminal (investigado, indiciado, acusado ou condenado) no tocante à pena e/ou sua execução em troca de sua voluntária confissão e proativo auxílio nos procedimentos persecutórios.

Após a leitura de Direito e razão, percebemos que o garantismo Ferrajoliano não vê com bons olhos o referido instituto. Bobbio, a quem foi incumbido a tarefa de prefaciá-la obra, dá evidências deste posicionamento.

Haveria então como sustentar a legitimidade da colaboração premiada em um direito penal garantista? A resposta não é tão simples como soa num primeiro momento. Há de se lembrar que a teoria garantista não representa uma Escola penal autônoma, como a Positiva, mas fornece uma releitura da Escola Clássica iluminista, uma gama de

proteções a envolver o cidadão contra arbitrariedades estatais.¹⁰³ Trata-se, antes de tudo, de um modelo ideal de Estado, conseguintemente, de natureza jurídica e política.¹⁰⁴

Cindiremos a análise em duas: a natureza (não)garantista da colaboração premiada em seu aspecto ontológico e, em caso de constatação de seu viés autoritário, ante uma rigorosa regulamentação de seu instituto, se haveria a possibilidade de assegurar algum grau de garantismo no bojo dos sistemas penais que o adotam. Portanto, o exame de compatibilidade – enquanto relação de pertencimento que aceita apenas duas respostas, afirmativa ou negativa –, incidirá na primeira proposta, enquanto que na segunda se mensurará (não no sentido rigorosamente aritmético) o grau de garantismo que o sistema penal adquire ao prever o instituto dos arrependidos, ainda que de forma regulada. O referido exame pode ser feito tomando por base a grande carga teórica do autor, consubstanciada nos axiomas de seu sistema SG, transcrito em **2.2.3**, página 31. Decerto que a resposta encontrada na primeira indagação influenciará fortemente a seguinte.

Ferrajoli não utiliza de eufemismos; faz pesadas críticas ao instituto da colaboração premiada. Inicia desmistificando a alegação de que esse âmbito discricionário seria genuinamente pertencente ao sistema acusatório, que ante a negociação entre as partes do processo, estar-nos-íamos diante de verdadeiro contraditório. O sistema acusatório, caracterizado “unicamente pela separação entre juízo e acusação, na paridade entre acusação e defesa, na moralidade e publicidade do juízo”¹⁰⁵, não teria nenhuma pertinência com a discricionariedade da ação penal. Igualmente, as negociações entre acusação e defesa não seriam a cristalização do contraditório (próprio do modelo acusatório), mas seu inverso, vez que ausente paridade de armas entre os polos, sendo o parquet é titular da ação, consequentemente detentor de um imenso poder frente à assunção de culpa e às informações mais ou menos precisas para oferecer em escambo perverso.¹⁰⁶

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 185.

¹⁰⁴ CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 1, p.19-25, 2001, p. 19.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, cit., p. 600.

¹⁰⁶ Idem, p. 600.

Ademais, em cultura jurídica pautada pela emergência, tal como a brasileira, as distorções advindas destas técnicas consensuais são potencialmente maiores, gerando disparidade de tratamento, pressão para falsas acusações e insegurança jurídica. Outrossim, alerta que tal prática estimula “grave perversão burocrática e policialesca de uma boa parte da justiça penal”.¹⁰⁷ Aventa que, na prática, desencoraja o acusado a encarar o juízo comum e todas as suas garantias inerentes, inaugurando um novo método processual em que, ao final, a pena não será conferida por um magistrado, mas pela própria acusação.¹⁰⁸

A colaboração premiada, segundo a visão do professor italiano, acaba por enguiçar o sistema de garantias por completo¹⁰⁹, sustentando que:

Disto resulta a devastação do completo sistema das garantias: o nexa causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que a gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito aventureiro do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência ou o ônus acusatório da prova, negados substancialmente – já que não formalmente – pela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio de contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, no qual ao primeiro não incumbe nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as auto-acusações. (grifo nosso)

Conclui-se, pois, que o instituto da colaboração premiada é ontologicamente incompatível com o modelo garantista. Ao revés, assemelha-se a um resvalar de dedos na base do castelo de cartas das garantias conquistadas pelos modernos Estados Democráticos de Direito.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 601.

¹⁰⁸ Ibidem, cit., p. 602.

¹⁰⁹ Ibidem, cit., p. 602.

Todavia, ante a grotesca influência de tais técnicas no direito penal internacional, parece-nos ser estes passos inaptos a retroceder, o que autoriza a empreitada no sentido de verificar se, mesmo diante desse meio de obtenção de provas ilegítimo, há possibilidade de conferir ao instituto premial maiores contornos que reduzam os vultuosos danos às garantias.

3.4 Contornos procedimentais e o esforço no sentido de domar o monstro

3.4.1 Hipóteses de aplicação do instituto

Em franco esforço para reduzir os males trazidos pela quimera da delação premiada, talvez a resposta dada em primeiro lugar, de forma ordinária, seria no sentido de restringir ao máximo as hipóteses em que prevista a sua aplicabilidade.

Como já dito anteriormente, a colaboração premiada não é novidade trazida pela Lei nº. 12.850/2013. Outros diplomas já dispunham deste instrumento, outros ainda o preveem. É o caso, por exemplo, da Lei de Drogas, que a prevê em seu art. 41, Lei dos Crimes Hediondos, em seu art. 8º, § único, entre outras. Esses diplomas legais teriam o condão de restringir a utilização do instituto premial somente para as hipóteses neles previstas? A resposta é negativa. A Lei nº. 9.807/99, que versa sobre a proteção de vítimas, autoriza em seu art. 13 que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceda o perdão judicial a colaboradores, preenchidos os requisitos previstos. Prevê também a possibilidade de redução da pena do mesmo em seu art. 14.¹¹⁰

¹¹⁰ **Art. 13.** Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I** - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II** - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III** - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

O direito brasileiro aceita, em tese, a utilização da colaboração premiada em todo e qualquer procedimento criminal, o que é bastante temerário. Corre-se o iminente risco de a jurisdição pátria se aproximar do modelo estadunidense do *plea bargaining*, abandonando os procedimentos comumente utilizados. Entendemos que este cenário está longe de ser desejável, pelo que imprescindível se faz a restrição da possibilidade de utilização desta ferramenta às hipóteses da Lei nº. 12.850/2013, que trata da criminalidade organizada.

3.4.2 Do caráter espontâneo da colaboração premiada

O caso concreto que mencionamos ser a fonte inspiradora do presente trabalho contou com o problema que passamos a descrever. Pelo caput do art. 4º da Lei nº. 12.850/2013, o imputado deve adquirir a qualidade de colaborador voluntariamente, sem qualquer pressão para realizar essa escolha.

No âmbito forense, que já faz largo uso do referido meio de obtenção de provas, o caráter espontâneo da delação é tolhido com previsão legal: corriqueiro que a pedido do Ministério Público o juiz decrete a prisão cautelar do pretense desviante (o que por si já colide com o entendimento garantista). Não raro a medida cautelar extrema só é revertida após o acordo de colaboração ser alcançado. Há, de fato, coerção estatal, que se utiliza da prisão temporária e/ou preventiva para compelir o sujeito a auxiliar nas investigações. Tal prática configura autoritarismo sem limites, mas que por conta do verniz da previsão legal, perpetua-se de forma acríica.

A solução perpassaria, talvez, pela expressa proibição de serem firmados acordos de colaboração premiada estando o desviante preso cautelarmente. Contudo, parece-nos medida inócua frente a um paradoxo que se origina do próprio instituto premial: a mera existência da possibilidade de se acordar a pena imposta gera corrida entre os pretenses

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

desviantes no sentido de rapidamente colaborarem com fatos novos, adquirindo assim as benesses do satisfeito titular da ação penal. Nesse sentido, a previsão legal da espontaneidade da colaboração se torna verdadeiro contrassenso.

Jamais o instituto dos arrependidos será, portanto, livre de coerção.

3.4.3 Necessária homologação pelo juiz e a falácia do afastamento das arbitrariedades

Por força do art. 4º, §7º da Lei nº. 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada deve necessariamente ser homologado pelo juiz de direito, que deverá verificar a regularidade, legalidade e espontaneidade com que fora produzido. Juristas otimistas sustentam que a referida previsão finda com toda e qualquer possibilidade de vício que por ventura ocorra ao longo das tratativas entre acusação e defesa.

Da previsão que atribui o descrito ônus ao juiz surgem mais incongruências. Se a ele é imposto a conferência da regularidade, vincula-se, igualmente, à exigência legal de descrição da denúncia como proposta de modelo de sentença.¹¹¹ Isso porque, ao identificar quem, como, onde e o porquê, implica em dizer que ao homologar o acordo “o juiz estará, logicamente, se comprometendo, num primeiro momento, ao recebimento de denúncia de delator e delatado, e, em outro momento, a uma sentença condenatória”.¹¹²

Heloisa Estellita explica que no momento que o magistrado homologa o acordo de colaboração premiada, esta ele a afirmar, de forma antecipada, sua convicção sobre a veracidade das informações prestadas, ou seja, está, em verdade, exarando sentença penal condenatória ao delator e aos coautores.¹¹³

¹¹¹ DEL CID, Daniel. **A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 23, n. 276, p. 15-18, nov. 2015, p. 15.

¹¹² Idem, cit., p. 16.

¹¹³ ESTELLITA, Heloisa. **A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009, p. 3.

Impõe reconhecer que, de um lado o Ministério Público firma um acordo do qual não pode cumprir, vez que a pena deve ser atribuída por um magistrado, e, de outro, o atropelo das garantias iminentes ao devido processo legal, vez que ao homologar o acordo, estar-se-á fazendo, de fato, uma sentença penal condenatória.

4 CONCLUSÃO

Mediante todo o conteúdo trabalhado e exposto, forçoso reconhecer que o instituto da colaboração premiada é absolutamente incompatível com o modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e razão*. Mais do que isso, este meio de obtenção de prova, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é flagrantemente inconstitucional.

Embora a Lei nº. 12.850/2013 tenha trazido necessários contornos procedimentais com vistas a aplicação do instituto premial, estes não são suficientes. Há inúmeras janelas para o arbítrio estatal que aparentam não permitirem solução. Ao revés, certas incongruências advêm do próprio instituto. Um exemplo por nós explicitado é a questão da necessidade de espontaneidade da declaração do pretense desviante: autoritarismos como a prisão cautelar são utilizados como forma de coerção do acusado para que ele colabore com as investigações e, por ter um verniz legal, este cenário não é sequer criticado. Ademais, a própria previsão de benesses processuais condiciona verificável corrida entre os coautores para delatar primeiro, caracterizando, ainda que por via transversa, pressão.

Cabe à academia o papel de fomentar o debate e escancarar as vicissitudes inerentes à delação premiada e ao ordenamento jurídico como um todo, com vistas a salvaguardar o arcabouço de direitos garantidos pelo moderno Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAPITO, Leonardo Simões; BORATO, Pedro Guilherme. A delação premiada em seu aspecto dogmático e o reflexo da atuação dos meios de comunicação no instituto. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Moderas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 157-167.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **A teoria do garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli**. Revista Bonijuris, Curitiba, v. 23, n. 569, p.28-35, abr. 2011.

AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 83, p. 5-7, out. 1999.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Colaboração processual: legalidade e valor probatório**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 23, n. 269, p.6-7, abr. 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Garantia constitucional do processo justo: eficiência e garantismo**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 83-89, out. 2012.

BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: _____. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.89-217.

CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. **Apontamentos iniciais acerca do garantismo**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 1, p.19-25, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **A crise do garantismo penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Seminário internacional do IBCCrim, 21). Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/275-A-crise-do-garantismo-penal. Acesso em: 24 set. 2016.

CASTRO, Renato de Lima. Garantismo penal: uma ilusão? In: **Garantismo penal**.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A verdade processual em Ferrajoli**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 9, n. 106, p. 9-10, set. 2001

DEL CID, Daniel. **A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional.** Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 23, n. 276, p.15-18, nov. 2015.

ESTELLITA, Heloisa. **A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes:** algumas reflexões à luz do devido processo legal. Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?** Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 69, p.46-94, nov./dez. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho penal y estado de derecho.** Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, B, p.431-445, 2008.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Garantias.** Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 22, n. 85, p. 7-24, jan./mar. 2001.

_____. **Garantismo e direito penal.** Julgar, Lisboa, nº especial, p. 51-64, set./dez. 2008.

_____; CHOUKR, Fauzi Hassan. A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal (entrevista). Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 7, n. 77, p.3-4, abr. 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **A delação premiada.** De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p.247-266, jan./jun. 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Função garantista do princípio da legalidade.** Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 1, n. 0, p. 41-55, mai./ago. 2000.

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O modelo garantista de Luigi Ferrajoli.** Boletim IBCCrim, São Paulo, 58 - Edição Especial, p. 06, set. 1997.

GONÇALVES DA COSTA, José. **Legalidade versus oportunidade:** legalidade atenuada, oportunidade regulada. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 21, n. 83, p.83-95, jul./set. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A defesa penal e sua relação com a atividade probatória:** a vítima e o princípio da oportunidade, relações entre juiz e ministério público, seus limites. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n. 40, p.91-104, out./dez. 2002.

_____. A legislação brasileira em face do crime organizado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 534 p. (Biblioteca jurídica). ISBN 85-218-0262-5. p. 87-99.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo; FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos. **Legalidad y discrecionalidad en materia de justicia penal.** Iter Criminis: Revista de ciencias penales, México, Quinta Época, n. 8, p.157-181, set./out. 2012.

LUISI, Luiz. **A crise do sistema penal:** soluções processuais. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 8, p.105-116, jul./dez. 1996.

MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. **Concebendo o direito com a razão:** de como uma teleologia garantista é pressuposto do paradigma democrático de estado de direito. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p.151-173, jul./set. 2005.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. **A colaboração premiada:** um braço da justiça penal negociada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p.32-66, jun./jul. 2014.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal,** 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema acusatório e garantismo** - uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal. Sistema acusatório e garantismo - uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal.

MARTY, Diego Viola. **Considerações (democráticas) sobre os fundamentos do processo penal**. Direito em revista, São Jerônimo, v. 3, n. 1, p. 17-29, jan./jun. 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada**. Revista CEJ, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PINTO, Ronaldo Batista. **A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p.24-29, out./nov. 2013.

PINTO, Ronaldo Batista. **A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013 – várias críticas.

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Eficientismo repressivo e garantismo penal**: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 17, 19/20, p. 67-74, 1º e 2º semestres. 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. In: SANTOS, Rogerio Dultra dos (org.). **Introdução crítica ao estudo do sistema penal**: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p.117-127.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RASCOVSKI, Luiz. **A (in)eficiência da delação premiada**. Instituto De Estudos Avançados De Processo Penal - ASF. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional-normativista. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal; homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUC/RS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILA, Ivan Luís Marques da. **O direito penal como garantia fundamental**: o novo enfoque decorrente da globalização. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-22022008-115621/>. Acesso em: 25 set. 2014.

SILVA, Ivan Luis Marques da. **Direito penal neo-constitucionalista**: equilíbrio necessário entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 73, p.83-106, jul./ago. 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **A legislação penal brasileira em face da chamada sociedade do risco**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 61, p.47-56, abr./mai. 2010.

TICAMI, Danilo. Breves delineamentos acerca do garantismo penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). **Cadernos de ciências penais**: reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais. São Paulo: Plêiade, 2012, p.183-222.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Monografias / IBCCrim, 68).

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Direito penal, cidadania e garantismo**: uma abordagem crítico-analítica em uma sociedade de capitalismo emergente. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p.29-42, fev./mar. 2005.