

# DELAÇÃO PREMIADA E PRISÃO PREVENTIVA: EFICIENTISMO PENAL E SUBVERSÃO CONSTITUCIONAL DOS HOLOFOTES PUNITIVISTAS

**José Henrique Mesquita da Silva**

**Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas**

Orientadora: Prof. Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

Setembro, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Departamento de Direito

**DELAÇÃO PREMIADA E PRISÃO PREVENTIVA: EFICIENTISMO PENAL E  
SUBVERSÃO CONSTITUCIONAL DOS HOLOFOTES PUNITIVISTAS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Departamento de Direito da Universidade Portucalense - UPT, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate.

**JOSÉ HENRIQUE MESQUITA DA SILVA**

Porto, 14 de Setembro de 2020

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Grande Arquiteto do Universo, autor da vida, pela graça incomensurável. Com a ajuda dele, todas as barreiras foram transpostas, pois, desde o início, me pegou pela mão e aqui estou.

À minha mãe, D. Maria, e meus irmãos, Fábio e Ricardo, que sempre acreditaram no meu potencial e no meu sucesso; à minha sempre presente esposa, Lauriane, pelo seu carinho, dedicação e companheirismo, sem os quais eu também não conseguiria chegar até aqui; aos meus filhos, Luis Henrique e Maria Gyovana, minha fonte inspiradora. Aos amigos que, de alguma forma, colaboraram nessa tarefa, em especial à Dra. Elizabeth S. Abrantes, por todo apoio e contribuição à pesquisa.

Por fim, agradeço à Prof. Dra. Ana Rita Da Silva Samelo Alfaiate, pelos seus conhecimentos compartilhados e, sobretudo, pelas suas diretrizes e apontamentos essenciais para a conclusão deste trabalho.

## DELAÇÃO PREMIADA E PRISÃO PREVENTIVA: EFICIENTISMO PENAL E SUBVERSÃO CONSTITUCIONAL DOS HOLOFOTES PUNITIVISTAS

### **RESUMO:**

A delação premiada, apesar de não ser um tema tão recente no ordenamento jurídico brasileiro, apenas com a aprovação da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) e a deflagração da Operação Lava Jato no ano de 2014, ganhou relevância, tanto do ponto de vista de sua aplicação prática quanto da excessiva exposição midiática sobre os delatores, muitos dos quais persuadidos a aceitar acordos por intermédio do uso disseminado da prisão preventiva, cujos pressupostos processuais frequentemente foram corrompidos ou desvirtuados, passando o cárcere a ser empregado como mecanismo capaz de influenciar na vontade de colaborar com a investigação e o processo. Assim, pretende-se, por meio da presente dissertação, analisar ambos os institutos, que aparentam estar a serviço de uma lógica penal meramente efficientista, o que pode colocar em risco o sistema criminal e o próprio Estado Democrático de Direito ao relativizar direitos e garantias constitucionais e permitir que normas penais e processuais penais sejam infringidas. Apesar disso, é importante frisar que algumas recentes alterações legislativas e decisões judiciais parecem ter percebido os abusos que vinham sendo cometidos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro sob o mote propagandístico do combate à corrupção, o que pode representar (ainda é cedo para afirmar) a retomada de um pensamento mais alinhado à teoria garantista.

**Palavras-chave:** delação premiada; prisão preventiva; Estado Democrático de Direito; garantismo penal; efficientismo penal.

PLEA BARGAIN AND PRE-TRIAL DETENTION: CRIMINAL EFFICIENTISM  
AND CONSTITUTIONAL SUBVERSION OF PUNITIVIST SPOTLIGHTS

**ABSTRACT:**

The plea bargain, despite not being a topic so recent in Brazilian legal system, only with the approval of Organized Crime Control Act (Law number 12.850/ 2013) and the outbreak of Operation “Lava Jato” in 2014 it gained relevance, both from the point of view of its practical application and from excessive media exposure on whistleblowers, many of whom were persuaded to accept agreements through the widespread use of pre-trial detention, whose procedural assumptions were often corrupted or distorted, with prison now being used as mechanism capable of influencing the disposal to collaborate with the investigation and the legal process. Thus, this dissertation intends to analyze both institutes, which appear to be at the service of a merely efficientist penal logic, that can put the criminal system and the Democratic Rule of Law at risk by relativizing constitutional rights and guarantees and allow criminal and procedural rules to be broken. Despite this, it is important to note that some recent legislative changes and judicial decisions seem to have perceived the abuses that were being committed within the scope of the Brazilian legal system under the propagandistic slogan of the “fight against corruption”, which may represent (maybe it is too early to say) the resumption of a thought more aligned to the Theory of Criminal Guarantee.

**Keywords:** Plea bargain; pre-trial detention; Democratic Rule of law; criminal guarantee; penal efficiency.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>CAPÍTULO 1 - GARANTISMO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 GARANTISMO NAS CONSTITUIÇÕES MODERNAS E O DIREITO PENAL MÍNIMO NO BRASIL .....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 EFICIENTISMO PENAL E GARANTISMO JURÍDICO .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2.1 EFICIENTISMO E EFICIÊNCIA NO DIREITO PENAL.....</b>	<b>21</b>
<b>1.3 O PAPEL GARANTISTA DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>23</b>
<b>1.4 O PACOTE ANTICRIME (Lei nº 13.964/2019) E O JUIZ DAS GARANTIAS .....</b>	<b>27</b>
<b>1.5 O JUIZ DE INSTRUÇÃO EM PORTUGAL .....</b>	<b>31</b>
<b>CAPÍTULO 2 – A MÍDIA .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1 A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA, A CRIMINOLOGIA MUDIÁTICA E A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO .....</b>	<b>34</b>
<b>2.2 O COMBATE À CORRUPÇÃO À BRASILEIRA E O PAPEL DA MÍDIA .....</b>	<b>37</b>
<b>2.3 O DISCURSO DO ÓDIO E O USO DAS <i>FAKE NEWS</i> .....</b>	<b>41</b>
<b>2.4 OS HOLOFOTES PUNITIVISTAS E A CONSTRUÇÃO DE HERÓIS PELA MÍDIA... ..</b>	<b>46</b>
<b>CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO JURÍDICO DA PRISÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>3.1 A PENA DE PRISÃO EM PORTUGAL .....</b>	<b>54</b>
<b>3.2 A PENA DE PRISÃO NO BRASIL.....</b>	<b>58</b>
<b>3.3 AS ESPÉCIES DE PRISÃO NO BRASIL.....</b>	<b>60</b>
<b>3.3.1 AS PRISÕES CAUTELARES .....</b>	<b>63</b>
<b>3.3.2 OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>69</b>
<b>CAPÍTULO 4 – A DELAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>73</b>
<b>4.1 ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL DA DELAÇÃO PREMIADA.....</b>	<b>73</b>

<b>4.2 DELAÇÃO PREMIADA E CONSTITUIÇÃO</b> .....	80
<b>4.3 DELAÇÃO PREMIADA, ÉTICA E MORAL</b> .....	87
<b>4.4 DELAÇÃO PREMIADA E TORTURA</b> .....	92
<b>4.5 A DELAÇÃO PREMIADA EM PORTUGAL</b> .....	99
<b>4.6 A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL E A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 13.964/2019</b> .....	107
<b>4.6.1 AS NOVAS REGRAS DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA</b> .....	111
<b>4.7 DELAÇÃO PREMIADA E PROVA NO PROCESSO PENAL – SISTEMA DE VALORAÇÃO E AS PROIBIÇÕES DE PROVA</b> .....	118
<b>4.7.1 AS PROIBIÇÕES DE PROVA E OS ACORDOS NEGOCIADOS DE SENTENÇA EM PORTUGAL</b> .....	122
<b>4.7.2 O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL</b> .....	124
<b>4.8 A OPERAÇÃO LAVA JATO E O DESVIRTUAMENTO DOS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E DA DELAÇÃO PREMIADA</b> .....	129
<b>CONCLUSÃO</b> .....	135
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	138
<b>Obras Citadas</b> .....	138
<b>Webliografia</b> .....	141
<b>Legislação Consultada</b> .....	146
<b>Jurisprudência e Pareceres</b> .....	150

## INTRODUÇÃO

Nem tão recente no ordenamento jurídico brasileiro, apenas com a superveniência da atual Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013)<sup>1</sup> o instituto da delação premiada ganhou força, ampla relevância midiática e aplicação massiva, especialmente no âmbito da chamada Operação Lava Jato<sup>2</sup>. Desde então, muito se tem discutido em relação ao seu conceito e natureza, consequências jurídicas, legalidade, correspondência com os princípios constitucionais e compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Como será visto, vários autores processualistas vêm se dedicando à abordagem do tema em seus manuais e livros, tratando de aspectos gerais, desde a origem do instituto até questões mais específicas, como, por exemplo, a aplicação prática da delação premiada no âmbito do combate ao crime organizado.

Academicamente, também se tem produzido diversos artigos, dissertações e teses que abordam assuntos pertinentes, direta ou indiretamente, ao tema em comento, tais como o garantismo penal e a estrita legalidade, a possível afronta aos direitos humanos, a aparente espetacularização do processo penal e os holofotes punitivistas daí decorrentes, o valor probatório, a validade e eficácia da delação, etc.

Ainda assim, estão longe de serem esgotados os vários aspectos que giram em torno do assunto, que vão desde a perspectiva do processo penal constitucional, do devido processo legal, da dignidade humana, do princípio da presunção de inocência, do direito de imagem, etc., até a perigosa correlação que pode haver entre outro instituto de natureza criminal, a prisão cautelar, e a delação premiada, uma vez que observa-se que prisões preventivas passaram a ser cada vez mais utilizadas com aparente desvio de finalidade, como

---

<sup>1</sup> 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 república do Brasil, Brasília, DF, de 3 de agosto de 2013.

<sup>2</sup> “A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais”. (Cf. em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 21 Abr. 2020).

forma de forçar acordos de delação, valendo-se, inclusive, do apelo midiático e de conceitos importados e adaptados ao ordenamento jurídico brasileiro, como mecanismos a serviço de um modelo aparentemente mais pautado pelo eficientismo penal.

Não se deve olvidar, outrossim, os impactos políticos, sociais e econômicos que isso tem causado – uma verdadeira quebra de paradigmas no direito penal e processual penal, que, no entanto, coloca à prova o próprio Estado Democrático de Direito e o sistema de garantias firmado na atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>3</sup> –, fato que vem chamando a atenção de vários países onde o instituto ainda é bastante incipiente, como é o caso, por exemplo, de Portugal, que pode tomar como base os resultados aqui alcançados.

Dito isso, a presente pesquisa trata de analisar, sobretudo, a possível relação existente entre a delação premiada e a prisão preventiva no direito processual penal brasileiro após a edição da Lei nº 12.850/2013 e, especialmente, no curso da Operação Lava Jato, notadamente no que diz respeito à suposta utilização constrangedora do cárcere a partir do desvirtuamento dos pressupostos processuais básicos para a concessão da medida.

Para tanto, mister se faz, inicialmente, compreender as bases do garantismo penal e sua relação com o Estado Democrático de Direito, analisando, dentre outras questões, a contribuição dada pelo pensamento jusfilosófico de Ferrajoli<sup>4</sup> às constituições modernas, especialmente na esfera dos direitos fundamentais, os quais, apesar de bastante prestigiados na Constituição Federal, têm sido cada vez mais confrontados por uma política intervencionista que se opõe ao direito penal mínimo.

Em razão disso, também será feita uma contraposição entre a corrente garantista e o que se convencionou chamar de eficientismo penal, bem como distinguir-se-á essa concepção criminológica da noção de eficiência no direito penal. Ademais, serão analisados, ainda, o papel garantista do Poder Judiciário e a própria figura do juiz das garantias – que,

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal. Brasília: [s.n.], 1988.

<sup>4</sup> Autor de uma das mais importantes obras jurídicas das últimas décadas, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, defende fundamentalmente as bases da teoria do garantismo penal em seu livro “*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*”, lançado em 1989, por meio da qual discute de forma crítica o sistema penal e processual penal, partindo de uma perspectiva, ao mesmo tempo, jurídica, filosófica, histórica e política a respeito de temas sensíveis como, por exemplo, o poder de punir e julgar do Estado. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002).

vale frisar, apenas recentemente foi introduzida no direito brasileiro, estando presente, entretanto, no âmbito do ordenamento jurídico de Portugal há bem mais tempo.

Em seguida, será avaliado, sob a perspectiva da mediatização da punição, o possível papel da mídia, no ambiente democrático, para a formação da opinião pública em relação a temas sensíveis, como o combate à corrupção, por exemplo, o que, no caso da experiência brasileira com a Lava Jato, pode ter, inclusive, contribuído para que diversas prisões e delações premiadas prosperassem, muitas vezes ao arrepio da lei e por meio da propagação de um discurso hostil, que, ao mesmo tempo em que fomentou à execração pública de investigados e processados, pode ter promovido a imagem de agentes públicos envolvidos na perseguição penal.

Também o instituto jurídico da prisão constituirá objeto de discussão, partindo primeiramente de um ponto de vista histórico e de sua aplicação, tanto em Portugal quanto no Brasil, para logo na sequência ser feita uma abordagem em relação às espécies de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com especial destaque às de natureza cautelar, dentre as quais a prisão preventiva, cujos pressupostos serão minuciosamente analisados, inclusive comparativamente com normas processuais equivalentes existentes no direito processual penal lusitano.

Outrossim, abordar-se-á a temática referente à delação premiada, buscando, por primeiro, conceituá-la e contextualizá-la historicamente, avançando, logo em seguida, aos aspectos mais controversos em torno da questão, tais como sua perspectiva a partir do Direito Constitucional e do estudo da ética e da moral, bem como do seu possível liame com a tortura, que, apesar de remontar às práticas medievais abjetas, parece ainda hoje deixar resquícios na aplicação prática do instituto, especialmente quando associado à prisões preventivas assentadas numa concepção desvirtuada acerca dos pressupostos legais contidos no Código de Processo Penal (CPP)<sup>5</sup>.

Por fim, será avaliada, ainda por ocasião do estudo do instituto em questão, a ocorrência, embora ainda incipiente, da delação premiada no ordenamento jurídico português, assim como também a sua aplicação no Brasil, especialmente após as recentes

---

<sup>5</sup> Tais pressupostos estão previstos no art. 312 do CPP, cuja redação mais recente prevê que “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.” (Cf. em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)).

reformas que incidiram sobre a legislação penal e processual penal, que tiveram importantes repercussões no âmbito da delação premiada, muito em decorrência, aliás, dos abusos que foram cometidos durante a já mencionada operação e que, por isso, merecem ser estudados de forma pormenorizada e, sempre que possível, em contraste com as decisões e entendimentos que lhes deram causa.

Diante da perspectiva apresentada, a pesquisa se propõe, a partir de uma metodologia baseada, sempre que possível, na abordagem comparativa dos conceitos, normas e institutos em relação aos correspondentes no direito português, assim como na pesquisa e análise de decisões, representações e pareceres – especialmente aqueles resultantes da Operação Lava Jato –, a avaliar a aplicação do instituto da delação premiada no Brasil, notadamente no que diz respeito à possível interpretação *contra legem* (e contra o réu) de normas legais do direito pátrio no embasamento de prisões preventivas, valendo-se para tanto, inclusive, do apelo midiático destinado a conquistar o apoio da opinião pública.

Tais fatores, como será visto, podem colocar em risco o próprio sistema criminal brasileiro e o Estado Democrático de Direito, sob a equivocada justificativa de que os fins justificam os meios, razão porque avulta em importância a presente pesquisa, ainda incipiente em vários países que vêm flertando com o instituto da delação premiada e que podem ter, no exemplo brasileiro, uma boa medida do que vale ou não replicar.

Deve-se ressaltar, finalmente, que, apesar da legislação brasileira ter optado pela terminologia “colaboração premiada”, em vez de “delação premiada”, ao se referir ao acordo firmado com a parte investigada ou processada – o que inclusive pode ocultar um caráter eufêmico da expressão –, optou-se por utilizar, na presente pesquisa, a segunda locução, tanto pelo seu uso corrente no Brasil quanto porque, tecnicamente, as expressões não devem ser interpretadas como sinônimas, conforme os argumentos que serão apresentados mais adiante. Ademais, também é importante observar que, mesmo em Portugal, não há uma padronização terminológica em relação ao assunto, falando-se, indistintamente, em termos de “direito premial”, “justiça penal negociada”, “acordos sobre sentença”, etc.

## CAPÍTULO 1 - GARANTISMO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De grande importância para o pensamento jurídico contemporâneo, a teoria do garantismo penal pode ser compreendida como um conjunto doutrinário bastante amplo que busca resgatar a prevalência dos direitos fundamentais (universais) do homem em face do poder do Estado, limitando-o e controlando o seu intervencionismo<sup>6</sup>.

Ao propor uma definição teórica – ou como ele próprio sugere, puramente formal ou estrutural – a respeito do conceito de direitos fundamentais, Ferrajoli<sup>7</sup> assevera que esses são:

*(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidade de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de ésta.*

Importante o registro inicial de que a palavra garantismo apenas recentemente – do ponto de vista da história do direito – passou a fazer parte de nosso vocabulário jurídico, tendo sido introduzida no âmbito do Direito Penal da Itália, por exemplo, em meados da década de 1970, sendo necessário, entretanto, inferir que sua compreensão já desde aquela época também podia ser estendida ao sistema de garantias dos direitos fundamentais como um todo.

Também é necessário compreender que, de um modo geral, quando se fala em garantismo, conforme anota Cademartori<sup>8</sup>, “pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos”.

---

<sup>6</sup> Garantismo, de acordo com essa concepção, “(...) significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 271).

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: La ley Del más débil*. 1ª ed. 1999. Trad. IBÁÑES, Andrés Perfecto e GREPPI, Andrea. Madrid: Trota, 2004, p.37.

<sup>8</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 124.

É imperativo, ademais, que o garantismo seja compreendido como um conjunto de ideias contemporâneas à própria concepção moderna de Estado Democrático de Direito<sup>9</sup>, na medida em que também corresponde a uma contraposição em face dos mecanismos repressivos do Estado, especialmente após o fim dos regimes antidemocráticos que prevaleceram em países como o Brasil, quando entrou em processo de crise o discurso intervencionista vigente até então<sup>10</sup>.

A propósito disso, é necessário destacar que:

No Brasil, da mesma maneira como ocorreu na Argentina, na Colômbia, no México, o garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das novas cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo aqueles de liberdade, contra as arbitrariedades do Estado.<sup>11</sup>

Além do exposto, e conforme já suscitado, é certo afirmar que o garantismo jurídico de Ferrajoli não está restrito apenas ao campo do Direito Penal, sendo muito mais ampla a discussão que ele busca promover na esfera dos direitos das democracias constitucionais modernas, assumindo relevância, conforme destaca Trindade<sup>12</sup>, “em relação ao modelo do Estado constitucional, à concretização dos direitos fundamentais e à própria consolidação dos regimes democráticos”.

É, no entanto, nas esferas penal e processual penal que a teoria adquire maior relevo, justamente por serem esses os ramos do Direito que mais repercutem no âmbito dos direitos fundamentais<sup>13</sup>, uma vez que atingem, de forma mais evidente, os principais aspectos relacionados à dignidade humana, em especial o direito de liberdade.

---

<sup>9</sup> “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas reunir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar o Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 121).

<sup>10</sup> VALLE, Juliano Keller do; GARCIA, Marcos Leite. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli?. *Rev. De Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v.3, n.2, p. 181-197. Maranhão: Jul/Dez. 2017, p.183.

<sup>11</sup> TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v.5, n.1, Franca: 2012, p. 6.

<sup>12</sup> TRINDADE, André Karam Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política, p. 6.

<sup>13</sup> Aduz Ferrajoli que esses direitos fundamentais, equivalem a vínculos substanciais (e não de forma) que condicionam a validade substancial das normas produzidas pelo Estado e, ao mesmo tempo, expressam os fins

Conforme assevera Morais da Rosa<sup>14</sup>, é importante observar que, apesar do garantismo jurídico ter sua origem a partir de uma reflexão crítica do Direito Penal, foi necessário, para que houvesse consistência em sua análise, que se estabelecesse uma sólida Teoria do Direito, a qual foi elaborada por Ferrajoli com base em quatro planos diferentes em relação ao modelo positivista clássico, a destacar como sendo o plano da teoria do direito, o plano da teoria política, o plano da teoria da interpretação e aplicação da lei e o plano da metateoria do direito, como a seguir descrito:

*(...) el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.<sup>15</sup>*

Pretendeu-se, partindo-se da teoria do garantismo daí decorrente, legitimar o Estado Democrático de Direito muito além da mera democracia formal, de modo que alcançasse uma dimensão mais substancial (material) na consecução dos direitos fundamentais, que, mais uma vez com esteio no escólio de Morais da Rosa, “devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais”<sup>16</sup>.

Como se ver, a teoria garantista foi idealizada com base na supremacia da dignidade da pessoa humana e na preservação dos direitos fundamentais, de modo a impor ao Estado Democrático de Direito a garantia de sua defesa e o reconhecimento não só formal mas

---

que orientam o Estado Constitucional de Direito. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley Del más débil*, p. 22).

<sup>14</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no Processo Penal como Bricolage de significantes*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 93.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley Del más débil*, p. 20.

<sup>16</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no Processo Penal como Bricolage de significantes*, p. 93.

também material da “subordinação de leis inferiores ao texto constitucional positivado, bem como a indiscriminada sujeição do Estado, sob pena de sua total deslegitimação”<sup>17</sup>.

## **1.1 GARANTISMO NAS CONSTITUIÇÕES MODERNAS E O DIREITO PENAL MÍNIMO NO BRASIL**

Especialmente a partir da década de 1970, com a derrocada de vários regimes autoritários existentes em países como Portugal, Espanha e Brasil, por exemplo, a teoria do garantismo penal, bastante em voga à época, ganhou espaço nas Cartas constitucionais que emergiram a partir de então, buscando suplantar o discurso transgressor dos direitos fundamentais que era predominante.

A queda desses antigos regimes autoritários, como bem adverte Polippo<sup>18</sup>, deixou evidente que o velho Estado de Direito não garantia a qualidade da democracia contra a degeneração do poder político, tendo sido necessário, por esse motivo, o surgimento do Estado Constitucional de Direito, firmado na redescoberta do valor da Constituição como um sistema de “metaregras”, na acepção cunhada por Ferrajoli<sup>19</sup>, em relação às regras mesmas da democracia política, impostas, inclusive, aos titulares dos poderes públicos, ainda que majoritários.

Não por outro motivo, Vale<sup>20</sup> assevera que:

(...) a marcha pela constitucionalização e prevalência dos Direitos Fundamentais foi enveredada para a seara da identificação de que os débeis, os mais fragilizados economicamente, as minorias sociais, em geral advindas de uma casta inferior, eram, de fato, os mais atingidos por aquele mecanismo repressivo estatal, e que, por esse motivo, era necessário o resgate de garantias formais e, sobretudo, materiais indelevelmente incrustadas na gênese daquele ressurgido Estado Democrático de Direito, necessárias para o seu (re) equilíbrio.

Isso não significa, ainda segundo o autor, uma total negação da legitimidade do poder punitivo, de acepção eminentemente abolicionista, havendo a necessidade de conciliar as discussões em torno do garantismo penal e do caráter preventivo da intervenção penal estatal, razão porque a teoria do direito penal mínimo veio a calhar perfeitamente com o

---

<sup>17</sup> VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALE, Itajaí, 2007, p. 7.

<sup>18</sup> POLIPPO, Micheli. O papel da função judicial no estado de direito conforme Ferrajoli. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre 2009, p.242.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 693.

<sup>20</sup> VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*, p. 25.

ideal proposto, na medida em que “o discurso de um novo modelo de Direito Penal, balizado pelos novos ventos democráticos, passou a ser a “caixa de ressonância” da sociedade, redundando em seu expreso reconhecimento e relevância (...)”<sup>21</sup>.

Zaffaroni<sup>22</sup>, por sua vez, destaca que os princípios do direito penal mínimo possuem importante papel na contenção do sistema penal e da violência decorrente do exercício de seu poder, pautando-se, para tanto, em uma ética baseada na valorização da vida e na reconstrução das garantias fundamentais, com base em um direito humanitário para conseguir superar o discurso jurídico-penal preponderante.

Por esse ponto de vista, a intervenção mínima deve ser encarada como a principal estratégia de resposta à deslegitimação do sistema penal, sendo o direito penal mínimo, inquestionavelmente, “uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça”<sup>23</sup>.

Acontece, entretanto, que, mesmo em uma Constituição como a de 1988, que em sua essência inaugurou um típico Estado Democrático de Direito no Brasil – em contraposição ao modelo autoritário anterior, de viés extremamente intervencionista –, e ainda que se possa intuir que de fato houve uma forte influência da teoria garantista e do princípio da intervenção penal mínima na elaboração desse documento fundamental, não se pode afirmar, a despeito disso, que tais influências foram plenamente respeitadas e cumpridas, sendo forçoso, pelo contrário, reconhecer que houve, logo na sequência da promulgação da referida Carta – e continua havendo desde então –, uma verdadeira flexibilização do conjunto de valores que lhe serviram de inspiração.

Necessária a advertência, portanto, de que, apesar da Constituição brasileira ter sido ditada por aspirações humanistas e liberais, os avanços por ela conquistados deram espaço de forma progressiva à admissão de maliciosos mecanismos e tipos penais porosos, tais

---

<sup>21</sup> VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*, p. 26.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p.106.

como os crimes hediondos<sup>24</sup>, os tipos imprescritíveis e a outorga praticamente sem limites de poderes ao legislador infraconstitucional para criminalizar condutas e cominar penas<sup>25</sup>.

Vale destacar, por oportuno, as lições de Franco<sup>26</sup> a respeito dessas infiltrações no ordenamento jurídico superveniente à promulgação da Constituição Federal do Brasil, que, segundo ele, correspondem a “verdadeiros ovos de serpente” que ameaçam “o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal ou uma função puramente promocional ou uma função meramente simbólica”.

Desse modo, é plausível assegurar que:

O clima político-ideológico, que havia influído poderosamente sobre o posicionamento do legislador constituinte, encontrou consistente reforço nos atos criminosos dirigidos contra segmentos privilegiados da sociedade brasileira. Menos de dois anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma orquestrada atuação dos meios de comunicação social, formulava a Lei 8.072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que de realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como conseqüências imediatas a dramatização da violência e sua politização.<sup>27</sup>

Como se percebe, o contexto sócio-político do início dos anos 1990, apesar da recém-aprovada Constituição, favoreceu o surgimento de diplomas legais bastante rigorosos, a partir dos quais passou a haver a mudança de um polo discursivo baseado no direito penal mínimo para outro nitidamente inspirado no modelo norte-americano de combate à violência urbana, que, por sua vez, pregava um endurecimento legal aos movimentos sociais de direitos civis a partir, por exemplo, da criação de uma cultura do medo e com suporte em um forte apelo midiático.

---

<sup>24</sup> A palavra “hediondo”, que etimologicamente significa “fedorento, fétido, malcheiroso”, adquiriu, figurativamente, “(...) três sentidos: 1º. Repugnante, repulsivo, nojento (que evoca seu odor etimológico); 2º. Pavoroso, medonho, horrendo; 3º. Abjeto, depravado, vicioso. Os dois primeiros sentidos exprimem uma reação subjetiva perante o objeto hediondo, de aversão no primeiro e de receio no segundo: dessa forma, não exprimem propriamente uma condição ou qualidade do objeto, senão os sentimentos que ele desperta, inconstantes, mutáveis e dependentes de determinações históricas concretas. É evidente que ambos devem ser abandonados, porque nem mesmo um funcionalista embriagado concordaria em extrair o conteúdo da ilicitude de um tipo legal de reações e sentimentos de terceiros. O terceiro sentido contém uma reprovação moral, que pode incidir sobre elementos tão díspares quanto o meio empregado ou a qualificação do dano”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 322 e 323).

<sup>25</sup> VALLE, Juliano Keller do; GARCIA, Marcos Leite. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli?, p.185.

<sup>26</sup> FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da mínima intervenção ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 2. Abr/Jun. Coimbra: 1996, pp. 175-187.

<sup>27</sup> FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da mínima intervenção ao princípio da máxima intervenção.

Abordando uma perspectiva semelhante, Zackseski e Duarte<sup>28</sup> atribuem essa (nova) agenda política ao debate em torno da questão da segurança pública que se consolidou nos anos 1990, com especial influência da política estadunidense intitulada de “Tolerância Zero”, figurando a lei de crimes hediondos como uma clara evidência da radicalização da resposta repressiva em relação àqueles delitos que assim foram classificados em razão das reações repulsivas que provocavam.

Ainda sobre o assunto, vale o destaque em relação à própria delação premiada, instituto que se pretende analisar no presente estudo e que tem suscitado intensas críticas desde que foi formalmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da supracitada lei (artigos 7º e 8º)<sup>29</sup> e de outras que emergiram posteriormente, tendo atingido o seu ápice com a Lei 12.850/2013, que trata do combate ao crime organizado no Brasil.

Não menos importante, é preciso que se compreenda que esse novo viés intervencionista também foi em grande medida favorecido pela globalização e avanço tecnológico experimentados nas últimas décadas, uma vez que, apesar dos inquestionáveis aspectos positivos que acarretaram para a sociedade, também proporcionaram riscos e desafios de dimensões ainda pouco calculadas, representados pela criminalidade crescente e cada vez mais organizada e transnacional, cujos tentáculos em certos aspectos atingem, inclusive, os mais altos escalões do poder político e econômico.

Não por outra razão, é possível concluir que foi esse contexto que possibilitou que o modelo penal garantista, ainda incipiente, fosse paulatinamente superado por uma “legitimação discursiva que pretende atribuir ao poder punitivo a função manifesta de prevenção geral positiva”<sup>30</sup>, desvinculando, cada vez mais, a pena da função protetora de bens jurídicos e comprometendo sobremaneira o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>28</sup> ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e efficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI UFU*. Universidade Federal de Uberlândia (Org.) 21ª ed. pp. 7112-7143. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.7113.

<sup>29</sup> Art. 7º (...)

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 8º (...)

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p.121.

É essa, aliás, a opinião de Valle<sup>31</sup>, que, ao discorrer sobre o açoitamento sofrido pelo aparato garantidor e interventor mínimo estatal por parte nos novos paradigmas que passaram, como se viu, a valorizar sobremaneira a prevenção penal positiva, conclui que “Passou-se, então, gradativamente, à obtenção de um “novo” justificante social: de que através da prevenção penal positiva e o uso simbólico do Direito Penal, se conseguiria a total obediência às normas penais”.

Para dar legitimidade a esses ditos “novos paradigmas”, conforme se depreende do que foi apresentado, fez-se ampla utilização do apelo midiático para conquistar a opinião pública e, não é demais frisar, dicotomizar o direito penal por meio da formulação de uma lógica que expõe mocinhos e bandidos, em que “heróis e vilões são eleitos para atender a interesses momentâneos de um enredo em que a lei importa pouco, diante da sustentação da lógica maniqueísta e binária que impede a reflexão crítica”<sup>32</sup>.

## 1.2 EFICIENTISMO PENAL E GARANTISMO JURÍDICO

Contemporaneamente, como se percebe, existem duas principais tendências em matéria de política criminal, que, pelo menos desde o final do Século XX, têm dividido espaço no panorama de discussões atinentes a diversos sistemas de justiça penal no mundo, sendo que, enquanto o modelo garantista é comumente caracterizado pela defesa dos direitos humanos e vinculado ao sistema criminal prevalecente na Europa, o efficientismo penal, que ora se pretende abordar, é mais frequentemente associado a uma espécie de guerra contra o crime, que, como foi analisado, possui forte tradição no direito norte-americano<sup>33</sup>.

Importante salientar que essas duas vertentes, ainda que seja possível cogitar-se uma proposição dialética entre elas, contrastam bastante entre si, colocando em evidente oposição de ideias a defesa de garantias individuais e o controle efficientista no Direito Penal – que não se deve confundir, como será visto mais à frente, com o propósito sempre almejado da eficiência –, uma vez que políticas criminais autoritárias frequentemente têm sido introduzidas em diversos ordenamentos jurídicos em detrimento das finalidades próprias dos Estados Democráticos de Direito.

---

<sup>31</sup> VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*, p. 27.

<sup>32</sup> CASARA, Rubens Roberto Rebello. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Agosto 2016, vol. 24, nº 122, p. 309.

<sup>33</sup> ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e efficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana, p.7113.

Faz-se necessário também esclarecer que a alusão ao recurso beligerante ao se fazer menção ao eficientismo é bastante pertinente, uma vez que, por mais contraditório que possa parecer, “*El pacto propio de la modernidade, el derecho moderno y sus Constituciones están ligados al intento de contener la guerra, de civilizar y someter a reglas institucionales los conflictos políticos y sociales*”<sup>34</sup>, pois o objetivo central do Estado deve ser justamente a promoção da segurança dos seus cidadãos, inclusive por meio do monopólio legítimo do uso da força. Entretanto, essa violência que o Estado moderno pretende conter é, muitas vezes, apenas ocultada, “*excluyendo del pacto los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdade y la violencia estructural em la sociedade*”<sup>35</sup>.

Feitas essas observações e com espeque nos ensinamentos de Baratta<sup>36</sup>, tem-se que o termo eficientismo penal designa, atualmente, uma forma de perversão muito difusa em países da Europa e das Américas, ou seja, em países cujas Constituições contêm os princípios do Estado social de direito e do direito penal liberal, em que a lógica eficientista corresponde a uma nova variante do Direito Penal de emergência, segundo a qual o direito penal “*deja de ser subsidiário, de constituir la última ratio de acordo com la concépcion liberal clásica y se convierte en la prima ratio, una panacea ilusória con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales*”, de modo que acaba se transformando em um instrumento ao mesmo tempo repressivo e simbólico.

Não é demais afirmar, dessa vez com base no escólio de Moccia<sup>37</sup>, que o eficientismo penal corresponde à uma lógica de desmonte do Estado de bem-estar, sendo resultante da implementação de políticas econômicas que contribuem para o quadro de exclusão social. Por meio desse modelo, afinal, busca-se fornecer, a qualquer custo e de forma cada vez mais recrudescente, uma resposta punitiva que seja rápida e eficaz, ainda que em detrimento da legalidade constitucional e do bom funcionamento e da legitimação dos órgãos judiciais.

---

<sup>34</sup> BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In BARATTA, Alesandro. *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 175. (O texto original, de onde foi extraído o trecho referenciado, corresponde a uma adaptação do artigo publicado pelo autor no ano de 1998, na “Revista de Ciencias Penales”, na cidade de Montevideu-Uruguai, e traduzido do italiano por Marianela Pérez Lugo e Patricia Chiantera).

<sup>35</sup> BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social, p.176.

<sup>36</sup> BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social, p.179.

<sup>37</sup> MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara; MELIÁ, Manuel Cancio (Orgs.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.2, pp. 299-320. Madrid: Edisofer, 2006, pp. 304-305.

Outro importante aspecto a ser discutido em relação ao assunto é que, como se pode depreender, o eficientismo penal está fortemente ligado a uma teoria penal mais tradicional e ainda bastante influenciada pelo Paradigma Etiológico<sup>38</sup>, por meio da qual se faz uma “aposta na prevenção de crimes pela ação dos mecanismos formais de controle social”<sup>39</sup>, podendo-se dizer, além disso, que, sendo fruto de uma orientação criminológica mais positivista, também está relacionado ao chamado direito penal máximo, no sentido de que pretende proporcionar uma eficácia absoluta ao Direito Penal e uma maior efetividade ao controle social, através da busca de uma certeza que possibilite, conforme esclarece Ferrajoli<sup>40</sup>, “que nenhum culpado fique impune”, mesmo que “à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”.

É indispensável, além disso, especial atenção na abordagem dessa perspectiva, uma vez que o jusfilósofo italiano se contrapõe a essa ideia enfatizando que, de modo contrário, a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está justamente em que nenhum inocente seja punido, ainda que à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune<sup>41</sup>. Assim, os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas a elas, como sugere o próprio autor, refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.

Sem embargo do que foi dito, e mais uma vez recorrendo aos ensinamentos de Baratta<sup>42</sup>, é possível afirmar que o eficientismo penal não seria um mal tão grave se fosse apenas um problema de aprendizagem – partindo da ideia de que o modelo tenta ser mais eficaz apenas aumentando a intensidade da reação criminal, ao invés de buscar uma outra resposta. Na opinião do autor, a questão envolve, sobretudo, um problema de atitude e, como

---

<sup>38</sup> Corresponde à criminologia tradicional ou positivista, que prevaleceu do Século XIX até meados da década de 1960 do Século XX, sendo focada principalmente em investigar as causas da criminalidade segundo um método científico ou experimental e com base em estatísticas, prevendo, dentre outras coisas, remédios para combater as causas dos crimes.

<sup>39</sup> ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana, p.7114.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p.84.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 85.

<sup>42</sup> BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la politica criminal y el pacto social, p.181.

tal, não é apenas um sintoma, mas parte integrante da crise social e política e dos processos de comunicação social que o acompanham.

Assim, o que está em jogo não é apenas a percepção do direito penal por políticos, juristas e opinião pública, mas a maneira de perceber os conflitos sociais de um modo geral. Isso fica mais evidente ao se examinar as distorções típicas que caracterizam a falsa percepção que dá embasamento ao efficientismo penal, que *“No son más que articulaciones diferentes de aquello que podríamos denominar criminalización de los conflictos, o sea, la lectura de los conflictos en el código binario crimen/pena”*<sup>43</sup>.

### **1.2.1 EFICIENTISMO E EFICIÊNCIA NO DIREITO PENAL**

Como foi aventado, o efficientismo penal em nada se confunde com o princípio da eficiência, uma vez que, enquanto modelo de política criminal, busca apenas tornar mais rápida e eficaz a resposta punitiva por meio da supressão de garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal e positivadas nas constituições e convenções internacionais.

Conforme anota Santos<sup>44</sup>, a razão efficientista representa claramente um desvirtuamento das finalidades do sistema punitivo, uma vez que, em vez de perseguir objetivos legítimos e conformes com aqueles preconizados pelo Estado de Direito, se fundamenta na lógica simplista de que “os fins justificam os meios”, significando até mesmo que direitos e garantias podem ser sacrificados em prol de uma busca incessante por condenações criminais.

Verifica-se, entretanto, que, quando esse tipo de violação ocorre, não se pode considerar que o sistema criminal está sendo eficiente, pois o respeito aos direitos e garantias fundamentais constitui uma das principais finalidades do Direito Penal.

Assim, percebe-se que o efficientismo penal não é compatível com o Estado de Direito justamente pelo fato de não considerar que os parâmetros para mensurar a eficiência do sistema punitivo devem levar em conta o respeito a esses preceitos. O critério da eficiência,

---

<sup>43</sup> BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social, p. 181

<sup>44</sup> SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da possibilidade de utilização do critério da eficiência no Direito Penal. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. vol. 15, n.87, Ago./Set. 2014, pp. 22-45. Porto Alegre: Síntese, 2014, p. 32.

entretanto, se mostra plenamente conciliável com o modelo garantista, devendo ser utilizado para o aperfeiçoamento do Direito Penal desde que em seu cálculo se leve em consideração a obediência às garantias penais<sup>45</sup>.

Ao tratar da questão relacionada ao aparente conflito existente entre a tutela de direitos fundamentais e a eficiência do poder punitivo estatal, Baltazar Junior<sup>46</sup> assevera que a resposta a ser dada aos desafios da criminalidade contemporânea passa, necessariamente, por uma questão de escolha de qual política criminal se deve adotar, haja vista que:

(...) o ponto de equilíbrio entre as necessidades de uma persecução criminal minimamente eficiente e o respeito aos direitos fundamentais não pode ser extraída, sem mais, do texto constitucional, cabendo a tarefa de dar a resposta adequada em primeira linha, ao legislador, e, posteriormente, também ao Poder Judiciário, que também é destinatário do dever de proteção dos direitos fundamentais.

Abordando o assunto sob a perspectiva da análise do combate ao crime organizado, tema que guarda especial pertinência com o presente estudo, Fernandes<sup>47</sup> assevera que o estudo da eficiência pode ser efetuado, de maneira global, em face do conjunto das normas processuais que o regulam. De acordo com esse escólio, uma vez fixada a ideia de que não se compreende eficiência sem observância das garantias constitucionais, essas normas somente poderão ser consideradas eficientes “se permitirem repressão ao crime organizado com respeito ao núcleo essencial de garantias, por meio do qual se garantem a imparcialidade do juiz, a ampla defesa e o contraditório”.

Vale também a ressalva feita por Baltazar Junior<sup>48</sup> ao tratar da aparente tensão entre o poder punitivo e os direitos fundamentais, os quais, segundo ele, não são absolutos, sendo inerente à vida em sociedade a necessidade de restrições, limitações ou intervenções, o que é amplamente admitido, até mesmo pela necessidade de compatibilizar o exercício dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, com o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na busca da

---

<sup>45</sup> SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da possibilidade de utilização do critério da eficiência no Direito Penal, p. 32.

<sup>46</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

<sup>47</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Maurício Zanóide de (Coords.). *Crime Organizado: Aspectos Processuais*. São Paulo: RT, 2009, p.11.

<sup>48</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*, p.35.

concordância prática, que tenciona fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto ótimo possível de eficácia.

É necessário, por fim, que se compreenda, na linha exposta por Santos<sup>49</sup>, que essa tentativa de relacionar o Direito Penal com o critério da eficiência, como acima foi feito, por mais que à primeira vista pareça incompatível em virtude da compreensão ética que se tem desse ramo do direito – que considera inadequada qualquer análise a partir de critérios econômicos para o alcance de seus fins –, é perfeitamente admissível sob a ótica consequentialista, mais preocupada com a utilidade social da intervenção penal. A própria dogmática penal, de acordo com o autor, já apresenta esses critérios de eficiência, ainda que isso muitas vezes passe despercebido.

### 1.3 O PAPEL GARANTISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Zaffaroni<sup>50</sup>, ao discorrer sobre as contradições existentes no discurso jurídico-penal liberal e na própria ideologia dos Direitos Humanos, destaca que as garantias penais exercem importante papel limitador da violência do sistema penal, não devendo ser vistas como meros princípios – que supostamente são respeitados, mas que na realidade prática acabam sendo violados.

Para o autor, o Poder Judiciário – por ele chamado genericamente de agência judicial<sup>51</sup> – possui importante papel na contenção e redução do poder punitivo do Estado, notadamente o que provém das demais agências envolvidas tanto na criminalização primária (agências políticas) quanto na secundária (agências policiais, acusatórias, penitenciárias etc), devendo as decisões judiciais buscar estender, ao máximo, as possibilidades de realização das garantias penais, tendo em vista não só o seu dinamismo como também o cumprimento de sua função de tutela efetiva da dignidade da pessoa humana<sup>52</sup>. Assim sendo:

---

<sup>49</sup> SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da possibilidade de utilização do critério da eficiência no Direito Penal, p.22.

<sup>50</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 234.

<sup>51</sup> “A referência aos entes gestores da criminalização como *agências* tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos (tais como corporações, burocracias, instituições etc. *Agência* (do latim *agens*, participio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de *entes ativos* (que atuam).” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p.43).

<sup>52</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 235.

As garantias que a agência judicial deve oferecer (garantias penais) significam o máximo de realização que pode alcançar em seu exercício de poder (...)  
O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade destas violações, operando internamente em nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios.<sup>53</sup>

Percebe-se aí o compromisso que se deve exigir das agências judiciais ao exercerem seu poder, uma vez que devem tomar decisões com base numa regra dualística que Zaffaroni denomina de “*mínima violação/máxima realização*” dos princípios garantidores da pena, os quais servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício do sistema penal, conforme já foi mencionado, “configurando deste modo um “padrão” – provisório, por ser progressivo e “aberto”, ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor)”<sup>54</sup>.

Sem essa contenção jurídica (judicial), vale dizer, o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o Estado de Direito e a própria República<sup>55</sup>.

Ferrajoli<sup>56</sup>, por sua vez, assegura que a função garantista do juiz em uma democracia deve ocorrer pela sua sujeição à lei – não apenas em razão de sua mera existência formal, mas, principalmente, em face da estrita legalidade da norma em função da Constituição, que, como se afirmou antes, deve ser o seu parâmetro de validade tanto formal quanto material.

Dessa maneira, conclui-se que a vinculação do Poder Judiciário em um Estado constitucional de Direito deve se dar em relação à própria Constituição, pois nela estão incorporados os direitos fundamentais que devem ser garantidos a todos, indistintamente.

Dessa forma, tem se que:

*En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. (...)*

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p.235.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p.236.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. *Direito Penal Brasileiro I*, p.40.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*, pp. 25-28.

*En esta sujeición del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría.<sup>57</sup>*

Ademais, em razão da teoria garantista, é de se intuir a perda de força do argumento de que a legitimação do Poder Judiciário está relacionada apenas ao dogma da separação de poderes, sendo forçoso concluir que, de modo contrário, essa legitimidade reside justamente nos vínculos impostos à função judicial pela lei em garantia de seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos dos cidadãos<sup>58</sup>, daí decorrendo, a propósito, o poder-dever concedido aos juízes para fazer o controle em face da Constituição e de atuarem como verdadeiros garantidores dos direitos fundamentais.

Por essa perspectiva, a jurisdição assume importante papel na defesa da legalidade contra a criminalidade do poder, correspondente à própria defesa do princípio do Estado de Direito, pela sujeição à lei por parte de todos os poderes públicos – o que constitui, de acordo com o que foi dito, a premissa essencial da democracia –, assim como também exerce um limite à própria democracia política, enquanto manifestação da maioria:

*Sin embargo, si entendemos la democracia también en el segundo sentido antes mencionado —en la dimensión que podemos denominar constitucional o «sustancial», referente no a quién está capacitado para decidir (la mayoría), sino a qué no es lícito decidir (o no decidir) por parte de la mayoría, o incluso en la unanimidad— estos cambios de paradigma proporcionaron un fundamento nuevo para el papel del juez, «democrático» en este segundo sentido, no antitético sino complementario al de la democracia política.<sup>59</sup>*

Para Ferrajoli, o Judiciário não seria exatamente um órgão do aparato estatal, mas sim um contrapoder, no sentido de que ele é responsável pelo controle da legalidade de atos inválidos e ilegais, assim como sobre eventuais danos aos direitos dos cidadãos, motivo porque não deve manter nenhuma relação de dependência, direta ou indireta, com outro poder:

*El juez no es precisamente un órgano del aparato de Estado. Respecto de los demás poderes del Estado, el juez es, si acaso, un **contrapoder**, en el doble sentido de que es el encargado del control de la legalidad sobre actos inválidos y sobre actos ilícitos y, por lo tanto, sobre los daños, provengan de quien provengan, a los derechos de los ciudadanos. Desde luego para ejercer semejante papel, el juez no debe tener ninguna relación de dependencia, ni directa ni indirecta, con ningún*

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: La ley del más débil, p. 26.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 439.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *Revista del Tribunal del Poder Judicial de la Federación*. Justicia Electoral. n.18, pp. 23-30, México: 2003.

*otro poder. Debe ser, para abreviar, independiente tanto de poderes externos, como de poderes internos respecto del orden judicial.*<sup>60</sup>

A tarefa do juiz no sistema garantista, seguindo esse entendimento, é “*escoger sólo los significados válidos, o sea aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales que éstas establecen*”<sup>61</sup>.

Não obstante o que foi dito, é necessário consignar que esse cognitivismo típico do Poder Judicial, mesmo no modelo garantista é caracterizado por ser parcial e imperfeito, uma vez que, por mais avançado que seja o sistema, não é possível afastar totalmente o caráter discricionário que, conforme assegura Ferrajoli<sup>62</sup>, “sempre intervém na interpretação da lei, na valoração das provas, na conotação do fato e na determinação da extensão de pena”, não sendo o juiz a “*bouche de la loi* nem mesmo no seu modelo teórico e ideal; e muito menos o é na sua atuação prática, conferindo-lhe a lei espaços mais ou menos amplos de poder de disposição”.

Dito de outra forma, e ainda com base no escólio de Ferrajoli<sup>63</sup>, “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela”. Admitem-se, assim, espaços de poder específicos e, em parte, insuprimíveis da atividade judicial, correspondentes ao “poder de *indicação*, de interpretação ou de verificação jurídica; o poder de *comprovação probatória* ou de verificação fática; o poder de *conotação* ou de compreensão eqüitativa; o poder de *disposição* ou de valoração ético-política”.

Disso se depreende que:

(...) por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva. A *interpretação* da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho, p. 28.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho, p. 25.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 439.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 33.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 33.

Por esse raciocínio, percebe-se que a presença da discricionariedade também é um elemento inafastável mesmo quando se trata da teoria garantista, uma vez que, por mais apreço que se tenha à estrita legalidade, há que se levar em conta, conforme conclui Torres<sup>65</sup>, a existência de limites da interpretação na racionalidade jurídica e limites da indução na racionalidade probatória, isto é, ao caráter discutível da verdade jurídica e ao caráter probabilístico da verdade factual.

#### **1.4 O PACOTE ANTICRIME (Lei nº 13.964/2019)<sup>66</sup> E O JUIZ DAS GARANTIAS**

Recentemente aprovada, a Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, trata de diversas alterações promovidas nas legislações penal e processual penal do Brasil, sendo possível afirmar que o texto final, votado e aprovado pelas casas legislativas do Congresso Nacional, corresponde ao resultado da compilação e aprimoramento de algumas propostas que foram reunidas no projeto de lei que recebeu o nome de “Pacote Anticrime”<sup>67</sup>, cujo conteúdo original configurava em grande parte um forte recrudescimento penal e da política criminal adotada no país.

Apesar de terem sido aprovados pontos do referido pacote que claramente são discutíveis à luz de uma perspectiva garantista – especialmente no que diz respeito ao emergencialismo e simbolismo na abordagem do combate ao crime organizado, aos crimes violentos e à corrupção –, a referida lei não adentrou na seara de temas mais delicados, rejeitando-os, como fez em relação à *plea bargaining*<sup>68</sup>, ou minimizando seus efeitos, a exemplo da inclusão de novas modalidades de excludente de ilicitude<sup>69</sup>.

Mais que isso, o projeto aprovado trouxe aspectos que não constituíram objeto do texto principal ou, ainda que tenham sido, receberam tratamento diverso do inicialmente

---

<sup>65</sup> TORRES, Amanda Lobão. O garantismo de Luigi Ferrajoli e a discricionariedade judicial. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 20, n. 4400, 10 Jul. 2015.

<sup>66</sup> BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de Dezembro de 2019.

<sup>67</sup> O chamado Pacote Anticrime foi inicialmente apresentado pelo Governo Federal (Ministério da Justiça) à Câmara dos Deputados e protocolado como Projeto de Lei (PL) nº. 882/2019, tendo sido feita a compilação de textos originários de outras propostas, sendo votado, ao final, na forma do PL nº 10.372/2018, que foi convertido na Lei nº 13964, de 24 de Dezembro de 2019.

<sup>68</sup> Instituto com raízes na tradição de países da *comom law*, como os Estados Unidos, por exemplo, e que consiste na possibilidade de realização de acordo (barganha) oferecido pelo órgão de acusação ao réu, por meio do qual se transaciona uma pena mais branda em caso de confissão de crime.

<sup>69</sup> No texto final da lei, foi aprovada apenas a inclusão de um parágrafo único ao artigo 25 do Código Penal, acrescentando uma hipótese de legítima defesa em favor do agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de um crime.

proposto, como no caso da introdução formal da figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro ou da delação premiada, respectivamente.

Em relação ao tratamento dispensado pela referida lei ao tema delação premiada, por não ser o foco de discussão do presente tópico, vale apenas o breve registro de que foram promovidas significativas mudanças no texto da Lei nº 12.850/2013, as quais foram inseridas por meio do art. 14 do diploma em comento, a ser analisado oportunamente em outro capítulo.

O juiz das garantias, que, por sua vez, já era objeto de discussão no âmbito do projeto de reforma do Código de Processo Penal (PL nº 156/2009, do Senado Federal)<sup>70</sup>, passou a ser formalmente previsto na Lei nº 13.964/2019, contrariando a proposta inicial que deu forma ao “Pacote Anticrime”, a qual não fazia qualquer menção a tal figura, hoje responsável pelo “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”<sup>71</sup>.

Assim, a criação do juiz das garantias pretende suprir a crescente demanda em relação à necessidade de maior controle da parcialidade dos magistrados, especialmente no contexto sócio-político atual do Brasil, aparentemente sob forte influência de um ambiente de grande insegurança jurídica proporcionado, de um lado, por inúmeras operações midiáticas e delações premiadas obtidas no âmbito da operação Lava Jato, e, do outro lado, por um protagonismo frequentemente disfarçado de ativismo judicial.

Antes que se aborde o assunto, porém, é preciso entender que o processo penal no Brasil se baseia no modelo acusatório e, portanto, adota a figura do juiz imparcial. Entretanto, como o Código de Processo Penal, vigente desde 1941, trata-se de uma legislação aprovada durante um regime autoritário<sup>72</sup>, boa parte de seu conteúdo apresenta mais afinidade com o modelo inquisitivo, inclusive no que diz respeito à ideia que associa a imparcialidade apenas aos conceitos de impedimento e suspeição<sup>73</sup>, permitindo ao juiz uma atuação em momentos em que, de acordo com o sistema acusatório, não seria cabível.

---

<sup>70</sup> Encerrada a sua tramitação sob essa numeração, a proposta de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941), tramita hoje na Câmara dos Deputados por meio do PL nº 8045/2010.

<sup>71</sup> Cf. Art. 3º-B do CPP, com a redação dada pela lei 13.964/2019.

<sup>72</sup> O CPP em vigor atualmente no país foi aprovado durante a constância do chamado “Estado Novo” (1937-1945), que outorgou uma Constituição autoritária e de inspiração claramente fascista, sendo por isso chamada de “Polaca”, em razão da forte influência da Constituição da Polônia, que serviu de modelo para a brasileira.

<sup>73</sup> Cf. Art. 252 e 254, do CPP.

O artigo 156 do CPP<sup>74</sup>, por exemplo, ao acolher o princípio da busca da verdade real (ou substancial), institui, para o magistrado, poderes instrutórios típicos de um modelo inquisitivo, permitindo ao juiz a produção de provas *ex officio*, o que certamente pode exercer influência na parcialidade que dele se espera no curso do processo ou até mesmo antes de iniciada a ação.

Não é outro também o entendimento que se extrai do artigo 385 do mesmo código, ao estipular que “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. Tal dispositivo privilegia a mera pretensão punitiva no processo criminal, em detrimento dos propósitos garantistas que devem nortear a atuação judicial num Estado Constitucional de Direito.

Esses dois exemplos evidenciam que, apesar do sistema acusatório ter sido reverenciado pelo legislador constituinte e que, portanto, o processo penal deve ser compreendido à luz de suas premissas, faz-se necessária ao menos uma releitura de alguns institutos que compõem o CPP, a fim de que, a partir da adaptação do intérprete, sejam compatibilizados com a nova ótica constitucional, de modo que qualquer norma que sugira o modelo inquisitório seja tida como materialmente inconstitucional.

Também assim, uma simples compreensão axiológica, baseada na doutrina garantista, seria capaz de permitir o afastamento desses e de outros dispositivos que comprometem a percepção imparcial do juiz em face das causas que lhe são colocadas à apreciação, uma vez que, conforme se colhe dos ensinamentos de Lopes Junior<sup>75</sup>, “O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”, parecendo até mesmo um contrassenso se falar em juiz das garantias, quando a função de um juiz num Estado Democrático de Direito não é outra senão a de garantir o respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>74</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

<sup>75</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 113.

Apesar disso, a pretensão manifestada pelo legislador ao introduzir o juiz das garantias no processo penal brasileiro vai muito além dessa compreensão, uma vez que o que se busca é uma maior isenção da atuação judicial não só durante o processo propriamente dito, mas, também, na chamada fase pré-processual, evitando que o mesmo juiz que aí atua seja o responsável, ao final, por dizer o direito.

A propósito, isso tem especial relevância, uma vez que, conforme esclarece Cavalcanti<sup>76</sup>, “O sistema acusatório de processo penal, adotado em nossa Constituição e caracterizado pela separação entre as funções de acusar e julgar (...), retira o magistrado das funções persecutórias e, em consequência, resguarda-lhe a imparcialidade, que constitui nota fundamental do processo”.

A inovação pretendida pela lei, portanto, além de dar maior efetividade aos preceitos constitucionais relacionados à defesa das garantias fundamentais e à própria função jurisdicional, revela, na linha do que já vinha sendo discutido no âmbito do projeto de reforma do CPP, a “importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”<sup>77</sup>.

Nesse sentido, acredita-se que a instituição do juiz das garantias será capaz de contribuir para a modernização do sistema acusatório brasileiro, na mesma linha do que já é praticado em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo, quanto ao aspecto da imparcialidade que se espera do magistrado que atua na fase pré-processual, de modo a evitar tanto o punitivismo quanto a impunidade, que são duas realidades das quais o sistema acusatório e a própria lógica garantista buscam se distanciar.

---

<sup>76</sup> CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n.9, pp. 15-40. Recife: 2016, p.17.

<sup>77</sup> Brasil. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Hamilton Carvalhido (Coord.)/ Eugênio Pacelli de Oliveira (Rel.). Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado federal, 2009, p.16.

## 1.5 O JUIZ DE INSTRUÇÃO EM PORTUGAL

Em Portugal, a figura do juiz das garantias é personificada por meio do denominado “juiz de instrução”, que, seguindo tendência que vinha sendo adotada por vários ordenamentos jurídicos, inclusive o português<sup>78</sup>, recebeu previsão constitucional quando da promulgação da atual Constituição da República, que estabeleceu, em seu art. 32.º, n.º 4, o mandamento segundo o qual “Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais”.

Um pouco mais tarde, sob influência do modelo alemão, o juiz de instrução foi novamente prestigiado no âmbito das discussões que deram origem, em 1987, a um novo Código de Processo Penal<sup>79</sup>, de matriz nitidamente acusatória, tendo sido introduzida em seu art. 17.º a redação que, hoje, prevê a competência do juiz investido de tal função para proceder à “instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento (...)”<sup>80</sup>.

É só a partir de então que se pode falar, ao menos no âmbito do ordenamento jurídico português, em juiz de instrução, compreendido a partir de uma perspectiva verdadeiramente garantista, com atuação na fase pré-processual e voltado, essencialmente, à proteção dos direitos fundamentais e ao controle da legalidade da investigação criminal.

Esclareça-se, outrossim, que essa concepção normativa surgiu num contexto em que a investigação criminal passou a ganhar, cada vez mais, novos contornos, especialmente em razão da crescente sofisticação da criminalidade moderna e, em decorrência disso, das inovações referentes às técnicas de investigação, as quais, conforme aduz Lima<sup>81</sup>, podem ser tão ou mais capazes de ferir gravemente os direitos fundamentais. Tal aspecto, ainda de acordo com a autora, conduziu a uma inevitável processualização da fase de investigação, a

---

<sup>78</sup> Cf. Lei n.º 2/72, de 10 de Maio, e Decreto-lei n.º 343/72, de 30 de Agosto.

<sup>79</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Código de Processo Penal. Diário da República n.º 40/1987.

<sup>80</sup> Tal redação foi dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que procedeu à 15ª alteração do CPP de Portugal. O texto original do dispositivo estabelecia que “Compete ao juiz de instrução proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais relativas ao inquérito, nos termos prescritos neste Código”, sendo possível inferir que a intenção do legislador ao reformar o artigo objetivou ampliar o sentido do mandamento legal para além das competências jurisdicionais relativas ao inquérito criminal propriamente dito, visando, assim, expandir o sentido de proteção de direitos que a norma almeja alcançar.

<sup>81</sup> LIMA, Thamyris Costa Quemel. *O Juiz de Instrução e a proteção dos direitos fundamentais no inquérito criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, 2017, p. 15.

ensejar a intervenção do juiz de instrução no curso do inquérito, como garante de direitos fundamentais.

Na mesma senda, Castro<sup>82</sup> reconhece que:

(...) esta garantia judiciária é absolutamente essencial na fase de inquérito, pois só uma entidade independente, imparcial e, acima de tudo, descomprometida com a titularidade da ação penal e sem competências investigatórias, pode garantir, de forma totalmente livre e insuspeita, o controlo da legalidade das investigações e o respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas.

Percebe-se, dessa maneira, que o juiz de instrução tem evoluído em Portugal, fundamentalmente, como um garantidor dos direitos fundamentais e da legalidade durante a fase do inquérito criminal, um autêntico juiz das liberdades, a quem compete praticar e ordenar ou autorizar, respectivamente, os seguintes atos previstos no rol – não exaustivo – dos artigos 268.º e 269.º do CPP português:

Artigo 268.º - Actos a praticar pelo juiz de instrução

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180.º e do artigo 181.º; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 179.º; e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º; f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução.

Artigo 269.º - Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução

1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º; b) A efetivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º; c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º; e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º; f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução.

Destacando que o juiz de instrução intervém junto ao Ministério Público na fase de investigação, Lopes Junior<sup>83</sup> esclarece que sua atuação ocorre quando “chamado a praticar alguns atos específicos, que, por sua importância, entendeu o legislador português ser

---

<sup>82</sup> CASTRO, Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas. *Fase da Instrução: Quo Vadis? - Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária). Escola de Direito, Universidade do Minho, 2015, p. 71.

<sup>83</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 237.

necessária à sua presença mais ativa”. Em razão disso, o autor classifica a atuação do juiz de instrução em dois grupos: investigação (art. 268) e garantia (art. 269), asseverando que, apesar de sua aparente atividade instrutória, o juiz de instrução não exerce protagonismo nessa fase, uma vez que não existe a figura do juiz instrutor no sistema criminal de Portugal, prevalecendo, portanto, a sua postura garantista.

Assim, tem-se que a atuação do juiz de instrução na fase investigativa ocorre apenas de forma pontual e, ainda assim, desde que “a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente”<sup>84</sup>, não devendo, portanto, agir de ofício, uma vez que deve se manter independente e imparcial, e, conforme novamente o escólio de Lima<sup>85</sup>, alheio à instauração, ao objetivo e ao resultado da investigação.

É necessário, ademais, destacar que a competência do juiz de instrução se encerra ao receber a denúncia, sendo, então, o processo remetido para outro juiz ou tribunal, que será responsável pela continuidade do processo, julgando-o ao final. É importante frisar que, nos termos do art. 40.º do CPP<sup>86</sup>, o juiz de instrução está impedido de julgar a ação na qual atuou nessa condição. Tal mandamento legal, conforme assinala Castro<sup>87</sup>, é uma decorrência da própria estrutura acusatória do processo penal, que “implica que a entidade que preside à instrução seja distinta da que procede ao julgamento”.

A propósito do assunto, Lopes Junior<sup>88</sup> destaca que, seguindo doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo praticado atos ou decidido sobre questões incidentais do inquérito, o juiz de instrução em Portugal se torna prevento e tem sua imparcialidade comprometida, estando, portanto, impedido de julgar um processo no qual tenha atuado na fase pré-processual.

---

<sup>84</sup> Cf. Art. 268º, nº 2, CPP de Portugal.

<sup>85</sup> LIMA, Thamyris Costa Quemel. *O Juiz de Instrução e a proteção dos direitos fundamentais no inquérito criminal*, p. 16.

<sup>86</sup> Art. 40.º - Impedimento por participação em processo

Nenhum juiz pode intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver:

a) Aplicado medida de coacção prevista nos artigos 200.º a 202.º;

b) Presidido a debate instrutório;

c) Participado em julgamento anterior;

d) Proferido ou participado em decisão de recurso anterior que tenha conhecido, a final, do objeto do processo, de decisão instrutória ou de decisão a que se refere a alínea a), ou proferido ou participado em decisão de pedido de revisão anterior.

<sup>87</sup> CASTRO, Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas. *Fase da Instrução: Quo Vadis? - Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português*, p. 75.

<sup>88</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 238.

## CAPÍTULO 2 – A MÍDIA

### 2.1 A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA, A CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E A CONSTRUÇÃO DO CONSENSO

Comumente se diz que um dos principais aspectos de um Estado Democrático é a existência de uma imprensa livre e imparcial. No entanto, a verdadeira compreensão do papel da mídia nas sociedades modernas exige que se entenda primeiramente o que é, de fato, democracia.

Chomsky<sup>89</sup>, ao apresentar essa perspectiva, contrapõe duas concepções diversas sobre o assunto. A primeira delas, mais comumente difundida, “considera que uma sociedade democrática é aquela em que o povo dispõe de condições de participar de maneira significativa na condução de seus assuntos pessoais e na qual os canais de informação são acessíveis e livres”. Diametralmente oposta, a outra ideia de democracia por ele exposta – por mais estranha que possa parecer – “considera que o povo deve ser impedido de conduzir seus assuntos pessoais e os canais de informação devem ser estreita e rigidamente controlados”.

Conforme assevera o autor, a segunda concepção é a que predomina entre os países ditos democráticos, sendo importante, a partir daí, compreender que, historicamente, a mídia tem exercido um papel decisivo para a consecução da finalidade desse conceito, especialmente através da chamada construção do consenso, destinada a “obter a concordância do povo a respeito de assuntos sobre os quais ele não estava de acordo (...)”<sup>90</sup>.

Nesse mesmo sentido, importante também introduzir a ideia apresentada por Zaffaroni<sup>91</sup> a respeito da criminologia midiática, que, não sendo a acadêmica, é aquela construída pelos meios de comunicação para ser difundida entre as pessoas comuns, com o propósito de construção de uma realidade que estabeleça uma disposição em aceitá-la, possibilitando, assim, uma suposta redução do nível de angústia que gera a violência difusa.

---

<sup>89</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*. Trad. Fernando Santos. 1ª ed. 2013. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. Título original: *Media control*, pp. 9 e 10.

<sup>90</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, pp.14 e 15.

<sup>91</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Cuestión Criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2012, pp. 215-253.

Assim, para o referido autor:

*Por eso siempre ha existido la criminología mediática y siempre apela a una creación de la realidad através de información, subinformación y desinformación em convergencia con prejuicios y creencias, basada em una etiología criminal simplista asentada em causalidad mágica.*<sup>92</sup>

Segundo essa concepção, aliás, essa causalidade nada mais é do que uma causalidade especial usada com o propósito específico de verter vingança contra determinados grupos humanos, variando tão somente a tecnologia comunicacional que serve de plataforma para a difusão midiática, além, é claro, daquilo que se convencionou chamar de “bodes expiatórios”<sup>93</sup>.

Ainda com base em Zaffaroni<sup>94</sup>, apesar de não ser tema recente, a criminologia midiática atual possui características próprias, sendo o seu discurso baseado, principalmente, no neopunitivismo estadunidense, que se expande pelo mundo globalizado e cuja principal característica provém do veículo empregado, ou seja, a televisão. Por isso mesmo, pondera o autor, “*cuando decimos discurso es mejor entender mensaje, pues se impone mediante imágenes lo que lo dota de un singular poder*”<sup>95</sup>.

Mais importante, porém, que o próprio meio midiático utilizado – que está em constante evolução – é o resultado que se pretende alcançar por meio desse discurso ou através das mensagens por ele capitaneadas, especialmente no que diz respeito à já mencionada construção do consenso, que acaba criando “uma democracia de espectadores”<sup>96</sup>. Assim:

(...) existem duas funções numa democracia: a classe especializada, os homens responsáveis, assume a função executiva, o que significa que eles pensam, planejam e compreendem os interesses de todos. Depois, temos o rebanho desorientado, e ele também tem função na democracia. Sua função na democracia (...) é a de “espectador”, e não de participante da ação. Porém, por se tratar de uma democracia, esse rebanho ainda tem outra função: de vez em quando ele tem a

---

<sup>92</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Cuestión Criminal*, p. 216.

<sup>93</sup> A concepção explorada por Zaffaroni a respeito dos “bodes expiatórios” é emprestada da obra de René Girard, dentre as quais se destaca “*O Bode Expiatório e Deus*”, que trata, por sua vez, do mecanismo da vítima unitária, na acepção de que “Quando os indivíduos são contaminados pelo contágio adversário, isto é, quando esquecem o seu próprio adversário para adotar o adversário do seu vizinho (...) chegará um momento em que toda a comunidade estará do mesmo lado contra um único indivíduo, do qual, no fim de contas, não se sabe porque foi escolhido”. (GIRARD, René. *O Bode Expiatório e Deus*. Trad. Márcio Meruje. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Universidade da Beira Interior. Covilhã: LusoSofia, 2009, p.7)

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Cuestión Criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2012, p. 217.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La Cuestión Criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2012, p. 217.

<sup>96</sup> Chomsky observa que essa é também uma típica concepção leninista, na medida em que defende que somente uma pequena elite é capaz de entender os interesses gerais, que escapam às pessoas comuns. Nesse sentido, a teoria liberal democrática e o marxismo-leninismo parecem que estão muito próximos em seus pressupostos ideológicos comuns. (CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, p.15).

permissão para transferir seu apoio a um ou outro membro da classe especializada.  
(...) Isso porque se trata de uma democracia, e não de um Estado totalitário.<sup>97</sup>

A lógica por trás dessa concepção democrática, ou seja, o princípio moral imperativo, conforme expõe Chomsky<sup>98</sup>, é que, na opinião de quem a defende, a maioria da população é incapaz de conseguir compreender as coisas e que, se tentar participar na administração de seus próprios interesses, só vai causar transtorno, o que seria imoral e impróprio, sendo necessário “domesticar o rebanho desorientado, impedir que ele arrase, pisoteie e destrua as coisas”.

E, no Estado democrático, isso é feito, não é demais frisar, por meio da produção do consenso, onde a mídia exerce um papel crucial por meio das técnicas da propaganda política, que cumprem um papel similar ao do porrete no Estado totalitário, conforme explica mais uma vez o supracitado autor:

Naquilo que hoje em dia é chamado de Estado totalitário ou Estado militar, é fácil. Basta manter um porrete acima das cabeças deles, e se eles saírem da linha você lhes esmaga a cabeça. Mas como a sociedade tem se tornado mais livre e democrática, perdemos esse poder. Consequentemente, precisamos recorrer às técnicas da propaganda política.<sup>99</sup>

Percebe-se, também, que a construção do consenso não constitui um objetivo em si, mas parece atender a um propósito central no contexto de manutenção dessa noção de democracia – que, repita-se, é a predominante. Assim, na verdade, o que se busca é o constante controle da opinião da população, sendo que tal prática não é recente, remontando ao início do Século XIX, quando, nos Estados Unidos, a propaganda passou a ser utilizada de forma bastante eficaz pela elite dominante contra o tal “rebanho desorientado”.

Chomsky<sup>100</sup>, a propósito do assunto, destaca que, a princípio, a propaganda serviu para minar movimentos sindicalistas e, principalmente, grevistas, que não podiam mais ser combatidos pelo simples emprego da violência, tendo sido planejada de modo a colocar a população contra esses movimentos – que, seguindo a linha de raciocínio apresentada, foram os bodes expiatórios da época.

---

<sup>97</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, p. 17.

<sup>98</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, p. 18.

<sup>99</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, pp. 20 e 21.

<sup>100</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, pp. 24 e 25.

De lá para cá, o mecanismo propagandístico e as diversas fórmulas utilizadas só se aperfeiçoaram, passando a ser empregados em vários âmbitos da vida em sociedade, da política à ciência criminal, recorrendo, na maior parte das vezes, a conceitos vagos, abstratos e genéricos – e, por isso mesmo, de difícil refutação.

Ao discorrer sobre o tema, Chomsky<sup>101</sup> se baseia em conceitos por ele chamados de insossos e vazios, como o americanismo, a harmonia ou até mesmo, de forma mais específica, o apoio às tropas, que, segundo ele, não significam nada, uma vez que apelam a sentimentos em relação aos quais o público a quem é endereçado não pode simplesmente ser contra. Servem, na realidade, apenas para desviar a atenção das questões que realmente importam e significam algo, como no caso do apoio ou não à política desenvolvida pelo governo.

## **2.2 O COMBATE À CORRUPÇÃO À BRASILEIRA E O PAPEL DA MÍDIA**

Trazendo para o atual contexto sócio-político do Brasil, pode-se traçar um rápido paralelo entre os conceitos e exemplos acima apresentados e o mote propagandístico que, ao longo dos últimos anos, vem ganhando cada vez mais força no cenário nacional, ou seja, o combate à corrupção.

Da mesma forma que ocorre com o sentimento patriótico, não é de se esperar que alguém se insurja – ao menos não abertamente – contra o combate à corrupção, especialmente em um país com tamanha desigualdade social e onde a classe política encontra-se tão desacreditada, consequência, em grande parte, de desvios de conduta histórica e impunemente praticados. Assim, parafraseando Chomsky, por mais desejável que seja a redução dos índices de corrupção, uma questão do tipo “você apoia o combate à corrupção?” não pode significar muita coisa, posto que, apesar de aparentemente comportar duas opções (Sim e Não), dela não se pode discordar, sendo intrinsecamente cabível apenas uma resposta.

Mas foi justamente a pretexto de combater a corrupção que o Estado Constitucional Democrático brasileiro passou por profundas transformações, com repercussões muito importantes de natureza política (o *impeachment* presidencial e a instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo), legislativa (aprovação de leis, tais como a

---

<sup>101</sup> CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*, p.26.

12.850/2013, que trata do combate ao crime organizado), jurídica (especialmente em relação ao entendimento das Cortes superiores sobre temas previstos na Constituição Federal, como no caso da prisão em segunda instância ou relacionados à própria delação premiada, por exemplo) e, como não podia ser diferente, social também.

Apesar da importância de tais transformações, é preciso dizer que o puro e simples combate à corrupção não parece ter sido o verdadeiro objetivo que se pretendia alcançar, da mesma forma que, no exemplo de Chomsky, o americanismo ou o apoio às tropas daquele país não foram em momento algum a razão principal da propaganda política patrocinada e colocada em prática pela chamada classe especializada.

Não se nega aqui que tenha havido corrupção e que era preciso – como sempre foi – o seu veemente combate, mas o fato é que, da forma como foi feito, além de colocar em risco o próprio tecido social que gera o sentimento de pertencimento à nação – inculcando muitas vezes a falsa ideia de que a corrupção é algo intrínseco ao povo brasileiro (desde as chamadas corruptelas do dia a dia até os mais famosos casos de desvio de verbas públicas) –, o que se promoveu, não raras vezes, foi o enfraquecimento da economia, a destruição da indústria e, principalmente, a desestabilização política, por pessoas para quem, segundo Warde<sup>102</sup>, “o combate à corrupção é um negócio, talvez uma técnica (...), uma estratégia concorrencial, um meio, jamais um fim”.

De qualquer modo, e apesar da importância dos aspectos levantados, interessa ao presente tópico apenas a análise da inserção paulatina da propaganda midiática de combate à corrupção no cotidiano nacional e o estudo dos holofotes punitivistas e da espetacularização midiática sobre aqueles que, de algum modo, foram ou podem ser “apanhados” pelo sistema criminal pela prática (ou mera suspeita) de desvios de conduta que possam ser taxados como corrupção, além, é claro, dos reflexos deletérios sobre o sistema de garantias e direitos fundamentais daí decorrentes.

Assim, por mais que seja um termo já inserido há muito tempo no vocabulário popular e, apesar de constituir um anseio perene de toda sociedade, o combate à corrupção, e mais especificamente aquela proveniente dos altos escalões da sociedade, se tornou realidade no Brasil especialmente após o efervescente ano de 2013, com suas intensas ondas

---

<sup>102</sup> WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra (LEYA), 2018, p. 10.

de protestos sob os brados de que “o gigante acordou!”<sup>103</sup>, além do início de uma forte crise econômica que assola o país desde então e, principalmente, das alterações legislativas que iriam repercutir de forma profunda no contexto político (e empresarial) do país.

Não que antes não houvesse combate à corrupção, mas se restringia a casos muitas vezes pontuais e que muito raramente afetavam os principais personagens da cena político-empresarial brasileira. A partir daquele ano, porém, o combate à corrupção se intensificou, principalmente com o início das investigações em conjunto da Polícia Federal e do Ministério Público Federal que ficaram conhecidas como Operação Lava Jato, a qual passou a receber bastante atenção dos grandes canais de comunicação midiática.

Acontece, entretanto, que muitos institutos inaugurados ou aprimorados pelas inovações legislativas passaram a ser utilizados de forma cada vez mais abusiva e muitas vezes até desnecessária, não só do ponto de vista da espetacularização e da superexposição midiática que as segundas fases da operação passaram a receber, mas, também, do ponto de vista da reputação e imagem de pessoas que passaram a sofrer verdadeira execração pública e do uso quase sem controle de ferramentas colocadas à disposição dos órgãos envolvidos na persecução criminal – não raramente infringindo princípios constitucionais sensíveis ao próprio Estado Democrático de Direito.

Tudo isso foi chancelado pela mídia com a finalidade de obter o apoio público de forma incondicional, de modo a permitir que muitas arbitrariedades, abusos e ilegalidades fossem cometidos no curso da operação Lava Jato e dos processos criminais dela decorrentes, notadamente no que diz respeito à realização de acordos de delação premiada e à decretação de prisões preventivas sem o preenchimento dos pressupostos legais ou até mesmo da reinterpretação destes, como será abordado em capítulo específico.

Para tanto, praticamente promoveu-se uma verdadeira cobertura em tempo real do cumprimento de várias fases da operação, bem como também, frequentemente, houve a

---

<sup>103</sup> As jornadas de Junho, como ficaram conhecidos os protestos ocorridos no ano de 2013 no Brasil, tiveram início a partir da mobilização de alguns movimentos que contestavam o aumento da passagem do transporte público na cidade de São Paulo, mas que foram tomando proporções cada vez maiores, assim como ganharam a adesão de vários outros movimentos sociais, alcançando o ápice em todo o país no mês de Junho daquele ano, quando diversas pautas, dentre as quais a do combate à corrupção e a que exigia o arquivamento da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 37, ganharam força e engendraram mudanças importantes no cenário político, legislativo e sócio-cultural do país. (Cf. em: EVANGELISTA, Daniel Fassa. *Manifestações de Junho de 2013 em São Paulo: um olhar a partir dos paradigmas da mobilização de recursos e dos novos movimentos sociais*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015).

divulgação de materiais, áudios decorrentes de interceptações e outros elementos indiciários que compunham o bojo de processos criminais, mas que foram convenientemente divulgados, através da mídia, com o aparente propósito de conquistar e manter firme o apoio da opinião pública, tudo muito bem planejado sob o mote propagandístico de expurgar a corrupção do país.

E assim, mais uma vez com espeque em Warde<sup>104</sup>, o combate à corrupção no Brasil foi elevado à condição de alta dramaturgia pela Operação Lava Jato, opondo as instituições do próprio Estado e fazendo terra arrasada de setores inteiros da economia para, no final de contas, não acabar com a corrupção, num complexo processo que o autor denominou de *bancorrupt*<sup>105</sup>, que, com frequência, escolhe primeiro o culpado para somente depois esforçar-se para provar a sua culpa.

Vale lembrar, outrossim, que os efeitos deletérios da superexposição midiática não afetaram somente políticos, empresários, administradores etc, mas também várias empresas que, não bastasse os efeitos diretos da dilapidação patrimonial decorrente dos atos de corrupção que sofreram, também se viram envolvidas diariamente em manchetes policiais que retratavam os desdobramentos da operação, expondo, exacerbadamente, não só os investigados como também as pessoas jurídicas das quais eles faziam parte. Assim:

(...) foi muito pior com as empresas (...) que, envolvidas na Lava Jato, foram dragadas por uma espiral de colaborações premiadas, à medida que os seus administradores e controladores tentavam se desvencilhar de prisões cautelares, de ordens de busca e de apreensão e de seus efeitos patrimoniais e morais devastadores. Tudo isso ao tempo em que eram vistos, por todos nós, nos telejornais, ou estampados na mídia impressa (...).<sup>106</sup>

A parábola bíblica do trigo e do joio<sup>107</sup> poderia ser perfeitamente aqui aplicada e as empresas, afinal, poderiam ter sido preservadas. Porém, preferiu-se levar ao “juízo final” (mais uma vez fazendo alusão à passagem bíblica), de forma indistinta, pessoas físicas e pessoas jurídicas, em relação às quais, aliás, incutiu-se, paulatinamente, um sentimento de

---

<sup>104</sup> WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*, p.27.

<sup>105</sup> Neologismo sugerido pelo autor, decorrente da contração de duas palavras emprestadas no inglês, ou seja, o verbo *to ban* (banir) e o adjetivo *corrupt* (corrupto), mas que no contexto por ele apresentado, quando reunidas e trazidas para realidade brasileira, adquirem um novo sentido, referindo-se “ao nosso modo peculiar de acabar com os corruptos e com a corrupção”. (WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*, p. 22.)

<sup>106</sup> WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*, p.63.

<sup>107</sup> Cf. Mt. 13:24-30.

rejeição no meio social, especialmente no que diz respeito àquelas com capital público em sua composição, como no caso da Petrobras<sup>108</sup>, por exemplo, o que acabou fomentando um apelo popular pela sua privatização, segundo a ideia de que somente o capital privado teria condições éticas de conduzir os negócios da multinacional brasileira.

E não se está aqui a defender que essas empresas, uma vez comprovada a utilização de seu capital e estrutura para a prática de crimes, ficassem incólumes ao final, mas sim que houvesse também, em relação a elas, um maior cuidado para que a superexposição não inviabilizasse a continuidade de suas atividades, das quais dependem não só a própria economia do país como também os empregos de milhares de pessoas<sup>109</sup>.

### 2.3 O DISCURSO DO ÓDIO E O USO DAS *FAKE NEWS*

Outro assunto que guarda bastante pertinência com o tema abordado, no presente capítulo, tem a ver com a disseminação de notícias falsas, estratégia que no campo comunicacional sempre existiu, sendo uma prática tão antiga quanto a própria civilização, mas que, nos últimos anos, tem adquirido uma nova roupagem e maior alcance, especialmente com o avanço da internet, da mídia alternativa e das redes sociais.

E, nesse aspecto, pode-se dizer que se trata de um fenômeno relativamente recente, embora seja possível encontrar menções à expressão que remontam ao início do século XX, quando, por exemplo, alguns anos após o encerramento da Primeira Guerra Mundial, Marc Bloch<sup>110</sup> publicou um breve ensaio em que descreveu como nascem e se propagam as notícias falsas de guerra.

---

<sup>108</sup> Petróleo Brasileiro S.A., sociedade de economia mista de capital aberto (Sociedade Anônima) e majoritariamente público, criada pela Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953 para funcionar como instrumento de atuação do Estado brasileiro por meio da exploração, produção, refino, transporte e comercialização de petróleo e outros derivados.

<sup>109</sup> Para melhor compreensão do assunto, recomenda-se a análise de alguns casos de corrupção a nível mundial que atingiram importantes empresas multinacionais e conglomerados empresariais inteiros, que, a despeito dos casos em que foram envolvidos e apesar das pesadas multas e acordos que tiveram que arcar, puderam se reestruturar e continuar suas atividades, uma vez afastados os envolvidos nas atividades criminosas. Cita-se, por exemplo, o documentário “Na rota do dinheiro sujo”, do inglês “Dirty Money”, que em um de seus episódios retrata a política fraudulenta da fabricante e montadora de automóveis alemã Volkswagen, condenada por falsificar testes de emissão de poluentes de seus motores a diesel nos Estados Unidos, no episódio que ficou mundialmente conhecido como *Dieseltgate*. (Cf. em: Na Rota do Dinheiro Sujo - Emissões Mortais. Temp. 1, ep. 01, Dir. Alexx Gibney, 26 Jan. 2018. 75 min. Disponível em: <https://www.netflix.com/br>. Acesso em: 11 fev. 2020).

<sup>110</sup> BLOCH, Marc Léopold Benjamim. *Réflexions D'Un Historien Sur Les Fausses Nouvelles De La Guerre*. 1ª ed. 1921, 3ª ed. reimp. Paris: Editions Allia, 2012.

No Brasil, o apelo popular, fortemente influenciado pelos novos ambientes midiáticos, assim como o frequente recurso a estrangeirismos, mesmo em relação a expressões com fácil tradução para o Português, têm conferido a esse fenômeno o nome de *fake news* – que, em tradução direta, significa exatamente “notícias falsas” – para se referir às histórias falsas que são divulgadas como se fossem notícias jornalísticas reais, com o objetivo de influenciar opiniões políticas ou em caráter jocoso, sendo disseminadas geralmente pela internet ou outras mídias sociais<sup>111</sup>.

Pode-se afirmar, aliás, que as *fake news* correspondem a uma subespécie da chamada “imprensa marrom”, expressão pejorativa originada da corresponde em língua inglesa “*yellow press*” ou “jornalismo amarelo”<sup>112</sup>, para se referir aos “órgãos de imprensa tidos como sensacionalistas e que buscam altas audiências e vendagem através da divulgação exagerada de fatos e acontecimentos”<sup>113</sup>. Trata-se, portanto, de um tipo de jornalismo pouco ético, sem muito compromisso com a verdade e mais interessado, na maior parte das vezes, na obtenção de vantagens, de cunho financeiro ou político.

De qualquer modo, para além dessas digressões, o fato é que as *fake news* só encontram terreno fértil para prosperar, mesmo quando são claramente absurdas ou evidentemente inidôneas, onde haja pessoas inclinadas a acreditar nelas, as quais geralmente se encontram no mesmo ambiente hostil, onde se identificam e passam a replicar os preconceitos e o ódio de que se nutrem as notícias falsas para ganhar maior alcance e repercussão.

Mas é preciso deixar claro, mais uma vez, que, ainda que atualmente a prática de disseminação de *fake news* represente, em certa medida, um risco bem maior do que no passado, tal prática não surgiu com o advento da internet ou com o incremento das redes sociais e da chamada mídia alternativa. Foram essas novas mídias digitais, entretanto, que

---

<sup>111</sup> Segundo o Dicionário *on line* de Cambridge, *Fake News* são “*false stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke*”. Cf. em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news>. Acesso em: 11 Fev. 2020.

<sup>112</sup> “Imprensa marrom” é o nome dado aos órgãos de imprensa tidos como sensacionalistas e que buscam altas audiências e vendagem através da divulgação exagerada de fatos e acontecimentos. O termo “Imprensa Marrom” foi inspirado na expressão norte-americana *yellow press* (imprensa amarela) que surgiu no final do século XIX de uma disputa entre os jornais *New York World* e *The New York Journal*. (Cf. em: SOARES, Jéssica de Souza; SIQUEIRA, Anderson Luan Santana; RABAY, Glória. A imprensa marrom paraibana como porta-voz de uma minoria às margens da sociedade. *Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa-PB, 2019).

<sup>113</sup> SOARES, Jéssica de Souza; SIQUEIRA, Anderson Luan Santana; RABAY, Glória. A imprensa marrom paraibana como porta-voz de uma minoria às margens da sociedade, p. 2.

acabaram gerando, pelas suas próprias características, uma maior dificuldade no controle e identificação da origem das notícias falsas, não obstante os dividendos políticos e financeiros por elas produzidos (assim como os prejuízos) sejam histórica e igualmente relevantes.

Esse novo ambiente digital, de um modo geral, apenas democratizou o uso das *fake news* e, desse modo, permitiu sua maior disseminação e alcance, uma vez que cada pessoa, a partir de seu aparelho celular ou computador, se torna potencialmente um difusor de notícias falsas. Além disso, soma-se aos aspectos políticos e financeiros já apontados, o ingrediente do ódio, que, muitas vezes, tem tomado conta do debate, especialmente quando encontra um cenário altamente polarizado e pouco tolerante com quem é ou pensa diferente.

A propósito do assunto, Santos<sup>114</sup> assevera que “o discurso de ódio vem nessa onda da construção da “verdade”, única ou hegemônica, daquele que enuncia o discurso, ao mesmo tempo em que representa um (des)encontro hostil com o “outro” diferente”. Segundo o referido autor:

Essa hostilidade é construída a partir da criação de um antagonista/inimigo que precisa ser desumanizado para ser destruído. Por isso, as mentiras, as notícias falsas (“fake news”) em torno deste precisam existir em função de uma lógica binária que sustenta o maniqueísmo. É o pensamento dicotômico que bifurca posicionamentos que não admitem o meio-termo e o equilíbrio (ou é X ou é Y). Há uma intimidade promíscua, pois, entre o discurso de ódio e as “fake news”.

Mas o aspecto mais importante a respeito do discurso de ódio propagado pelas *fake news*, a despeito da relevância de se estudar a gênese dos preconceitos, medos e estupidez que o alimentam, é percebê-lo como mais uma estratégia propagandística voltada à construção do consenso, reunindo e arregimentando no mesmo campo de ideias pessoas comuns com a finalidade de desconstruir a verdade, destruir opositores e neutralizar os próprios indivíduos que disseminam essas mentiras, impedindo-os de formarem um pensamento crítico.

Trata-se de um “caldo de cultivo”<sup>115</sup> altamente contaminado e perigoso que cresce de forma descontrolada no ambiente propício das redes sociais e das mídias alternativas, especialmente em momentos específicos ou sensíveis da vida democrática, como no caso do período de campanha eleitoral ou em situações de instabilidade política, social e econômica.

---

<sup>114</sup> SANTOS, Bruno Antônio Barros. As mentiras e os espantalhos retóricos que viralizam nas redes sociais. *Revista Justificando*. Set. 2018.

<sup>115</sup> Expressão utilizada por BLOCH, Marc Léopold Benjamim. *Réflexions D'Un Historien Sur Les Fausses Nouvelles De La Guerre*.

Não por outro motivo, Carvalho e Kanffer<sup>116</sup> afirmam que a questão assume especial relevância, uma vez que a criação e disseminação de notícias falsas têm capacidade potencial de influenciar o resultado de um pleito eleitoral, atingindo o Estado Democrático de Direito em sua essência, ou seja, “a emanção do poder pelo povo, no exercício da escolha de seus representantes políticos, que consiste em Cláusula Constitucional Pétrea(...)”.

Além disso, tem sido feito uso recorrente das *fake news* com a finalidade de pressionar ou colocar em descrédito a atividade do legislador e, até mesmo, como mote de campanha eleitoral, como no caso do benefício do auxílio-reclusão, falsa e pejorativamente divulgado como “bolsa-presidiário” ou “bolsa-bandido”, subvertendo e deixando de dar publicidade aos pré-requisitos que autorizam o recebimento do direito instituído pela lei que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social no Brasil<sup>117</sup>, divulgando, de forma equivocada, que o benefício é destinado a todo e qualquer preso, indistintamente, como se fosse uma regalia a quem pratica crime, quando, na verdade, é destinado apenas a uma pequena parcela que faz jus ao recebimento em face de ter contribuído anteriormente com o Sistema Previdenciário.

De igual modo, também o Poder Judiciário, não raras vezes, tem sido alvo dessas *fake news*, a exemplo da que precedeu o recente julgamento pela mais alta Corte do país a respeito da admissibilidade ou não da prisão após condenação em segunda instância (Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54)<sup>118</sup>.

Assim, com o propósito de fazer pressão nos ministros do Supremo Tribunal Federal, circulou, nos mais variados meios de comunicação, a falsa notícia de que dezenas de milhares de presos seriam soltos imediatamente se o órgão julgasse pela inadmissibilidade do cumprimento de sentença condenatória antes do trânsito em julgado da ação penal<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (*fake news*). *Justiç@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*. Ano 10, X, nº 40, Abril/2018, pp. 28-42. Brasília: SJDF, 2018, p. 29.

<sup>117</sup> BRASIL. Lei Federal nº 8.213, de 24 de Julho de 1991, que “Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”.

<sup>118</sup> Referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade questionavam a possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância, conforme jurisprudência que passou a ser adotada no âmbito do STF a partir de 2016 ( *habeas corpus* nº 126.292), em aparente contradição com o mandamento constitucional da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da CRFB, assim como com o art. 283, do CPP. Finalmente apreciadas no final de 2019, o Plenário da Suprema Corte julgou procedente as ADCs, autorizando o início do cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória. (Cf. em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 - Proc. apensados: ADC 54 e 44 - . Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/10/2019).

<sup>119</sup> Cf. em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2019/11/09/boatos-e-fake-news-sobre-a-prisao-em-2-instancia-apos-lula-ser-solto.htm>.

Apesar dos apelos e da intensa corrente de *fake news* que circulou, o STF posicionou-se de acordo com a Constituição Federal, sendo que, no final de contas, menos de 5 mil réus foram, em tese, atingidos pela decisão, como foi amplamente noticiado pela denominada imprensa profissional<sup>120</sup>.

Delações premiadas também têm sido objeto da divulgação de uma série de notícias falsas quanto ao seu conteúdo e até mesmo em decorrência da veiculação artificiosa da suposta realização de acordos, que, efetivamente, não foram realizados. Assim, por exemplo, circulou, em meados do mês de maio de 2019, mensagem falsa com o seguinte conteúdo:

Lá vem bomba atômica do Eduardo Cunha. A proposta de delação inclui 150 deputados, 14 togados do STJ e 2 togados do STF, um grupo de frigoríficos, 4 grandes bancos, 2 advogados e caciques do PSDB e do PT. Ele prometeu também apresentar provas de contas bancárias em 5 paraísos fiscais incluindo Bélgica e Emirados Árabes. Dizem que a proposta de delação tem mais de 100 anexos e que tem um recado de Cunha ao Rodrigo Maia, presidente da Câmara: -“Tem um capítulo todo seu na minha delação”. Tem muito cacique apavorado com a possibilidade de fechamento do acordo. Agora, ao que tudo indica, ter-se-á uma verdadeira caça às bruxas.<sup>121</sup>

Como se percebe, o recurso às notícias falsas tem se mostrado cada vez mais comum e com resultados frequentemente graves, tanto em relação ao cenário jurídico, político e social quanto do ponto de vista individual e até institucional, uma vez que não são incomuns nas redes sociais verdadeiras campanhas voltadas para denegrir a imagem de adversários ou mesmo a respeitabilidade de algumas instituições da República.

Para combater tais iniciativas, tramita no plano legislativo o Projeto de Lei nº 2.630/2020, que estabelece a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet<sup>122</sup>, cujo texto final, recentemente aprovado pelo Senado Federal e encaminhado para votação na Câmara dos Deputados, estabelece regras que se aplicam principalmente às grandes redes sociais e aplicativos de mensagens cujos serviços são oferecidos aos usuários brasileiros. Além do projeto, também foi criada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI)<sup>123</sup> com o objetivo, dentre outros, de apurar os recentes ataques à

---

<sup>120</sup> “De acordo com números do Conselho Nacional de Justiça, a decisão do STF tem o potencial de beneficiar 4.895 réus que foram presos a partir da condenação em segunda instância, entre eles o próprio Lula e mais uma dezena de condenados na Operação Lava Jato. A liberdade dos réus, entretanto, não é automática. O pedido deve ser encaminhado aos juízes de execução penal, que são responsáveis pelo cumprimento de pena (...)”. (Cf. em: <https://veja.abril.com.br/politica/lula-e-outras-condenados-serao-soltos-imediatamente-entenda/>).

<sup>121</sup> Cf. em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2019/05/07/e-fake-que-eduardo-cunha-tenha-proposto-delaacao-que-inclui-150-deputados-16-juizes-e-4-bancos.ghtml>.

<sup>122</sup> Cf. em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>

<sup>123</sup> Cf. em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?0&codcol=2292>

democracia brasileira promovidos através de redes sociais, combater a utilização de perfis falsos e apurar sua influência nas eleições de 2018, combater a prática de *cyberbullying* e a disseminação de ódio e preconceito na internet.

Por fim, importante destacar o Inquérito nº 4781/DF, instaurado em março de 2019 no âmbito do STF, cujo objetivo é investigar a prática de crimes consistentes na divulgação de notícias falsas ou que configurem ameaça ou atentado à honra dos membros da Suprema Corte ou seus familiares<sup>124</sup>.

## **2.4 OS HOLOFOTES PUNITIVISTAS E A CONSTRUÇÃO DE HERÓIS PELA MÍDIA**

A respeito da operação Lava Jato, percebe-se que, especialmente a partir dela, passou a haver um protagonismo do Poder Judiciário cada vez maior, sendo que isso, de um lado, pode ter favorecido o desequilíbrio entre os poderes – ocasionado, principalmente, pela judicialização da política – e, do outro, também pode ter possibilitado que magistrados, atraídos pelos holofotes midiáticos, fossem alçados ao patamar de verdadeiros heróis nacionais.

Esses dois aspectos, acaso comprovados, são capazes de colocar em xeque aquilo que é mais precioso à atividade judicial, ou seja, a sua imparcialidade, que efetivamente resta comprometida sempre que órgãos da Justiça se colocam como mais uma ferramenta à disposição da construção do consenso, ao invés de agirem de forma equilibrada e equidistante, descumprindo, portanto, a sua função essencial à existência do Estado Democrático de Direito.

Não é dado ao magistrado agir em função da seletividade propagandística dos meios de comunicação, assim como também não deve ele se deixar seduzir por apelos populares majoritários, muitas vezes estratégica e paulatinamente construídos por importante parcela da mídia, que, a contrário sensu, parece desempenhar dessa forma um papel a serviço da outrora mencionada classe especializada.

---

<sup>124</sup> Vale o registro de que no dia 18 de Junho de 2020 o Plenário do STF concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, tendo reconhecido, por maioria de votos, a legalidade do Inquérito nº 4781 e do art. 43 do Regimento Interno da Corte, com base no qual a investigação foi instaurada. (Cf. em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>)

É preciso destacar, entretanto, o papel aparentemente cumprido pela já mencionada criminologia midiática no contexto, por exemplo, da citada operação, especialmente no que diz respeito a prisões ou à divulgação do conteúdo de delações premiadas.

A esse respeito, Proença<sup>125</sup> assevera que:

(...) quando o sistema penal necessita de (re) legitimação, volta seus esforços contra os crimes de colarinho branco, processo do qual depende da criminologia midiática, que passa a eleger esses criminosos como os inimigos públicos por excelência, como ocorre hodiernamente, no caso da ação penal de grande exploração midiática, denominada de “Operação Lava Jato” (...).

O apelo midiático, dessa maneira, parece que tem como objetivo apenas conquistar a opinião pública e dicotomizar o direito penal através daquilo que Casara<sup>126</sup> cunhou de lógica de mocinhos e bandidos, em que “heróis e vilões são eleitos para atender a interesses momentâneos de um enredo em que a lei importa pouco, diante da sustentação da lógica maniqueísta e binária que impede a reflexão crítica”.

Assim, prisões midiáticas e exposição pública excessiva, condenações com base em conjunto indiciário (e não em provas), ultraceleridade seletiva na apreciação de processos, além, é claro, da inovação interpretativa (como, por exemplo, dos fundamentos autorizadores da prisão preventiva), são apenas alguns dos aspectos que, além de provocar grande insegurança jurídica, podem tornar possível a transformação de meros servidores públicos em heróis.

Quando, por exemplo, a maior parte da imprensa nacional deu amplo destaque à decisão judicial que afastou o sigilo de interceptação telefônica que captou trechos de conversas entre a então Presidente do Brasil e seu antecessor, praticamente ignorou os aspectos relacionados à possível ilegalidade da medida, uma vez que um dos interlocutores possuía foro privilegiado e a captação dos áudios tecnicamente se deu após o encerramento da interceptação<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> PROENÇA, Priscila Serafin. *ENTRE O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: Análise das sanções aplicadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba no período de 2014 a 2016 nas ações penais do âmbito da operação Lava-Jato aos réus colaboradores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma, 2019, p.11.

<sup>126</sup> CASARA, Rubens Roberto Rebello. A espetacularização do processo penal, p. 309.

<sup>127</sup> Tais questões foram discutidas por meio de Reclamação ajuizada, com pedido liminar, perante o STF pela então Presidente da República, que, em linhas gerais, alegou, dentre outros aspectos, que o magistrado de primeira instância “ao constatar a presença de conversas de autoridade com prerrogativa de foro, como é o caso da Presidenta da República, [...] deveria encaminhar essas conversas interceptadas para o órgão jurisdicional competente, o Supremo Tribunal Federal”, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal, bem como que “a comunicação envolvendo a Presidenta da República é uma questão de segurança nacional (Lei n. 7.170/83), e as prerrogativas de seu cargo estão protegidas pela Constituição”. Além disso, também foi levantada a questão

Preferiu-se, ao invés disso, evidenciar as justificativas do magistrado, já então visto e propagandeado como herói nacional e salvador da pátria, tendo ele, dentre outros argumentos, sustentado em sede do despacho proferido o seguinte:

O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras.<sup>128</sup>

Frases como “escrutínio público” presentes na manifestação do juiz, além da aparente retórica a respeito de uma pretensa transparência democrática em relação aos atos dos governantes, podem demonstrar bem uma indesejável relação do magistrado com os holofotes punitivistas e com os apelos populares, uma vez que revelam a clara intenção de causar comoção social e de legitimar o *decisum* no apoio popular e não na lei e na Constituição.

Também faz parte desse contexto, protagonizado pelo Poder Judiciário, a decisão que promoveu o arquivamento de representação feita contra o juiz responsável pelo citado despacho, sob o argumento de que a Lava Jato constituía “um caso inédito (único, excepcional) no Direito brasileiro”, com situações que escapariam ao regramento genérico destinado aos casos comuns:

A publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais - 'Operação Lava-Jato' -, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.<sup>129</sup>

A decisão se baseou num suposto ineditismo da operação Lava Jato, incompatível com o Estado Democrático de Direito e com os princípios do devido processo legal, da legalidade e da reserva legal, conforme mais uma vez destaca Proença:

No âmbito do Estado Democrático de Direito, em que vigora o princípio do devido processo legal, da legalidade e da reserva legal, é inconcebível que se dê, no âmbito do processo penal, “soluções inéditas”, tendo em vista que toda medida tomada pelo magistrado deve haver previsão legal, não sendo lícita margem tão discricionária para decidir. Contudo, como dito, no combate ao inimigo, as garantias individuais são afastadas, na lógica defendida por Gunther Jakobs

---

da nulidade da prova colhida indevidamente no que concerne às escutas telefônicas captadas após a decisão que determinou o encerramento da interceptação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECLAMAÇÃO nº 23.457/PR. Min. Teori Zavascki. J. 13 Jun. 2016).

<sup>128</sup> BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E/OU TELEFÔNICO nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR. 16 de Março de 2016.

<sup>129</sup> BRASIL. Justiça Federal - Tribunal Regional Federal da 4ª Região-TRF4. PROCESSO ADMINISTRATIVO CORTE ESPECIAL nº 000302132.2016.4.04.8000/RS. 22 de Setembro de 2016, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016.

(2009), em seu Direito Penal do Inimigo, de que existem dois Direitos, um aplicável aos cidadãos (amigos), outro aplicado aos inimigos.<sup>130</sup>

Ao não tomar medidas mais incisivas para conter esse tipo de comportamento alheio à legalidade e constitucionalidade da atuação judicial, correu-se o risco de se fomentar, ainda mais, essa concepção distorcida do papel do Poder Judiciário, pautada muito mais na opinião pública construída pela mídia, o que, como foi dito, compromete seriamente o Estado Democrático de Direito, além de frequentemente conduzir ao autoritarismo, manifestado por meio da atuação desses pretensos heróis, que não raramente atuam à margem da própria lei, respaldados pelo apelo propagandístico do suposto combate à corrupção.

À margem da lei, vale esclarecer, pode ter duas acepções igualmente válidas e factíveis, podendo indicar tanto a prática de atos ilícitos propriamente ditos quanto a aplicação da lei de forma desvirtuada. Ambas são igualmente perniciosas e, ao menos de maneira argumentativa, servem para desconstruir a imagem desses heróis.

A propósito do assunto, Prado Junior<sup>131</sup> realiza uma adaptação do conceito da Jornada do Herói, de Joseph Campbell<sup>132</sup>, à condução dos processos no âmbito da Operação Lava Jato e, em tese, relacionados à corrupção na estatal Petrobras. Para tanto, o autor se vale de uma proposta metodológica que busca evidenciar como uma grande parcela da mídia forjou a imagem de um herói que, praticamente sozinho, sintetizou o combate a todo um estrato político-ideológico e social supostamente corrompido<sup>133</sup>.

De acordo com essa concepção, a construção desse mito (o herói) pela mídia pretendia seguir um determinado padrão e, assim, cumprir uma jornada similar à que Campbell denominava de monomito<sup>134</sup>, a qual é descrita por Prado Junior<sup>135</sup>, no caso

---

<sup>130</sup> PROENÇA, Priscila Serafin. *ENTRE O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: Análise das sanções aplicadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba no período de 2014 a 2016 nas ações penais do âmbito da operação Lava-Jato aos réus colaboradores*, p. 54.

<sup>131</sup> PRADO JUNIOR, Tarcis. *Livrai-nos do mal: a tecnologia do imaginário na construção do herói Moro pela mídia*. Tese de doutorado em Comunicação e Linguagens da Universidade do Tuiuti, Paraná, 2019.

<sup>132</sup> Antropólogo e autor de várias obras relacionadas ao estudo da religião, psicologia e mitologia comparada, dentre as quais se destaca o livro “O herói de mil faces”, lançado em 1949. (CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 14ª reimp. São Paulo: Pensamento, 2013. ISBN 9788531502941).

<sup>133</sup> PRADO JUNIOR, Tarcis. *Livrai-nos do mal: a tecnologia do imaginário na construção do herói Moro pela mídia*, p. 75.

<sup>134</sup> Também chamado de jornada do herói, o monomito é uma espécie de recurso narrativo identificado por Campbell e comum às principais histórias da humanidade (mitos), independente do lugar ou da época em que foram contadas ou aconteceram, caracterizado sempre pelas mesmas etapas ou fases enfrentadas pelo personagem principal, o herói.

<sup>135</sup> PRADO JUNIOR, Tarcis. *Livrai-nos do mal: a tecnologia do imaginário na construção do herói Moro pela mídia*, p. 41.

concreto, a cada etapa ou fase, com base nos acontecimentos e decisões protagonizadas pelo juiz e convenientemente divulgados pela mídia.

Entretanto, como é possível inferir, as etapas ou estágios verificados em toda empreitada heroica não guardam muita similitude com os fatos observados da realidade. No mundo real, aliás, quando muito se pode falar em atitudes heroicas, como quando alguém arrisca a própria vida para salvar a de outra pessoa. A ideia de seres humanos superpoderosos e que se dedicam diuturnamente ao combate ao crime definitivamente só faz sentido na ficção. No serviço público, ainda mais quando se trata de órgãos envolvidos na persecução criminal, é suficiente a aplicação intransigível da lei, ainda que eventualmente seus aplicadores possam ser falíveis e corruptíveis.

Feitas essas considerações, é preciso destacar a recente Resolução nº 305 do Conselho Nacional de Justiça<sup>136</sup>, de 17 de Dezembro de 2019, que estabelece parâmetros para o uso de redes sociais pelos membros do Poder Judiciário e recomenda, dentre outras coisas, que se evite manifestações que busquem autopromoção ou superexposição midiática ou que, em razão do conteúdo, possam repercutir negativamente ou atentem contra a moralidade administrativa. Além disso, recomenda que os magistrados se abstenham de compartilhar conteúdo ou a ele manifestar apoio sem convicção pessoal sobre a veracidade da informação, evitando a propagação de *fake news* (art. 3º).

Além dessas recomendações, a Resolução estabelece uma série de vedações quanto à conduta de juízes nas redes sociais, como no caso de manifestação de opinião sobre processos pendentes, que demonstrem atuação em atividade político-partidária ou que caracterizem discurso discriminatório ou de ódio, bem como proíbe a manifestação de apoio ou crítica públicos a candidatos, lideranças políticas ou partidos políticos, ou, ainda, que configurem patrocínio de postagens com a finalidade de autopromoção ou com fins comerciais, dentre outras restrições previstas no art. 4º da Resolução em comento.

Destaque-se, por fim, a nova lei que dispõe sobre o crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019)<sup>137</sup>, que é benfazeja ao elencar como criminosas algumas condutas que, muito mais que à investigação, ao processo ou ao interesse público de modo geral, servem à

---

<sup>136</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça nº 262, Brasília/DF, p. 25-28.

<sup>137</sup> BRASIL. Lei Federal nº 13.869, de 05 de Setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e altera outras leis e dispositivos do Código Penal.

criminologia midiática aqui criticada, como no caso de decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais (art. 9º), de condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação (art. 10), de constrangimento de preso ou detento para exibição de sua imagem à curiosidade pública (art. 13), ou, ainda, no caso de divulgação de gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado (art. 28).

Tais mudanças, vale ressaltar, surgem em um contexto de aparente desmistificação de alguns “heróis de toga”<sup>138</sup> e do reconhecimento de que abusos podem ter sido cometidos ao longo da Operação Lava Jato, o que, espera-se, pode reconduzir o processo penal aos ditames legais e constitucionais que foram abalados a pretexto de se combater a corrupção no Brasil a qualquer custo.

---

<sup>138</sup> A expressão “herói de toga” (ou outra equivalente) pode ser encontrada em alguns artigos e mesmo em trabalhos acadêmicos, recorrentemente associada à possível existência de um caráter messiânico em relação à alguns personagens importantes do Poder Judiciário brasileiro, então encarados como figuras neutras e imparciais e, por isso, acima das disputas político-partidárias, num contexto de combate à corrupção generalizada que “coloca o Judiciário em um patamar que afirma o seu monopólio da virtude”. (Cf. NOVAIS, Melissa Mendes de. *Os heróis vestem toga: norma, direito e exceção na teoria do direito no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis – SC, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/167965/341234.pdf;jsessionid=65EB5F7C18F553ECB8A018040E1BD705?sequence=1>>. Acesso em: 05 Set 2020).

### CAPÍTULO 3 – O INSTITUTO JURÍDICO DA PRISÃO

A prisão, entendida genericamente como uma forma de cerceamento do direito de ir e vir imposta pelo Estado, corresponde à privação da liberdade de locomoção de uma pessoa por meio do seu encarceramento e conseqüente retirada do convívio social, seja em decorrência de uma sentença condenatória transitada em julgado (prisão-pena), seja em decorrência da necessidade premente traduzida no risco demonstrado de que a sua permanência em liberdade é um mal a ser evitado (prisão sem pena)<sup>139</sup>.

Trata-se de instituto tão antigo quanto contraditório, que, ao mesmo tempo em que corresponde a um problema em si mesmo, é considerado por muitos um mal necessário e, portanto, imprescindível – o que ajuda a explicar porque, ao longo do tempo, em vez da sua paulatina supressão, o que se conseguiu, quando muito, foi a sua reforma e “aperfeiçoamento”.

Na Antiguidade, por exemplo, conforme expõe Bitencourt<sup>140</sup>, a privação de liberdade não possuía caráter de sanção penal<sup>141</sup>, sendo possível afirmar, aliás, que, até por volta do fim do século XVIII, a prisão tinha como objetivo a contenção e guarda de réus, até que fossem julgados ou executados, configurando, pois, o ergástulo uma espécie de “antessala de suplícios”, aspecto que ficou ainda mais evidente durante a Idade Média.

Nesse período, embora presente também a natureza custodial da prisão, sobressaiu-se a finalidade aflitiva do instituto, cujo propósito principal passou a ser a obtenção de confissões, num contexto em que as punições, enquanto reprimendas às transgressões da lei, visavam satisfazer os interesses do governante, servindo, ao mesmo tempo, como espécie de vingança pessoal deste em relação aos seus súditos e como espetáculo destinado a impactar, causar temor no restante da sociedade.

---

<sup>139</sup> Nesse sentido, Cf. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 891.

<sup>140</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, p. 28.

<sup>141</sup> Apesar disso, é possível afirmar que no antigo Egito a prisão não era utilizada apenas como custódia, mas como pena também. O próprio Platão, em “As Leis”, também faz menção a uma prisão propriamente punitiva, destinada aos agentes de crimes mais graves e incorrigíveis, que deveriam ficar em total isolamento, em local distante e afastados do restante da sociedade. (Cf. em: CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 4).

Dito isso, é importante destacar os ensinamentos de Foucault<sup>142</sup>, que apresenta uma análise a respeito da mudança de paradigma no modelo de execução da punição entre os séculos XVIII e XIX na Europa, que culminou na substituição dos suplícios públicos pela adoção de um modelo especialmente baseado na prisão. Em suas palavras, “A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo”<sup>143</sup>.

Nesse contexto, o nascimento da prisão enquanto pena, além de uma decorrência direta da mudança do sistema de poder baseado no absolutismo, constituiu também uma nova perspectiva, de natureza econômica, uma vez que a punição de transgressores por meio de suplícios corporais se mostrava cada vez mais ineficiente, além do que, a prisão, no ambiente de crise econômica que afetava o mundo ocidental, mostrava-se útil, pois constituía uma promissora fonte de mão de obra barata<sup>144</sup>.

Não é outro o entendimento de Chiaverini<sup>145</sup>, para quem a prisão como pena da Idade Moderna é fruto de uma evolução e da somatória de várias influências históricas, destacando, ademais, que desde a antiguidade as prisões de custódia, em sua maioria caracterizadas pelo emprego de trabalhos forçados, já estavam presentes no inconsciente coletivo do homem. De acordo com esse entendimento, foi a Igreja que revelou a possibilidade de prisão penitência, sendo que o surgimento das prisões modernas coincide com decisivas transformações sociais, especialmente no novo contexto industrial do mundo, passando a funcionar o ergástulo como “uma alternativa para coibir a vagabundagem e disciplinar o trabalhador no mundo industrial”.

Para a supracitada autora, “O discurso humanista que imperou após o absolutismo e que combatia suas crueldades foi o principal responsável pela universalização da sanção penal e sua redução à pena de prisão, que até hoje é a base do sistema punitivo”<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

<sup>143</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*, p. 13.

<sup>144</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, p. 50.

<sup>145</sup> CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 08.

<sup>146</sup> CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 08.

Ainda nessa linha, importa destacar o pensamento utilitarista de Beccaria<sup>147</sup>, para quem não se admite a vingança como fundamento jurídico da prisão, devendo o Estado se pautar com base nos postulados da justiça humana e na recuperação do infrator, sendo que o fim a ser perseguido pela pena, além de impedir que o réu cause novos danos à sociedade, deve ser afastar, pelo efeito intimidatório da punição, os demais cidadãos da prática da mesma conduta:

(...) o fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.  
É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.<sup>148</sup>

Feitas essas considerações, e a partir da compreensão de que a prisão é o principal paradigma do sistema criminal atual, pode-se entender o instituto como uma consequência prevista em lei para o descumprimento da norma, sendo que a sua quantidade deve decorrer de uma relação proporcional entre o crime e a resposta penal a ser aplicada, figurando a limitação temporal e a espacial como suas características principais, uma vez que a reprovação social, em relação a um comportamento praticado, se manifesta por meio da exclusão do agente infrator da norma do convívio em sociedade<sup>149</sup>.

### 3.1 A PENA DE PRISÃO EM PORTUGAL

Ao tratar da evolução do direito criminal em Portugal, Da Matta<sup>150</sup>, cuja lição ainda hoje se mantém apropriada, afirma que, para que se compreenda a natureza e o espírito de um sistema jurídico, não é necessário que se investigue todo o seu passado. Em suas exatas palavras, “basta conhecê-lo (sic) desde o momento em que começa a assumir os caracteres atuais e do qual decorre, portanto, o seu verdadeiro desenvolvimento”. Apesar disso, o referido autor cita alguns exemplos do direito criminal dos primitivos povos peninsulares,

---

<sup>147</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. rev. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>148</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 52.

<sup>149</sup> CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 08-09.

<sup>150</sup> DA MATTA, José Caeiro. *Direito Criminal Português – Volume I*. Coimbra: F. França Amado, 1911, p. 255.

tais como a pena capital, a pena de apedrejamento e a amputação de membros (mão direita)<sup>151</sup>.

Com base em seus ensinamentos, é possível asseverar que concorreram para a formação do direito criminal português o direito germânico, o direito consuetudinário, o direito canônico e, por fim, o direito romano, sendo que deste último derivam a lógica, o tecnicismo e a própria terminologia jurídica atuais. Com tais elementos, aos quais as Partidas ou Ordenações Castelhanas juntaram certas disposições particulares, deu-se origem, num primeiro momento, às Ordenações Affonsinas, em 1446, que foram revistas no início do século seguinte por meio das Ordenações Manuelinas e, já em 1603, pelas Ordenações Filippinas, as quais funcionaram em grande parte como cópia das antecedentes<sup>152</sup>.

Sobre o caráter do direito criminal dessas Ordenações, Da Matta assevera que:

Prodigalisava-se a pena de morte, simples ou cruel, isto é, pelo fogo em vida, precedida do corte das mãos, do arrastamento das victimas até ao logar do supplicio, do apedrejamento, etc. Tinham frequente applicação as mutilações dos membros e outras atrocidades, precedidas dos tormentos ou torturas; as penas corporaes da marca pelo ferro, açoutes, degredo e galés concorriam com uma infinidade de multas (...).

Abundavam as penas infamantes. Consignavam-se incriminações absurdas e iniquas: o crime de feitiçaria e encantos, o trato illicito de christão com judia ou moura, o furto do valor de marco de prata eram por egual punidos com a pena de morte. Consagrava-se o confisco e a morte civil. (...)

Mantem-se a mais injusta differença de classes para o effeito da applicação das penas, que variavam segundo o réo era nobre ou plebeu, homem honrado, ou de estado, ou homem vil; e não se attende ás condições de imputabilidade do criminoso, sendo as provas semi-plenas havidas por plenas quando se tratava de crimes *extra-ordinem*.

A severidade da legislação era tal que a impunidade ou o arbítrio da condemnação se tornaram com o tempo em necessidade relativa: as leis penaes caíram em desuso, mesmo sem serem derogadas.<sup>153</sup>

Como visto anteriormente, somente a partir do final do século XVIII e início do século XIX, sob forte influência da corrente iluminista que se espalhou pela Europa, especialmente no que diz respeito ao debate ideológico proposto, dentre outros, por

---

<sup>151</sup> Além do crime de parricídio, punido com o apedrejamento, outras condutas também eram consideradas como criminosas, a exemplo dos chamados delitos públicos, como a covardia – cuja punição se revestia de caráter religioso –, o abigeato – punido com a pena de morte ou de trabalhos forçados – e o furto de bens comuns, que também era castigado com o *supplicium capitis*. Em relação ao furto de coisa privada, a repressão e a vindita eram exercidas pelos próprios indivíduos, que também recorriam às sanções religiosas nesse caso. O roubo e o bandoleirismo, entretanto, não eram vistos como atos desonrosos e, portanto, ilícitos, mas sim “uma façanha meritória, quando recaía sobre indivíduos pertencentes a grupos estranhos”. (DA MATTA, José Caetano. *Direito Criminal Português – Volume I*, p. 255-256).

<sup>152</sup> DA MATTA, José Caetano. *Direito Criminal Português – Volume I*, p. 255-263.

<sup>153</sup> DA MATTA, José Caetano. *Direito Criminal Português – Volume I*, p. 263-264.

Beccaria<sup>154</sup>, que se lançaram as bases doutrinárias capazes de superar o modelo criminal vigente até então, o que possibilitou, no campo da execução prisional, por exemplo, correntes como a do correcionalismo, que:

(...) vem oferecer à reflexão toda a perspectiva de prevenção especial como caracterizadora dos fins últimos das penas que, mais do que a intimidação social ou a justa retribuição social à agressão, deveriam tentar obter a regeneração do delincente e a sua recondução aos valores morais e jurídicos vigentes.<sup>155</sup>

Na mesma linha, Moura<sup>156</sup> esclarece que “as penas quase até ao período que antecedeu a Constituição de 1822, eram vistas exclusivamente como um mal, um castigo, um sofrimento obrigatório para quem tinha pecado”; no entanto, a compreensão em relação ao fim das penas evoluiu paulatinamente com o passar do tempo, sendo complementada, conforme assevera a autora, “por premissas e fundamentos mais positivos, no sentido de mais direcionados à pessoa humana e sua dignidade (...)”<sup>157</sup>.

Sobre esse contexto histórico politicamente ativo, característico da primeira metade do século XIX, conforme aduz novamente Barreiros<sup>158</sup>, é importante anotar que, especificamente em relação ao tema da prisão, a Constituição de 1822 abordou de forma pormenorizada a chamada prisão preventiva, compreendida a partir de “uma regra de liberdade em que a detenção era excepcionalmente permitida e durante prazos curtos”. Da mesma forma, é importante observar que a chamada Constituição de Setembro –que, apesar do nome, entrou em vigor em 4 de Abril de 1838 –, também se preocupou, na linha da Constituição anterior, com o instituto em questão (Art. 17º)<sup>159</sup>.

Ademais, vale o registro referente ao Código Penal de 1852, que, influenciado pelo modelo francês de 1810, adotou a teoria da prevenção geral e, no que concerne ao sistema

---

<sup>154</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*.

<sup>155</sup> BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Revista Análise Social*. Vol. XVI, nº 63, Lisboa: 1980, p. 587.

<sup>156</sup> MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*. Dissertação de Mestrado Forense. Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 5.

<sup>157</sup> MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*, p. 4.

<sup>158</sup> BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história, p. 590.

<sup>159</sup> “Art. 17º - Ninguém pode ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada da prisão sendo em lugar próximo da residência da respectiva autoridade, e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável que a Lei marcará, e respectiva autoridade, por uma nota por ela assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes dos acusadores e os das testemunhas havendo-as.

§ 2º - À excepção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade competente (...)”.

das penas, substituiu de vez as penas corporais pela de prisão, que passou a ser a principal forma de manifestação do poder punitivo do Estado português<sup>160</sup>.

Esse contexto efervescente, caracterizado pela aprovação de inúmeras leis e reformas, culminou na aprovação do Código Penal de 1886, que firmou a concepção da pena como sendo de carácter público e não mais privado, cabendo somente ao Estado, de forma limitada, a legitimidade punitiva. Não é outro entendimento a seguir exposto:

As penas começaram a ter um carácter público ao invés de privado, atribuindo legitimidade ao Estado para punir. Justificavam-se assim os objectivos das penas – a ressocialização ou reintegração do agente e, a legitimação que obedece anteriormente às mesmas – a intervenção do Estado – Intervenção limitada por um lado, necessária por outro.

Apenas o Estado pode, e tem legitimidade para, perante a ameaça da paz jurídica da comunidade quando diante da efectiva violação da mesma, subtrair o mínimo dos direitos, liberdades e garantias de cada um, para preservar e restituir essa mesma paz jurídica e simultaneamente, permitir a realização mais livre possível da personalidade de cada um.<sup>161</sup>

Importante destacar, além disso, que o *códex* de 1886 foi o que vigorou por mais tempo no sistema jurídico lusitano, uma vez que, apesar das inúmeras revisões<sup>162</sup>, somente foi substituído pelo atual Código Penal, em vigor desde 1982 (Decreto-Lei Nº 400, de 23 de Setembro). Este código, por sua vez, embora ainda válido em sua essência, também foi objeto de importantes reformas, especialmente entre os anos de 1995 e 2007, sob a égide do garantismo penal, buscando, dentre outras pretensões, tornar as penas mais proporcionais aos delitos, especialmente no que diz respeito à prisão<sup>163</sup>.

Por fim, sobreleva de importância destacar a revisão constitucional de 1997, que, dentre outras coisas, consagrou, no art. 28.º, nº 2, da CRP<sup>164</sup>, o carácter excepcional da prisão preventiva em Portugal, muito embora tal característica, já fosse uma decorrência lógica do próprio sistema criminal antes mesmo disso.

---

<sup>160</sup> BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história, p. 593.

<sup>161</sup> MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*, pp. 5-6.

<sup>162</sup> Uma das mais importantes, vale o destaque, foi a que instituiu o *Juízo de Instrução Criminal* em Portugal, “verdadeira polícia de investigação política disfarçada de entidade jurisdicional, à qual foram conferidos poderes majestáticos no que toca à prisão preventiva (que não tinha qualquer limite temporal) e ao valor probatório dos seus atos de investigação, aos quais foi conferida a força de corpo de delito”. (Cf. BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história, p. 596).

<sup>163</sup> Destacam-se aí as reformas promovidas pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, e a Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que são responsáveis pelas principais mudanças do Código Penal de Portugal no período.

<sup>164</sup> “A prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei”.

### 3.2 A PENA DE PRISÃO NO BRASIL

Quando do início da ocupação colonial do Brasil, em 1500, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas, as quais, entretanto, não tiveram qualquer influência na nova Colônia, local onde, de acordo com Zaffaroni<sup>165</sup>, o poder punitivo foi imposto de forma bastante desregulada e privada pelos chamados donatários<sup>166</sup>, situação que perdurou mesmo com a entrada em vigor do Código Manuelino a partir de 1521.

Apenas com as Ordenações Filipinas, no início do século XVII, passou-se a constituir o “eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica”<sup>167</sup>, sendo importante mencionar, conforme destaca Aguirre<sup>168</sup>, que os mecanismos coloniais de controle social não atribuíam muita importância às prisões, que constituíam, na maioria das vezes, meros lugares de detenção para aqueles que estavam aguardando julgamento ou execução da sentença, uma vez que “O castigo (...) se aplicava muito mais frequentemente por meio de vários outros mecanismos típicos das sociedades do Antigo Regime, tais como execuções públicas, marcas, açoites, trabalhos públicos ou desterros”.

Nem mesmo os ideais iluministas, que influenciaram, além da própria Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830, foram capazes de superar as imensas contradições do sistema criminal do recém-independente país, pois, ainda que se tenha promovido a substituição dos castigos corporais pela pena privativa de liberdade, as penas degradantes e de morte continuaram a ser aplicadas (especialmente no caso dos escravos), assim como as próprias condições do cárcere não eram as melhores.

Esse contexto só veio a sofrer mudanças significativas após a Proclamação da República, quando, de acordo com o que expõe Zaffaroni<sup>169</sup>, o discurso do sistema penal, antes apoiado numa suposta inferioridade jurídica do escravismo, passou a ser substituído pelo argumento da inferioridade biológica, de base pretensamente científico-positivista.

---

<sup>165</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p. 413-414

<sup>166</sup> Fidalgos portugueses que receberam grandes faixas de terras denominadas de capitânicas hereditárias, nas quais, à semelhança do antigo sistema feudal europeu, atuavam de forma bastante autônoma, concentrando tanto poderes legislativos quanto judiciais.

<sup>167</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p. 417

<sup>168</sup> AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina (1800-1940). In: MAIA, Clarissa Nunes *et al.* (org.). *História das prisões no Brasil volume I*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 37-38.

<sup>169</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p. 442.

De qualquer modo, importa esclarecer que as mudanças promovidas até meados da primeira metade do século XIX não foram capazes de proporcionar alterações satisfatórias para o contexto prisional brasileiro. Não se pode afirmar, além disso, que as reformas promovidas pelo Estado Novo (1937-1945), e que culminaram, por exemplo, na aprovação do atual Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), representaram a incorporação da criminologia positivista. Para Zaffaroni<sup>170</sup>, nem mesmo no que diz respeito à lei de contravenções penais (Decreto-Lei 3.688/1941) é possível fazer uma comparação com o regime legal da Primeira República, especialmente quando se trata, por exemplo, da criminalização da vadiagem, que “é quase um dado estrutural do capitalismo industrial, e portanto não poderia estar ausente da conjuntura em exame”.

Dito isso, e apesar das reformas pontuais que o sistema criminal sofreu desde então, no que concerne especificamente ao instituto da prisão, merecem destaque as inovações promovidas tanto pela Lei 7.209/1984<sup>171</sup> – que reformou a Parte Geral do Código Penal – quanto pela Lei de Execução Penal (7.210/1984)<sup>172</sup>.

Sobre a reforma de 1984, Zaffaroni assevera que:

O sistema de penas foi objeto de primorosa reforma, da qual se destaca em primeiro lugar a quase integral (...) unificação das penas privativas de liberdade. A partir da quantidade de pena, conjugada à primariedade do condenado, estipula-se o regime: fechado, semi-aberto e aberto (...), dispostos em “forma progressiva”. (...) As penas restritivas de direito (...) funcionavam como substitutivos das privativas de liberdade até um ano, ou sem qualquer limite se o crime fosse culposos (...). Na pena de multa, retornava-se ao critério histórico brasileiro do dia-multa (...). Resolvendo polêmica que acompanhara todo o percurso do CP 1940, a aplicação da pena se regeria por um sistema trifásico (...). Aprimorou-se a suspensão condicional da pena, adaptando-a ao novo sistema. (...) No título relativo à extinção da punibilidade, a chamada prescrição retroativa viu-se finalmente reconhecida em sua plenitude (...).<sup>173</sup>

Simultaneamente à reforma do Código Penal, entrou em vigor a Lei de Execução Penal, que retirou do CPP a matéria referente à execução da pena no Brasil, conferindo maior autonomia normativa e científica ao Direito de Execução Penal. Conforme observa Prado<sup>174</sup>, com o advento da Constituição Federal, várias garantias penais passaram a ser tuteladas, a

---

<sup>170</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p. 463.

<sup>171</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.209, de 11 de Julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.

<sup>172</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

<sup>173</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *et al. Direito Penal Brasileiro I*, p. 483.

<sup>174</sup> PRADO, Florestan Rodrigo. *Sistema Penitenciário e Exclusão Social: um olhar sobre a realidade das prisões brasileiras*. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 2012, p. 86.

exemplo dos princípios da legalidade, da individualização da pena, da vedação de penas cruéis, de trabalhos forçados, as de caráter perpétuo e a de morte, que foram alçadas ao patamar de cláusulas pétreas (art. 5º, XXXIX, XLVI “*caput*”, XLVII “a”, “b”, “c”, “d”, “e”), bem como o texto constitucional ainda estabeleceu várias regras de execução penal, a exemplo das previstas no art. 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVII, XLIX e L.

Necessário frisar que, mesmo após a Constituição, como bem observa Prado<sup>175</sup>, o sistema punitivo brasileiro continuou sendo modificado por leis especiais que instituíram, por exemplo, o sistema de transação penal e outros institutos despenalizadores (Lei nº 9.099/1995)<sup>176</sup>, além da possibilidade de substituição de prisão por medidas restritivas de direitos nos casos de condenação não superior a quatro anos (Lei nº 9.714/1998)<sup>177</sup>.

### 3.3 AS ESPÉCIES DE PRISÃO NO BRASIL

É possível afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem três espécies de prisão: a extrapenal, que tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar; a penal ou prisão-pena, que decorre de sentença condenatória transitada em julgado; e a prisão sem pena, cautelar ou processual, que, por sua vez, se subdivide em prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária<sup>178</sup>.

Para os fins a que se propõe a presente dissertação, destacar-se-á brevemente a prisão extrapenal, assim denominada por não ser imposta como consequência de um ilícito penal, sendo hodiernamente possível falar nessa modalidade de ergástulo somente no caso da prisão civil do inadimplente voluntário de obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII, da CRFB)<sup>179</sup> e no

---

<sup>175</sup> PRADO, Florestan Rodrigo. *Sistema Penitenciário e Exclusão Social: um olhar sobre a realidade das prisões brasileiras*, p. 86.

<sup>176</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9.714, de 25 de Novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

<sup>178</sup> Nesse sentido, Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 863.

<sup>179</sup> Apesar do texto constitucional também se referir à possibilidade de prisão civil por dívida no caso depositário infiel, atualmente prevalece o entendimento de que em razão dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos), perderam eficácia jurídica as normas infraconstitucionais conflitantes com tais tratados, que adquiriram status normativo supralegal. Nesse sentido também, a Súmula Vinculante Nº 25 estabeleceu que “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

caso de transgressão disciplinar de natureza militar, nos termos previstos no art. 5º, LXI, da referida Carta<sup>180</sup>.

Quanto a prisão pena, entendida assim a que decorre de sentença irrecorrível, tem-se que ela constitui atualmente a principal forma de resposta estatal diante de um delito praticado, sendo, pois, superveniente à persecução penal. Vale destacar, entretanto, que, conforme se depreende do que foi dito anteriormente, esse caráter satisfativo da prisão apenas modernamente passou a ser adotado, uma vez que o cárcere até meados do século XVIII tinha uma finalidade provisória, não correspondendo a uma punição em si mesmo.

Ainda sobre a prisão-pena, faz-se necessário enfatizar a recorrente celeuma em torno do entendimento sobre a prisão em segunda instância, apesar da previsão contida no art. 283, *caput*, do CPP<sup>181</sup> e do mandamento constitucional contido no art. 5º, LVII, que prestigia o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, em 17 de Fevereiro de 2016, em sede do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP<sup>182</sup>, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, condescendeu com a execução de pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, sob o argumento de que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (...)”, asseverando, além do mais, que o exaurimento do exame sobre os fatos e provas da causa em segunda instância, confirmando a culpa do réu, autoriza o início da execução da pena.

Diante da insegurança jurídica que se instaurou a partir de então, o tema foi novamente objeto de apreciação pela Suprema Corte, em 07 de Novembro de 2019, quando finalmente foram apreciadas as já aludidas ADCs nº 43, 44 e 54, tendo sido deliberado, por

---

<sup>180</sup> “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

<sup>181</sup> Referido dispositivo, cuja redação dada pela Lei 12.403/2011 previa que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, foi recentemente alterado pela Lei nº 13.964/2019, que, na mesma linha do texto anterior, estabeleceu que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

<sup>182</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17/02/2016, p. 01.

apertada maioria de votos, no sentido de reconhecer a constitucionalidade do art. 283 do CPP e proibir o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito definitivo do processo.

Nesse sentido, elucidativo o voto do Relator manifestado na ocasião:

A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.<sup>183</sup>

Feitas essas considerações propedêuticas, maior atenção será concedida à prisão cautelar, que é aquela que ocorre no curso da persecução penal, antes, portanto, do fim do processo, se revertendo, por isso mesmo, de caráter excepcional. Como bem observa Rangel<sup>184</sup>, trata-se de espécie de medida cautelar que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva. De acordo com referido autor, tal espécie de prisão se destina a resguardar o processo de conhecimento, garantindo a aplicação da lei penal, sendo validada, portanto, pelo binômio da urgência e da necessidade, característicos das medidas cautelares.

Segundo esclarece Oliveira<sup>185</sup>, toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão cautelar, no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública, sendo que, em virtude do já aludido princípio da presunção de inocência, é indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz. À essa perspectiva, entretanto, se contrapõe Ferrajoli<sup>186</sup>, para quem a prisão *ante iudicium* ofende o sentimento comum de justiça, constituindo um ato de força e arbítrio, uma vez que, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz o princípio da submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento:

Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual

---

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 43 - Proc. apensados: ADC 54 e 44 -. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/10/2019, p. 4.

<sup>184</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 766.

<sup>185</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 396-397.

<sup>186</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 446.

ou, seja como for, não penal. Com semelhantes trapaças nas formalidades (...) dissolveu-se – em nosso e em outros ordenamentos – a função de tutela do direito penal e o papel mesmo da pena enquanto medida preventiva exclusiva, alternativa a outras medidas certamente mais efetivas mas não tão garantistas.<sup>187</sup>

A esse respeito, necessário destacar o ponto de vista manifestado, dentre outros autores, por Lima<sup>188</sup>, que afirma que “entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado”. Acontece, porém, conforme conclui o próprio autor, que essa função cautelar e instrumentalizante da prisão “não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade”, não podendo, também, ser decretada “para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza (...)”, como comumente tem sido observado na prática e de forma meramente simbólica.

### 3.3.1 AS PRISÕES CAUTELARES

Antes de abordar propriamente o assunto, faz-se necessário registrar que, até meados do ano de 2008, havia no sistema criminal brasileiro a previsão legal de duas espécies autônomas de prisões cautelares, quais sejam, a decorrente de pronúncia (artigos 408 e 585 do CPP) e a decorrente de sentença condenatória recorrível (artigos 393, I, e 594 do CPP). Acertadamente, ambas modalidades foram extintas, expressa ou tacitamente, por meio da reforma do CPP promovida pelas Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008 e, posteriormente, pela Lei 12.403/2011<sup>189</sup>.

A respeito da Lei nº 12.403/2011<sup>190</sup>, a propósito, tem-se que, por meio dela, diversas alterações foram introduzidas no CPP, especialmente em relação às medidas cautelares<sup>191</sup>,

---

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 446.

<sup>188</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 875.

<sup>189</sup> Sobre o assunto, importante destacar a opinião segundo a qual desde o advento da Constituição de 1988 e da consequente consagração do princípio da presunção de não-culpabilidade, já não era possível que uma ordem legislativa subtraísse da apreciação do Poder Judiciário a análise da necessidade de segregação cautelar diante dos elementos do caso concreto, determinando o recolhimento de alguém à prisão como efeito automático da pronúncia ou de uma sentença condenatória recorrível. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 876).

<sup>190</sup> BRASIL. Lei Federal nº 12.403, de 04 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

<sup>191</sup> A lei em comento também elencou no art. 319 do CPP as medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar

dentre as quais a própria prisão, sendo que, nos termos do art. 282, tais medidas cautelares devem ser aplicadas, de forma isolada ou cumulativa, observando-se, de um modo geral a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos previstos, para evitar a prática de infrações penais; e II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Cuidou-se também de alterar o texto do art. 283, o qual foi recentemente modificado pela lei que instituiu o chamado Pacote Anticrime (Lei Nº 13.964/2019), mas que, na sua essência, manteve as únicas modalidades de encarceramento penal que o ordenamento jurídico autoriza, ou seja, a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar (preventiva ou temporária) ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Segundo Nucci<sup>192</sup>, a nova alteração do art. 283 foi meramente técnica, especialmente quanto à parte final do dispositivo, uma vez que:

(...) a lei anterior mencionava *sentença condenatória transitada em julgado*, sinalizando para a decisão de primeiro grau; a nova lei ampliou, com acerto, para *condenação criminal transitada em julgado*, afinal pode se tratar de acórdão condenatório. O termo genérico *condenação criminal* abrange a condenação em qualquer grau de jurisdição.

Dito isso, passa-se a tecer breves comentários em relação à prisão em flagrante, que é a prisão compatível com a infração que ainda arde, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de acontecer, autorizando, portanto, a prisão do suspeito mesmo sem autorização judicial, em virtude da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria que a certeza visual dos fatos propicia, funcionando como um mecanismo de autopreservação e defesa da própria sociedade, facultando-se em virtude disso a qualquer do povo a sua realização<sup>193</sup>.

---

atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica.

<sup>192</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 78.

<sup>193</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 905.

Atualmente, é consenso afirmar que se trata de prisão de natureza pré-cautelar, uma vez que, tendo por finalidade colocar o preso à disposição da Justiça, a quem compete analisar a legalidade do ato e decidir a respeito da situação do capturado – podendo, inclusive, optar pela conversão da prisão em flagrante em preventiva –, seu fundamento não é propriamente o de garantir o resultado final do processo, mas sim “evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas (...)”<sup>194</sup>.

Diz-se, aliás, que a prisão em flagrante é caracterizada por ser precária, uma vez que somente se justifica em face da brevidade de sua duração (art. 306, § 1º, do CPP) e da obrigatoriedade de análise judicial após a sua realização, oportunidade em que, nos termos do art. 310 do CPP, deverá o juiz decidir entre o relaxamento da prisão ilegal, a conversão em prisão preventiva ou, ainda, concessão de liberdade provisória<sup>195</sup>.

Cabe destacar, ainda, que o CPP elenca as hipóteses que configuram flagrante delito, de onde se extrai a classificação em *flagrante próprio*, que ocorre quando o agente é surpreendido cometendo a infração ou logo após cometê-la; *flagrante impróprio*, quando o agente é perseguido, logo após a prática do crime, em situação que faça presumir ter sido ele o autor; *flagrante presumido*, quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ter sido ele o autor<sup>196</sup>.

Já no que concerne à prisão temporária, trata-se de espécie de prisão acautelatória que se destina a auxiliar a investigação criminal referente a determinados delitos, somente sendo cabível durante a tramitação do inquérito policial ou de procedimento investigatório equivalente.

---

<sup>194</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, p. 775.

<sup>195</sup> “Art. 310 Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; ou II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III – conceder Liberdade provisória, com ou sem fiança”.

<sup>196</sup> “As hipóteses que autorizam a prisão em flagrante de determinada pessoa estão previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 302 do Código de Processo Penal. Cuida-se de rol taxativo, modelando e qualificando situações de flagrância, de modo a afastar eventual violência ao direito constitucional de locomoção. Esse rol, por conseguinte, não comporta o emprego de analogia, nem tampouco de interpretação extensiva, evidenciando-se constrangimento ilegal à liberdade de locomoção caso o agente se veja preso em flagrante em situação fática que não se amolde às hipóteses previstas no art. 302, quando, então, será cabível o relaxamento da prisão”. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 931).

Tal instituto é regulado pela Lei nº 7.960/1989<sup>197</sup>, que, já no art. 1º, estipula os seus requisitos como sendo a imprescindibilidade para as investigações (inciso I); ausência de residência fixa ou de elementos necessários ao esclarecimento da identidade do investigado (inciso II); existência de fundadas razões de autoria ou participação do investigado na prática dos seguintes crimes (inciso III): homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro, e crimes previstos na Lei de Antiterrorismo.

É necessário ressaltar, conforme esclarecem Távora e Alencar<sup>198</sup>, que os crimes hediondos e assemelhados (tráfico, tortura e terrorismo), mesmo não contemplados pela Lei nº 7.960/1989, também são suscetíveis dessa modalidade de prisão, em decorrência do que dispõe o art. 2º, §4º da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos)<sup>199</sup>. Vale ressaltar, ademais, que, sendo uma medida cautelar, o *periculum libertatis* a justificar a decretação da prisão temporária está estampado nos incisos I e II acima referenciados, da mesma forma que o inciso III trata essencialmente do *fumus commisi delicti*, devendo ser levados em consideração os pressupostos gerais contidos no CPP (art. 282, I e II).

Quanto à prisão preventiva, de acordo com a definição adotada por Távora e Alencar<sup>200</sup>, “É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual”. Forçoso observar, entretanto, que a medida cautelar é cabível até antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, mesmo sem a instauração de inquérito policial, desde que presentes os requisitos legais que justifiquem a necessidade do cárcere.

A nova redação dada ao art. 311 do CPP pela Lei 13.964/2019, na mesma senda da anterior, ratifica essa lógica ao manter a expressão “investigação policial”, dotada de sentido mais abrangente que “inquérito policial”, termo que foi originariamente adotado pelo *códex* e só retirado na reforma de 2011. Inova, entretanto, ao retirar do juiz a possibilidade de

---

<sup>197</sup> BRASIL. Lei Federal nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária.

<sup>198</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 948.

<sup>199</sup> § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

<sup>200</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 931.

decretar a medida de ofício, posição que era merecedora de crítica, uma vez que claramente incompatível com o sistema acusatório em vigor.

Outra importante mudança recentemente introduzida acrescentou ao art. 312 o conceito de “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Antes, presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, bastava que houvesse a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria do crime. Além disso, impõem-se hodiernamente ao juiz a obrigação de motivar e fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva com base no receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade de aplicação da medida (art. 312, §2º). A esse respeito, cumpre destacar a crítica a seguir:

Esse novo ingrediente para a prisão preventiva não acrescenta absolutamente nada de novo; pelo contrário, abre mais uma porta genérica e aberta para a prisão preventiva. Como apurar *perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado*? Estaria fora da garantia da ordem pública ou ordem econômica? Seria diferente de garantir a instrução processual? Seria diverso da aplicação da lei penal? Enfim, para nós, a liberdade do acusado, quando gera perigo, precisa encaixar-se nos elementos anteriores. Não há como nascer um critério novo, como se nunca tivesse antes sido previsto.<sup>201</sup>

No que concerne, ainda, à prisão preventiva, é fundamental salientar o art. 313 do CPP, que apresenta as hipóteses de admissibilidade dessa modalidade de prisão cautelar, uma vez cumpridos os pressupostos estipulados no art. 312 – os quais serão detalhados na sequência. Assim, a preventiva só é admissível nas seguintes situações: I – quando se tratar de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – quando o investigado ou acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (ressalvado o disposto no art. 64, I, do CP)<sup>202</sup>; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, sendo, nesse caso, destinada à garantia da execução das

---

<sup>201</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 82.

<sup>202</sup> “Perceba-se que, independentemente de o crime ser punido com reclusão ou detenção -onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo-, a prisão preventiva poderá ser decretada se o acusado for reincidente em crime doloso, salvo se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, de acordo com o art. 64, inciso I, da nova Parte Geral do Código Penal, ou, ainda, se na condenação anterior o réu tiver sido beneficiado pelo instituto do perdão judicial, hipótese em que a sentença não pode ser considerada para fins de reincidência (CP, art. 120)”. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 976).

medidas protetivas de urgência; IV – quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la<sup>203</sup>.

Sobreleva de importância ressaltar também o §2º do artigo em comento, que disciplina que “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. Trata-se de entendimento que se alinha com a recente posição adotada pelo STF no que diz respeito à decretação de prisão após o julgamento em 2º grau, antes do trânsito em julgado do processo (vide as já referenciadas ADCs nº 43, 44 e 54).

Inovadora também foi a alteração dada ao texto do art. 315 do CPP, que impõe, além da necessidade de motivação da decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, o dever de fundamentá-la, esclarecendo, ademais, que, na motivação da prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar, o juiz deve indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida.

Além do mais, referido dispositivo, em seu novel §2º, buscou extirpar da prática forense decisões cujas fundamentações: I – se limitem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empreguem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão do juiz; V – limitem-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Por derradeiro, compete frisar que a recente reforma também introduziu no texto do art. 316 do CPP a possibilidade do juiz, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou processo, verificar a falta de motivo para que ela

---

<sup>203</sup> Nesse caso, a prisão preventiva é cabível tanto para crimes dolosos quanto para crimes culposos, independente da quantidade de pena cominada. Ademais, uma vez realizada a identificação, ainda que sem a colaboração do preso, deverá ele ser solto imediatamente, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida, nos termos do §1º do art. 313 do CPP.

subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Salutar, além disso, a previsão que obriga o magistrado a revisar a necessidade de sua manutenção, de ofício e de forma fundamentada, a cada 90 (noventa) dias. Tal medida, visa impedir que prisões cautelares se transformem em verdadeiro cumprimento antecipado de pena.

### 3.3.2 OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme estampado no acima mencionado art. 312 do CPP, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado – esse último elemento recém-introduzido pela Lei 13.964/2019 –, a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que como requisito para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal. Trata o referido dispositivo da manifestação no âmbito do processo penal *do periculum in mora*, aqui traduzido como *periculum libertatis*, e do *fumus boni iuris*, expresso na forma de *fumus comissi delicti*.

Assim, tem-se por primeiro a garantia da ordem pública, que, apesar da ausência de consenso em relação ao sentido da expressão, pode-se entender por “ordem pública” a paz e a tranquilidade social, não se destinando a proteger propriamente o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei, mas sim a comunidade, “coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social”<sup>204</sup>. Para Távora e Alencar<sup>205</sup>, por exemplo, a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública, objetiva evitar que o agente continue delinquindo, havendo, pois, a necessidade de que se demonstre o risco de que o infrator continuará delinquindo caso permaneça solto. Para os referidos autores, entretanto, é necessário que se comprove este risco, advertindo, ademais, que:

As expressões usuais, porém evasivas, sem nenhuma demonstração probatória, de que o indivíduo é um criminoso contumaz, possuidor de uma personalidade voltada para o crime etc., não se prestam, sem verificação, a autorizar o encarceramento. A mera existência de antecedentes criminais também não seria, por si só, um fator de segurança, afinal, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte, o simples fato de já ter sido indiciado ou processado, implica no reconhecimento de maus antecedentes. Obriga-se assim ao magistrado contextualizar a prisão e seu fundamento. Se os maus antecedentes, ou outros elementos probatórios, como testemunhas e documentos, revelam que o indivíduo pauta o seu comportamento na vertente criminosa, permitindo-se

---

<sup>204</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 416.

<sup>205</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 932.

concluir que o crime apurado é mais um, dentro da carreira delitativa, é sinal de que o requisito encontra-se atendido.<sup>206</sup>

Mesma crítica é tecida por Rangel<sup>207</sup>, para quem a ordem pública não é um conceito vago, constatando que, muitas vezes, o problema está na decisão e não no conceito do requisito em tela, estando presentes a “vagueza e a imprecisão”, por exemplo, quando o juiz firma seu *decisum* e decreta o recolhimento cautelar sem demonstrar onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado.

Sobre o assunto, importante destacar o art. 204.º, alínea c, do Código de Processo Penal de Portugal<sup>208</sup>, que se refere especificamente ao “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”, o qual pode ser comparado com o requisito da garantia da ordem pública previsto na lei brasileira, restando evidente que o legislador lusitano foi mais detalhista ao se referir a esse pressuposto.

Quanto à garantia da ordem econômica, há que se advertir que os mesmos comentários feitos em relação ao requisito anterior lhe são aplicáveis, tratando-se apenas de providência legislativa que busca coibir ações criminosas que perturbem a tranquilidade da ordem econômica, somente podendo ser utilizada como fundamento da medida cautelar preventiva em casos específicos previstos em leis que cuidam da atividade econômica, mas que seriam perfeitamente abarcados pela garantia da ordem pública. Dessa forma:

Perceba-se a absoluta ociosidade do dispositivo, afinal, havendo temor da prática de novas infrações, afetando ou não a ordem econômica, já haveria o enquadramento na expressão maior, que é a garantia da ordem pública. A ordem econômica estaria enquadrada num contexto macro, que é o da preservação da ordem pública, não havendo a necessidade de disposição expressa neste sentido.<sup>209</sup>

Por sua vez, o pressuposto que se destina a assegurar a aplicação da lei penal – cuja ordem de apresentação aqui foi propositalmente alterada, por motivos meramente didáticos, em relação à ordem elencada no próprio artigo 312 – corresponde à prisão preventiva decretada, via de regra, com base no risco de fuga do imputado, que não deve ser presumido, mas sim lastreado em dados concretos da realidade, não podendo revelar-se, conforme aduz

---

<sup>206</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 932

<sup>207</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, p. 809.

<sup>208</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Código de Processo Penal. Diário da República n.º 40/1987.

<sup>209</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 932.

Oliveira<sup>210</sup>, “fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu”.

Não é outro o sentido traduzido pelo art. 204.º, alínea a, do CPP lusitano, que estabelece, de maneira insofismável, o cabimento da medida cautelar privativa da liberdade em caso de fuga ou perigo de fuga, que, da mesma forma, não pode ser presumida (no caso de mera conjectura do risco de fuga).

Finalmente, por conveniência da instrução criminal, deve-se entender a prisão preventiva decretada em prol da tutela da prova, ou seja, visa impedir que o agente perturbe ou impeça a livre produção de provas. Assim, conforme explana Lima<sup>211</sup>:

(...) havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

Trata-se, portanto, de medida que não se deve confundir, a despeito da expressão cunhada pela lei brasileira, com a mera conveniência, pois, como toda prisão de natureza cautelar, é obrigatória a demonstração de sua necessidade e indispensabilidade para o bom andamento do processo<sup>212</sup>.

Isso tem especial relevância no cenário político-criminal recente do Brasil, uma vez que decisões judiciais foram tomadas, como será visto em breve, com base em interpretações muitas vezes enviesadas, dando sentido inédito e sem qualquer respaldo doutrinário e jurisprudencial à expressão conveniência da instrução criminal.

É importante insistir no sentido de que a prisão preventiva com base nesse pressuposto só tem cabimento quando o estado de liberdade do investigado ou processado ameaça de algum modo a livre produção de provas ou o bom andamento do processo, o que ocorre, por exemplo, quando ele ameaça as testemunhas, tenta subornar o perito que irá subscrever o laudo, ameaça o juiz ou o promotor de justiça que funciona no processo, subtrai documentos imprescindíveis à comprovação do injusto penal, etc<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 416.

<sup>211</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 973.

<sup>212</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 973.

<sup>213</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, p. 811.

Apesar disso, importa destacar a seguinte advertência feita por Lima<sup>214</sup>:

Na verdade, embora o acusado não possa obstruir a atividade probatória, não se admite que sua prisão seja decretada com o objetivo de obrigá-lo a contribuir para a apuração do fato delituoso. Afinal, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o acusado não está obrigado a contribuir ativamente com a produção de prova que possa incriminá-lo.

Mais esclarecedora ainda é a redação dada pelo art. 204.º, alínea b, do CPP português, que também estabelece como pressuposto da prisão preventiva o “Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova”.

À semelhança do propósito da lei brasileira, busca-se, com tal mandamento legal, proteger a produção das provas, o que deve ocorrer, entretanto, conforme recomenda Albuquerque<sup>215</sup>, com bastante prudência, para que não haja um desvirtuamento do instituto no sentido de coagir alguém a colaborar.

---

<sup>214</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 973.

<sup>215</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editorial, 2011, p. 601.

## CAPÍTULO 4 – A DELAÇÃO PREMIADA

### 4.1 ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada, espécie do gênero colaboração premiada, tem sua origem histórica incerta, podendo ser citada, apenas para que se estabeleça um marco temporal razoável, a passagem bíblica em que, segundo a tradição cristã, Judas Iscariotes – um dos doze apóstolos – traiu Jesus em troca de algumas moedas de prata, entregando-o aos chefes dos sacerdotes<sup>216</sup>.

Avançando vários séculos na história ocidental, é possível afirmar que a Igreja também fomentou a ação de delatores por meio da Santa Inquisição<sup>217</sup>. Não por outra razão, Silva<sup>218</sup> aponta justamente como origem remota do instituto o sistema inquisitorial, destacando, ademais, que “seu processo de valoração, na Idade Média, era mais prestigiado quando a delação era feita sob tortura”, uma vez que acreditava-se à época que aquele que confessava espontaneamente estava mais inclinado a mentir, posto que “era mais fácil vir da boca de um co-réu a mentira do que a verdade”<sup>219</sup>.

No Brasil, o instituto guarda suas raízes no Quinto Livro das Ordenações Filipinas de Portugal<sup>220</sup>, mais especificamente no Título VI – que tratava do crime de lesa majestade – e no Título CXVI – que trazia a sugestiva redação sob o cabeçalho “Como se perdoará aos malfetores, que derem outros à prisão” –, tendo esse código vigido de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal do Império do Brasil, em 16 de dezembro de 1830.

---

<sup>216</sup> Cf. Mt 26:14-16; Lc 22:3-6; Mc 14:10.

<sup>217</sup> Espécie de Tribunal religioso criado pela Igreja Católica Romana a partir do século XIII para combater aqueles que eram considerados uma ameaça à sua doutrina ou que simplesmente não seguiam os seus dogmas, os quais eram chamados de hereges.

<sup>218</sup> SILVA, Pedro Francisco da. *Validade e eficácia dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 24.

<sup>219</sup> GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2006, p. 101.

<sup>220</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *CODIGO PHILIPPINO ou ORDENAÇÕES E LEIS do REINO DE PORTUGAL – QUINTO LIVRO*. 14ª ed. (segundo a primeira de 1603, e a nona de 1824). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

Entretanto, é preciso deixar consignado, conforme destacam Mossin e Mossin<sup>221</sup>, que, na legislação reinol, ainda não havia a denominação de delação premiada – a qual somente apareceu em legislações mais modernas, principalmente no âmbito da Europa e dos Estados Unidos –, possuindo, todavia, o mesmo fim, como é o caso da concessão do perdão. É o que se observa, por exemplo, nas seguintes hipóteses, extraídas *ipsis literis* do Código Filipino, referentemente ao crime de “lesa majestade”:

(...) 12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação.

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber.<sup>222</sup>

Percebe-se que a norma em questão buscava incentivar com a promessa de perdão aquele que, tendo participado de conselho ou confederação contra o monarca e não sendo o principal responsável pela conspiração, resolvesse revelar os fatos planejados antes que outra pessoa ou mesmo o próprio rei viesse ou pudesse vir a tomar conhecimento, colaborando, assim, para sobrepujar o crime supostamente pretendido, aspecto que em muito se assemelha ao que se verifica na atualidade.

Da mesma forma, conforme suscitado anteriormente, o perdão e a recompensa também podiam ser concedidos, nos termos do Título CXVI do Livro V das Ordenações Filipinas, ao “malfeitor” que entregasse outros com quem tivesse praticado alguns delitos pelo próprio código especificados:

(...) tanto que assi dêr à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte E se não fôr participante no mesmo maleficio, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer maleficio, que tenha, postoque grave seja, e isto não sendo maior daquelle, em que he culpado o que assi deu á prisão.

---

<sup>221</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio César de Oliveira Guimarães. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. 3ª ed. Leme/SP: J.H.Mizuno, 2018, p. 40.

<sup>222</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *CODIGO PHILIPPINO ou ORDENAÇÕES E LEIS do REINO DE PORTUGAL – QUINTO LIVRO*, p. 1154.

E se não tiver perdão das partes, havemos por bem de lhe perdoar livremente o degredo, que tiver para Africa, até quatro annos, ou qualquer culpa, ou maleficio, que tiver commettido, porque mereça degredo até os ditos quatro annos.

Porém, isto se entenderá, que o que dér à prisão o malfeitor, não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer.

1. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e dér à prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê.<sup>223</sup>

Dito isto, é importante também ressaltar, como registro histórico mais emblemático daquele período, a delação em desfavor do inconfidente Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes<sup>224</sup>, durante o movimento que ficou conhecido como Inconfidência Mineira. Além desse, outros eventos da história do país ficaram bastante marcados pela ação de delatores, como no caso da Conjuração Baiana – ou Revolta dos Alfaiates –, ocorrida menos de uma década depois do levante mineiro<sup>225</sup>. Em ambos os episódios, destaque-se, os delatores, assim como o personagem bíblico, possivelmente agiram movidos por interesses pessoais de caráter meramente patrimoniais, como o perdão de dívidas ou a aquisição de riquezas.

Não se deve olvidar, outrossim, que mais recentemente a ditadura militar no Brasil (1964-1985) também ficou caracterizada pela grande quantidade de delações envolvendo artistas e figuras importantes da política nacional, especialmente após a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5)<sup>226</sup>, que representou o período mais rígido do regime militar no país. Deve-se distinguir, porém, que, nesses casos, a intenção dos delatores quase sempre visava evitar uma prisão ou o sofrimento de tortura por parte do aparelho de repressão estatal.

---

<sup>223</sup> ALMEIDA, Cândido Mendes de. *CODIGO PHILIPPINO ou ORDENAÇÕES E LEIS do REINO DE PORTUGAL – QUINTO LIVRO*, p. 1272.

<sup>224</sup> Nascido em Minas Gerais em 1746, era filho de um proprietário rural português. Tornou-se um dos líderes do movimento intitulado de “Inconfidência Mineira” (1789), sendo condenado à morte por enforcamento e executado em 21 de Abril de 1792, data que faz parte do calendário de feriados nacionais no Brasil.

<sup>225</sup> Tanto a inconfidência mineira quanto a conjuração baiana foram movimentos de caráter emancipacionista inspirados em ideais iluministas e em outros movimentos contemporâneos, como a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789-1799). Ambas as conspirações, ocorridas com intervalo de tempo de quase uma década entre uma e outra, foram fortemente rechaçadas a mando da Coroa portuguesa, após serem delatadas as pretensões de seus principais líderes, os quais foram duramente punidos.

<sup>226</sup> O Ato Institucional nº 5 ou simplesmente AI-5 corresponde ao Decreto publicado em 13 de Dezembro de 1968, durante o governo militar no Brasil, à época sob comando do General Costa e Silva, que representou um endurecimento ainda maior do regime ditatorial inaugurado em 1964. Por meio de tal ato restringiu-se ainda mais as liberdades individuais, promoveu-se toda sorte de perseguições e repressão, bem como o próprio Congresso Nacional foi fechado. Nas palavras de Schwarcz e Starling, o AI-5 configurava “uma ferramenta de intimidação pelo medo, não tinha prazo de vigência e seria empregado pela ditadura contra a oposição e a discordância”. (SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. *Brasil: Uma Biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 455).

Pelo exposto, conforme observam Canotilho e Brandão<sup>227</sup>, é notório que se trata de um fenômeno que está muito longe de representar uma novidade, antes constituindo uma prolongada realidade na história do Direito Penal, que é tão antiga quanto controvertida, especialmente por causa dos “inarredáveis problemas e dilemas éticos, morais e jurídicos que lhe são inerentes”.

Hodiernamente, no entanto, com ampla influência exercida pelo direito norte-americano – notadamente por meio do instituto da *plea bargaining* – e estreita proximidade com a experiência italiana adquirida algumas décadas antes na luta contra a máfia (*Operazione Mani Pulite*)<sup>228</sup>, a delação premiada, então assentada como meio de obtenção de prova, passou a consistir “na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa”<sup>229</sup>.

Tomando por base a Lei 12.850/2013, Canotilho e Brandão<sup>230</sup> classificam o instituto como um “instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (*caput* e § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º)”.

Assim, de acordo com Silva<sup>231</sup>, é possível inferir que a delação premiada corresponde, ao mesmo tempo, a uma técnica de investigação e a um mecanismo de produção de prova, baseado no estímulo concedido a um agente para que revele a participação de outrem na mesma atividade criminosa. De acordo com o autor, não é demais

---

<sup>227</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 133, pp. 133-171. São Paulo: Editora RT, jul. 2017, p. 143.

<sup>228</sup> “A expressão “Mãos Limpas” é o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão *Tangentopoli* (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“*le tangenti*”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica (...). Esclarecimentos terminológicos à parte, Mãos Limpas e Tangentopoli, entendidas em sentido estrito, identificam um curto período da história político-judiciária italiana: aquele que vai do início de 1992 ao fim de 1994. (ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, nº 15, Jul-Dez. p. 379).

<sup>229</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 375.

<sup>230</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p. 145.

<sup>231</sup> SILVA, Pedro Francisco da. *Validade e eficácia dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas no Brasil*, p.23.

frisar, “Não basta a atribuição de uma determinada conduta delituosa a outrem; é necessário que o delator também confesse sua participação no crime”.

Destaque-se também que, apesar de comumente empregadas como expressões equivalentes, e ainda que se tente fazer uso do termo “colaboração” com um caráter nitidamente mais abrandecido, delação não se confunde com colaboração premiada.

Nesse sentido, Lima<sup>232</sup> assevera que a colaboração premiada é dotada de mais larga abrangência. Para o autor, o imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Somente quando assume a culpa e delata outras pessoas é que se fala em delação premiada. Se, de outro modo, nega a culpa, mas a imputa a outra pessoa, tem-se simples testemunho. Na linha do exposto, pois, pode-se dizer que a colaboração premiada é gênero do qual a delação premiada é espécie.

Apesar disso, a opção da Lei 12.850/2013 foi mesmo pelo termo colaboração, o que, mais uma vez de acordo com Canotilho e Brandão<sup>233</sup>, pode prestar-se a equívocos, que só serão evitados se os seus contornos forem recortados com rigor, uma vez que tal figura jurídica não se confunde, por um lado, com “uma simples testemunha que é chamada ao processo para relatar aquilo de que tem directo conhecimento sobre uma realidade criminal já objecto de uma investigação ou de um processo em curso e à qual é estranho” nem, por outro lado, com um mero “denunciante que nada tenha que ver com o crime que delatou ou pretende delatar às autoridades”.

A propósito disso, importa salientar os recentes episódios ocorridos no Brasil e em Portugal envolvendo a atividade de supostos *hackers*, os quais teriam devassado e divulgado ilicitamente vários dados sigilosos, conteúdos de conversas e outros tipos de informações de pessoas, empresas, órgãos e agentes públicos, o que desvelou a prática de atos criminosos e a aparente existência de estruturas concertadas para o cometimento de tais delitos.

Questiona-se, nesses casos, se, havendo os “ciberpiratas” cometido vários crimes informáticos, seria possível reconhecê-los como colaboradores e aplicar-lhes os benefícios

---

<sup>232</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 783.

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*, pp. 143-144.

daí decorrentes em relação aos fatos e estruturas por eles denunciados e dos quais eles não participaram?

Assim, por exemplo, no caso da série de denúncias veiculadas pelo periódico virtual “the Intercept Brasil”<sup>234</sup> a partir da obtenção de diversas conversas mantidas entre procuradores integrantes da força-tarefa da operação Lava Jato e o juiz responsável pelos processos dela decorrentes, as quais teriam sido trocadas por meio de aplicativo de mensagens instantâneas e obtidas através do acesso remoto não-autorizado, supõe-se que a realização de um acordo com os supostos *hackers* seria impraticável, tanto do ponto de vista da ilicitude das provas obtidas com violação a regras de direito material quanto do ponto de vista da própria Lei 12.850/2013, que só prevê benefícios penais para o delator se este revelar um crime de outrem suscetível de imediata ou mediatamente fundar sua própria responsabilização penal<sup>235</sup>.

Quanto ao episódio envolvendo o português Rui Pinto, fundador da página *Football Leaks*<sup>236</sup> e responsável pela divulgação de uma série de documentos comprometedores envolvendo vários times de futebol na Europa e até mesmo um possível caso de corrupção em Angola<sup>237</sup>, após mais de um ano mantido preso preventivamente<sup>238</sup>, o arguido foi colocado em “prisão domiciliária”, a pretexto de colaborar com a Justiça de Portugal, o que pode permitir em seu favor, ao menos em tese, a aplicação do instituto do direito premial.

Sobre o controverso cabimento de tal cooperação, entretanto, ainda pairam muitas incertezas, tanto em razão da possível inadmissibilidade das provas assim obtidas quanto por causa da falta de previsão legal que autorize esse tipo de acordo no âmbito do ordenamento jurídico português, não obstante se saiba que o arguido tenha colaborado, na condição de denunciante, com autoridades de outros países europeus.

---

<sup>234</sup> Cf. em: <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>

<sup>235</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p.144.

<sup>236</sup> Inicialmente hospedada no, hoje suspenso, endereço virtual <<http://football-leaks.livejournal.com>>, a página fazia uma clara referência à organização WikiLeaks, responsável pela divulgação de diversos documentos confidenciais do governo dos Estados Unidos em meados de 2010.

<sup>237</sup> Esse caso, em particular, ficou conhecido como *Luada Leaks*, e corresponde a uma investigação conduzida por um consórcio internacional de jornalistas (ICIJ) a partir da obtenção de documentos que indicam, em tese, a prática de transações ilícitas envolvendo Isabel dos Santos, empresária, filha do ex-presidente de Angola e mulher mais rica da África. (Cf em: <https://www.icij.org/investigations/luanda-leaks/>)

<sup>238</sup> Após ter sido acusado pelo MP de Portugal pela prática de 147 crimes, o arguido foi pronunciado pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa pelo suposto cometimento de 90 crimes de acesso ilegítimo, acesso indevido, violação de correspondência, sabotagem informática e tentativa de extorsão.

Feitas tais inferências, é preciso voltar a discutir a lei de combate ao crime organizado (Lei nº 12.850/2013) e destacar as recentes alterações introduzidas em seu texto pela Lei Federal nº 13.964/2019, de 24 de Dezembro – conhecido como Pacote Anticrime –, especialmente no que concerne ao tema anteriormente abordado, que, seguindo o entendimento que vinha sendo amplamente defendido tanto na doutrina quanto na jurisprudência, estabeleceu, no recém-inserido Art. 3º-A da Lei 12.850/2013<sup>239</sup>, o conceito segundo o qual a delação premiada é classificada, simultaneamente, como um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova.

Em relação à perspectiva da delação como um meio de obtenção de prova, importa advertir que o assunto será mais bem detalhado em tópico próprio, quando será feita uma análise mais aprofundada do valor probatório do instituto. Quanto à sua natureza negocial, entretanto, é possível desde já afirmar que a nova lei, de modo indiscutível, aproximou-se ainda mais do Direito Contratual, o que se deduz não só pelo dispositivo supramencionado como também pelos artigos subsequentes (Art. 3º-B e Art. 3º-C), cujos textos tratam essencialmente de questões relacionadas aos aspectos contratuais da proposta, como, por exemplo, a demarcação do início do vínculo contratual com o recebimento da proposta, o estabelecimento de hipótese de quebra da confiança e da boa-fé (objetiva) consistente no ato de divulgar as tratativas iniciais ou documentos que as formalizem, a exigência de mandato com poderes específicos para o início do procedimento e das tratativas, etc:

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

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

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

Ainda sobre essa dimensão contratual, deve-se ressaltar, também, as alterações promovidas no Art. 4º da Lei 12.850/2013, especialmente no tocante à introdução dos incisos II e IV ao novel §7º e aos recém-criados §§ 7º-B e 17, cujos conteúdos claramente se alinham a alguns aspectos negociais da delação premiada que já vinham sendo defendidos pela

---

<sup>239</sup> Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

doutrina como obrigação do juiz observá-los quando da homologação do acordo, a exemplo da previsão de cláusulas nulas, a voluntariedade da manifestação de vontade e reincidibilidade:

Art. 4º (...)

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

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (...)

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (...)

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

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

## 4.2 DELAÇÃO PREMIADA E CONSTITUIÇÃO

Conforme bem observado por Canotilho e Brandão<sup>240</sup>, na medida em que a delação premiada tem como finalidade precípua a incriminação de terceiros, constitui, ao menos potencialmente, um “meio processual idôneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação”, notadamente no que diz respeito, ao direito à honra, à liberdade de locomoção, à propriedade ou à reserva íntima da vida privada.

Pelo que se extrai da lição dos referidos autores, o Estado, partindo de uma lógica utilitarista, negocia a própria Justiça penal, com o objetivo de promover a persecução criminal contra pessoas com as quais o delator praticou certas infrações penais, afigurando-se, pois, “altamente problemática a compatibilização deste meio de obtenção de prova com o cânone do Estado de direito e dos princípios constitucionais – penais e processuais penais, mas não só – que dele se projectam ou gravitam na sua órbita”<sup>241</sup>.

Não se pode olvidar, ademais, o próprio aspecto da ineficiência do Estado ao promover a investigação, tendo, por isso, que recorrer, dentre outras estratégias, à promoção

---

<sup>240</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p. 146.

<sup>241</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p. 146.

de acordo de delação àquele que age às margens da lei penal e que, em troca de benefícios penais e processuais, passa a figurar como auxiliar da justiça em desfavor de seus coautores, o que não deixa de constituir uma afronta aos princípios fundamentais estruturantes do Estado Democrático Constitucional, uma vez que “o sistema em que é incentivada a ação do acusado, em apoio ao Judiciário, produz quebra às garantias constitucionais importantes”<sup>242</sup>.

Pode-se dizer que tais garantias constitucionais, vistas também sob uma ótica processualista, encontram-se bastante fragilizadas em decorrência mesmo do novo discurso político-criminal do Estado, que, cada vez mais, tem avançado sobre direitos relacionados ao acesso à justiça e ao próprio processo (direito de defesa, devido processo legal etc.), figurando a delação premiada, nesse contexto, como mais uma ferramenta utilitarista que, sob o argumento de combater a impunidade e a corrupção, tem frequentemente extrapolado os limites da Constituição, sendo aplicada de forma arbitrária e bastante desvirtuada da lei, servindo muito mais como elemento persuasivo, uma espécie de tábua de salvação oferecida pelo Estado àquele que se encontra sem muitas opções diante da probabilidade de uma condenação ou do risco de uma prisão iminente.

Segundo esclarece Tasse<sup>243</sup>, o instituto analisado compromete seriamente a garantia de defesa do acusado, que se vê obrigado a cooperar com o Poder Judiciário, ficando impedido de desenvolver um efetivo trabalho de defesa, uma vez que, ao assumir a contraditória posição de acusador de si próprio, acaba comprometendo “(...) não só sua defesa pessoal, mas até mesmo a defesa técnica, pois os interesses de colaborador se chocam com as ações próprias de alguém que se defende e busca a absolvição em um processo criminal”.

Ainda de acordo com o referido escólio:

O processo em que se faz presente o instrumental da delação premiada faz transparecer mera formalidade defensiva, sem qualquer possibilidade que a mesma seja efetiva. A necessidade de que o agente, para que obtenha os favores do julgador, colabore efetivamente, revelando sua participação, de terceiros, detalhes da ação criminosa etc., estabelece a ampla defesa como mera promessa vã do texto político.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> TASSE, Adel El. Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval. In: *Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 5, ano 3, jul./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 269.

<sup>243</sup> TASSE, Adel El. Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval, p. 272.

<sup>244</sup> TASSE, Adel El. Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval, p. 272.

É possível cogitar-se também, conforme será analisado nos exemplos a seguir, uma clara afronta, dentre outros, aos princípios constitucionais da separação de poderes, da culpabilidade e da reserva da lei penal. Em relação a esse último, aliás, é preciso destacar que não é concebível que os órgãos envolvidos na persecução possam transacionar em desconformidade com a lei, impondo condições ou oferecendo benefícios não previstos legalmente, em desacordo com a taxatividade normativa ou, ainda, não cabíveis no momento processual em que o acordo é realizado (antes ou depois da sentença).

Assim, no que diz respeito à Lava Jato, por exemplo, é notório que muitos dos acordos celebrados durante a operação violaram os aspectos ora tratados, como no caso da proposta feita pelo Ministério Público Federal, e homologada pelo STF, em que, previamente e sem respaldo legal, consentiu-se que a pena de multa fosse fixada no mínimo possível, conforme excerto do termo de colaboração a seguir exibido:

**Cláusula 5ª.** Considerando os antecedentes e a personalidade do COLABORADOR, bem como a gravidade dos fatos por ele praticados e a repercussão social do fato criminoso, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo para o recebimento dos benefícios e desde que efetivamente sejam obtidos os resultados previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, da Lei Federal nº 12.850/2013, o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, os seguintes benefícios legais, cumulativamente:

VI. a aplicação da pena de multa a que se refere o art. 58, *caput*, do Código Penal, em seu patamar mínimo, cuja cobrança será realizada pelo Ministério Público Federal nos termos da legislação vigente (...).<sup>245</sup>

Tal expediente afrontou, de uma só vez, não apenas o princípio da legalidade – haja vista que a pena de multa não está elencada entre as concessões previstas para o delator na lei de combate ao crime organizado (Lei nº 12.850/2013)<sup>246</sup> – como também violou os princípios da jurisdicionalidade e da culpabilidade, respectivamente, ao consentir que o Ministério Público determinasse medida concreta da pena e a fixasse em momento anterior ao da prolação da sentença. Não é outra a opinião a seguir:

Além de ferir o princípio da legalidade, o acordo dirigido a uma fixação antecipada da exacta medida da pena de multa a aplicar ao réu colide com princípio da jurisdicionalidade e o princípio da culpa. Afronta o primeiro, porque, de facto, transfere a competência para a determinação da medida concreta da pena do juiz

---

<sup>245</sup> BRASIL. Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Termo de Colaboração Premiada de Alberto Youssef. Petição nº 5244. Curitiba, 24 de Setembro de 2014, p. 3/16.

<sup>246</sup> Reza o Art. 4º da referida lei que “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 (...)”.

para o Ministério Público. E atenta contra o segundo, porque, contrariando o disposto no art. 59º do Código Penal, torna a culpabilidade num factor irrelevante para a fixação do quantum da pena.<sup>247</sup>

Em outro acordo promovido durante a operação, o MPF propôs que o acusado ficasse sujeito à continuidade da prisão cautelar e ao cumprimento da pena na forma de prisão domiciliar pelo prazo de um ano, com uso de tornozeleira eletrônica ou equipamento similar, na medida da efetividade da colaboração, dentre outras condições:

**Cláusula 5ª(...)**

I. Pleiteará que, pelos crimes que são objeto do presente acordo, o acusado fique sujeito à continuidade da prisão cautelar e a penas criminais nos termos seguintes: a) prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano, com tornozeleira eletrônica ou equipamento similar, na medida da efetividade da colaboração e nos termos dos parágrafos deste artigo, sem detração do prazo de prisão preventiva cumprido (...).<sup>248</sup>

Cabem nesse caso, de forma bastante evidente, as mesmas críticas feitas anteriormente, notadamente quanto à violação da previsão legal contida no artigo 318 do CPP<sup>249</sup>, uma vez que a prisão domiciliar não podia ser objeto do acordo, pois só é cabível para fins humanitários, competindo, ademais, ao juiz, e não ao *parquet*, definir a forma de cumprimento da pena do delator.

Outro exemplo de violação constitucional também pode ser encontrado na fundamentação do MPF em sede de *habeas corpus* que questionava a conversão de prisão temporária em prisão preventiva. Ante a ausência dos requisitos processuais previstos no art. 312 do CPP, o órgão ministerial resolveu inovar, dando sentido arbitrariamente amplo e desvirtuado ao conceito de “conveniência da instrução criminal”, manifestando-se favoravelmente à utilização da prisão preventiva como elemento persuasório para fins de realização de acordos de colaboração:

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na

---

<sup>247</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p. 158.

<sup>248</sup> BRASIL. Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Termo de Colaboração Premiada de Paulo Roberto Costa. Curitiba, 27 de Agosto de 2014.

<sup>249</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos.<sup>250</sup>

Posicionamentos jurídicos dessa natureza, provenientes dos órgãos envolvidos na persecução criminal e expressamente fundamentados em argumentos que objetivam justificar a decretação de prisões com o propósito de obter acordos, demonstram bem o caráter potencialmente inconstitucional que permeia o instituto da delação premiada. Reflexo disso também, crescentemente “afloram as medidas processuais hostis ao indivíduo que faz uso do silêncio ou que não vira acusador de si mesmo, em manifesto ataque ao princípio do estado de inocência”<sup>251</sup>.

Cabem aqui também algumas breves considerações em relação aos acordos negociados de sentença no âmbito do ordenamento jurídico de Portugal, tema que ainda será mais bem detalhado, o que não impede, entretanto, que seja aqui abordado sob a perspectiva dos aludidos princípios constitucionais, os quais, conforme decidiu o Supremo Tribunal de Justiça por meio do Acórdão referente ao Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, de 10/04/2013, não suportam uma interpretação que proclama a validade dos acordos negociados de sentença<sup>252</sup>.

Cuidou-se, no caso concreto, de acordo pactuado entre os arguidos, que manifestaram disposição para confessar de forma integral e sem reservas os fatos de que foram acusados, e o Ministério Público, que estipulou previamente o limite máximo da pena a ser aplicada. Sucede que, como acima antecipado, o Tribunal concluiu que “a orientação seguida na decisão recorrida ofende princípios fundamentais inscritos na Constituição e regras que são nucleares em qualquer sistema jurídico”<sup>253</sup>, uma vez que a confissão teve em sua gênese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível, questão que se insere conceitualmente naquilo que Andrade<sup>254</sup> denomina “proibições de prova” e que constitui “uma das instituições mais marcantes do novo ordenamento processual, erigido a partir dos alicerces sediados directamente na Constituição de 1976”.

---

<sup>250</sup> BRASIL – Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Parecer ministerial no *habeas corpus* n.º 5029050-46.2014.404.0000. 21 de Novembro de 2014, p.7.

<sup>251</sup> TASSE, Adel El. Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval, p. 273.

<sup>252</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral.j. 10 Abril 2013.

<sup>253</sup> Cf. artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e artigos 118.º, n.º 3, e 126.º n.º 1, do CPP.

<sup>254</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. ed. Reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 11.

Feitas essas considerações, não é exagero afirmar que práticas persecutórias, como as que foram apresentadas, são incompatíveis com os valores consagrados nas Constituições e nas leis penais e processuais penais de ambos os países, podendo ser compreendidas, além do mais, como um fenômeno característico do anteriormente abordado neopunitivismo (e de todas as suas decorrências), que encontra, por exemplo, no combate à corrupção ou a outros crimes graves a justificativa para a atuação muitas vezes sem controle dos órgãos persecutórios, que passam a agir à margem do arcabouço jurídico-constitucional do Estado, descumprindo normas, reinterpretando-as ou simplesmente estimulando a prática de condutas incompatíveis com o ordenamento, onde delações são trocadas por liberdade a qualquer custo.

No caso do experimento português, constata-se que a decisão do STJ serviu como uma espécie de freio à proliferação dos acordos negociados de sentença, que vinham sendo defendidos por importantes nomes da doutrina lusitana<sup>255</sup> e adotados a nível local por alguns órgãos envolvidos na persecução penal<sup>256</sup>. Além do *decisum* acima, a própria Procuradoria-Geral da República de Portugal expediu a Diretiva n.º 2/2014, de 21 de Fevereiro, que, buscando uniformizar a atuação do Ministério Público, proibiu a promoção ou o assentimento da celebração de acordos sobre sentenças penais<sup>257</sup>.

Bem mais recentemente, no Brasil, o legislador ordinário, também demonstrando sensibilidade em relação ao problema, procedeu, por meio da Lei 13.964/2019, à importantes alterações no art. 4º da Lei 12.850/2013, fixando limites à pactuação de benefícios, dentre os quais a proibição de cláusulas que se refiram ao regime de cumprimento de pena e à progressão de regime:

Art. 4º (...)

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

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

---

<sup>255</sup> Nesse sentido, Cf. DIAS, Jorge De Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*. Coleção Virar de Página. Porto: Conselho Distrital do Porto - Ordem dos Advogados, 2011.

<sup>256</sup> Cf. Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e Memorando n.º 2/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra.

<sup>257</sup> PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Diretiva nº 2/2014 – Acordos sobre sentença em processo penal. 21 de Fevereiro de 2014.

dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo (...).

Tal medida passou a ser expressamente prevista em decorrência das diversas violações à ordem legal e constitucional que estavam sendo cometidas pelos órgãos proponentes dos acordos de delação premiada, que, como se depreende dos exemplos listados, passaram a propor penas e regimes de cumprimento de pena não previstos na lei ou em desacordo com esta, violando, ademais, o princípio da culpabilidade<sup>258</sup> e tomando para si um lugar na persecução criminal que não lhes pertence, cabendo ao juiz, agora mais do que nunca, observar com maior atenção essas possíveis violações quando da análise do acordo para fins de homologação.

Não se pode perder de vista, outrossim, a igualmente bem vinda alteração promovida pela nova lei de abuso de autoridade, Lei Federal nº 13.869/2019, no sentido de criminalizar a conduta prevista no art. 9º, consistente em decretar medida de privação de liberdade em desconformidade com as hipóteses previstas na legislação:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.

Tal alteração, analisada anteriormente a partir da perspectiva do apelo midiático das prisões cautelares, também deve ser estudada sob a ótica constitucional, como a que ora se propõe, uma vez que o dispositivo acima transcrito visa evitar arbitrariedades, como a que foi apresentada em um dos exemplos anteriores, em que fundamentou-se a necessidade do ergástulo preventivo com base na conveniência da prisão para a instrução criminal, uma verdadeira afronta aos princípios constitucionais do Estado, que não pode se valer de tal medida com a finalidade de interferir no elemento volitivo do réu ou investigado, forçando-o a delatar ante o risco de uma prisão iminente ou de sua manutenção.

---

<sup>258</sup> O princípio da culpabilidade se traduz na máxima “*nullum crimen sine culpa*”, adotando no direito penal um tríplice sentido: de fundamento da pena, correspondendo a um juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato; de conceito adverso ao de responsabilidade penal objetiva, ou seja, de responsabilidade penal sem culpa (*lato sensu*); de elemento de medição da pena, correspondendo a uma das circunstâncias analisadas no momento da fixação da pena (art. 59, CP).

### 4.3 DELAÇÃO PREMIADA, ÉTICA E MORAL

Certamente um dos assuntos que mais tem suscitado discussões em relação à delação premiada é a sua adequação ou não à luz da ética e da moral. Seja em virtude dos exemplos extraídos da Bíblia, seja em razão de fatos históricos, como os anteriormente reportados, recomenda-se cautela na sua análise em face dos critérios apontados, uma vez que podem não ser tão incomuns as situações em que o instituto é aplicado de forma corrompida por sentimentos ou razões pouco nobres – como a traição ou a vingança, por exemplo – ou até mesmo ser obtido através de práticas inaceitáveis, como a tortura – especialmente a psicológica, como se verá mais adiante.

Em razão desses e de outros aspectos, diversos autores têm se debruçado sobre o assunto, muitos dos quais concluindo que se trata de um equivocado estímulo promovido pelo Estado a condutas antiéticas e à traição. Os adeptos dessa opinião avaliam que a delação é uma alternativa pouco recomendada, “uma vez que obriga o aplicador do direito a conferir recompensa ao criminoso que denuncia seu comparsa”<sup>259</sup>, concluindo, ademais, que, ao adotá-la, o Estado está se aliando ao delinquente, face à própria incapacidade de fazer frente à criminalidade, configurando a delação um verdadeiro prêmio ao agente que, além de criminoso, é traidor e desleal<sup>260</sup>.

Levantam-se dúvidas também em relação ao instituto a partir da perspectiva da necessária confiança que deve haver entre o Estado e as pessoas que o compõem, bem como em razão dos princípios da moralidade administrativa e da dignidade da pessoa humana. Em relação a este derradeiro, a propósito, por mais estranho que possa parecer a defesa, sob esse aspecto, daquele que se vale da própria torpeza para negociar com o Estado, traindo seus comparsas, considera-se que a delação premiada afronta valores éticos e morais na medida em que se constitui numa mera barganha entre a verdade necessária para a persecução penal e a liberdade daquele que a conhece, o que, mais uma vez, apenas reforça a visão utilitarista do sistema criminal.

A própria utilização do termo colaboração premiada parece tentar disfarçar uma conotação antiética que permeia o instituto, dotando-o de um caráter mais eufêmico do que

---

<sup>259</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio César de Oliveira Guimarães. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*, p. 31.

<sup>260</sup> TASSE, Adel El. *Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval*, p. 271.

realmente possui, uma vez que a palavra delação inevitavelmente carrega consigo a ideia de traição.

Indaga-se, por exemplo, se seria possível o Estado estimular essa conduta, uma vez que, para o acordo de colaboração, não é analisada a motivação do delator, podendo este agir em razão de arrependimento ou de sentimentos menos nobres<sup>261</sup>. Não é outra a crítica feita por Bitencourt e Busato<sup>262</sup>, que apontam que, “para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator”.

A questão ganha contornos ainda mais complexos quando se analisa a controvérsia em torno da negociabilidade da verdade no processo penal, haja vista que aparentemente tem sido estabelecida uma espécie de carta branca para que os órgãos persecutórios formem seu convencimento e tomem decisões apenas com base na palavra do delator e de alguns elementos colhidos durante a investigação sem o necessário crivo do contraditório, o que pode configurar, sob o ponto de vista das garantias e dos direitos fundamentais, um verdadeiro retrocesso.

A propósito do assunto, Vasconcellos<sup>263</sup> ressalta o risco de potencialização de aspectos autoritários do processo penal a partir da aceitação de acordos entre acusação e defesa para o reconhecimento de culpabilidade do acusado, o que pode resultar no regresso a um modelo baseado no tarifamento de provas, por meio do ressurgimento da confissão como rainha das provas e fundamento único capaz de sustentar uma condenação:

(...) mister ressaltar a ilegítima “hipervalorização da confissão incriminadora”, ocasionada pela barganha, uma vez que seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca do suposto benefício prometido pelo acusador (...).

Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como “rainha das provas”, uma “*probatio probatissima*”, característico do sistema processual da inquisição (...).

---

<sup>261</sup> CACHO, Manoela Andrade. *Colaboração Premiada e o Princípio da Obrigatoriedade*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2015, p. 36.

<sup>262</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 117.

<sup>263</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 176.

Isso dito, também é necessário expor as opiniões contrárias às até então expostas, que, conforme já foi antecipado, se mostram aparentemente mais associadas a um modelo utilitarista, vez que buscam conciliar o instituto com o sistema de valores e princípios vigentes, defendendo, por exemplo, que a delação premiada representa um mal necessário a serviço de um bem maior a ser tutelado, ou seja, o Estado Democrático de Direito, razão porque deve ser fomentada, eis que os criminosos atuam com leis próprias, pouco se importando com questões relacionadas à ética. Nesse sentido, Nucci<sup>264</sup> assevera que:

Não é preciso ressaltar ter o crime organizado ampla penetração nas entranhas estatais e possuir condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes. No universo dos seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios (...).

Por esse prisma, a delação premiada é vista como um mal necessário, precisamente porque se apresenta, segundo quem a defende, como o mecanismo mais eficiente para promover a desarticulação de verdadeiras organizações criminosas, possibilitando uma atuação mais eficiente do Estado no combate a esse tipo de criminalidade ao consentir, por exemplo, que pessoas envolvidas em tais práticas delituosas possam apontar aspectos relacionados à atividade delituosa investigada, especialmente no que diz respeito à atuação dos demais coautores.

Busca-se, além do mais, legitimar o instituto com base na justificativa da existência de uma menor censurabilidade do agente que se dispõe a colaborar com as investigações, assumindo, assim, uma “diferenciada postura ética de marcado respeito aos valores sociais imperantes, pondo-se debaixo da constelação axiológica que ilumina o ordenamento jurídico e o meio social”<sup>265</sup>.

Acredita-se, ademais, não ser possível cogitar uma obrigação moral de silêncio entre o delator e os demais investigados de uma organização criminosa, havendo, pelo contrário,

---

<sup>264</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 391.

<sup>265</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCRIM*, n. 83, pp. 5-7. São Paulo: Out. 1999.

tão somente cabimento para aceitação da existência de um dever de colaboração com a persecução penal no interesse único da sociedade, extensível especialmente àqueles que se disponham a delatar.

Silva<sup>266</sup>, ao mesmo tempo em que reconhece que a hiperbolização dos pactos de delação premiada torna aparente a ineficiência estatal no combate à criminalidade organizada, assegura que não há afronta a valores éticos e morais por meio da adoção do instituto, uma vez que o sistema processual penal busca romper com a “solidariedade criminoso”, fragilizando a indesejável “lei do silêncio” que vige no seio das organizações criminosas (quebra da *afectio societatis*). Segundo, ainda, o referido autor:

A verdadeira moral penal consiste em um compromisso com a verdade, se possível permeado por verdadeiro arrependimento. A delação premiada constitui um retorno à legalidade por parte do autor de uma infração penal. Ademais, é relevante técnica/instrumento de auxílio à atividade estatal de persecução penal, visando efetividade e eficiência, mas sem implicar eliminação de direitos individuais da pessoa sobre quem paira uma acusação penal.<sup>267</sup>

No mesmo sentido, são bastante expressivas as ponderações feitas por Cabral<sup>268</sup> em favor do instituto no âmbito do direito português, justificando a sua admissibilidade, dentre outros fatores, com base no princípio da igualdade, que obriga que a credibilidade do depoimento do arguido seja apreciada em concreto, face às circunstâncias em que é produzida, não sendo admissível a criação de regras abstratas de apreciação da delação, o que constituiria, *contrário sensu* do que já foi dito, um retorno ao sistema da prova tarifada.

O mesmo autor sopesa, entretanto, que “é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada somente na declaração do co-arguido porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas”<sup>269</sup>, razão porque se faz necessário que a imputação feita pelo delator seja corroborada, de forma objetiva, visando evidenciar a credibilidade de quem a realiza em cada caso concreto, não se tratando, portanto, de uma imposição abstrata ou de uma exigência adicional à admissibilidade da delação como meio de prova, aspecto este, aliás, que será tratado em momento posterior.

---

<sup>266</sup> SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, Lisboa: 2016, p.114.

<sup>267</sup> SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*, p.114.

<sup>268</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto. *Revista Julgar (online)*, fev. 2020, p. 4.

<sup>269</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto, p. 7.

Expostas as opiniões contrárias, importa também buscar apoio numa concepção dialética sobre o assunto, segundo a qual nem o modelo absolutista nem o modelo utilitarista<sup>270</sup> são capazes de, sozinhos, permitir uma avaliação fidedigna do instituto à luz dos conceitos éticos, havendo a necessidade de conciliá-los por meio de um modelo alternativo, proposto, dentre outros, por Beernaert<sup>271</sup> nos seguintes termos:

*Entre une éthique de la règle et une éthique du résultat, entre une éthique déontologique qui repose sur un certain nombre de valeurs considérées comme devant être garanties de manière inconditionnelle et indépendamment de toute considération d'efficacité, et une éthique téléologique où la (dé)légitimation se fait en termes de performance, de coûts et de bénéfices, l'on peut donc se demander s'il ne faudrait pas, plutôt que de donner la primauté à l'une ou à l'autre, rechercher une voie tierce, médiane, dialectique, qui s'efforce, dans toute la mesure du possible, de rendre compte des exigences de l'une et de l'autre, et de trouver un point d'équilibre entre les deux.*

Deduz-se, com base no excerto acima, que as diferentes objeções levantadas contra o sistema de colaboração da justiça – aí incluída a *déclaration des collaborateurs* – estão relacionadas, conforme o caso, a uma ou outra das duas concepções morais fundamentais que se chocam no campo ético, ou seja, absolutismo e utilitarismo. Dessa forma, propõe-se uma espécie de terceira via que leve mais em conta a importância relativa dos valores envolvidos, tanto os que se pretende salvaguardar quanto os que poderão ser sacrificados, sopesando, de um lado, as consequências e, do outro, o bem-estar coletivo.

Este parece ser o caminho mais adequado, uma vez que parte de uma apreciação que busca conciliar todos os valores envolvidos, não descuidando, de um lado, que a delação pode se manifestar por meio de uma atitude moralmente repreensível, nem, do outro lado, todas as possíveis consequências dela decorrentes, tanto para a pessoa ou grupo denunciado quanto para a própria sociedade.

---

<sup>270</sup> O modelo absolutista, que encontra na ética deontológica de Kant seu maior expoente, defende que atos são moralmente obrigatórios ou proibidos, sem levar em consideração suas consequências, razão porque também se diz ética não-consequencialista. Diferentemente, o modelo utilitarista propõe que uma ação é moralmente boa ou ruim apenas com base nas suas consequências, ou seja, na sua capacidade para otimizar os resultados e proporcionar o bem-estar coletivo.

<sup>271</sup> BEERNAERT, Marie-Aude. *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*. Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain – Faculté de droit, Bruxelas, 2002, p. 298.

#### 4.4 DELAÇÃO PREMIADA E TORTURA

As críticas de natureza ética em relação à delação premiada ganham contornos ainda mais acentuados quando se compara o instituto com métodos hoje inadmissíveis, mas que, de acordo com parte da doutrina consultada, apresentam-se com uma nova roupagem, sendo possível inclusive cogitar-se uma espécie de tortura psicológica moderna, presente de modo velado em algumas legislações, como no caso da brasileira, e perigosamente associada a um outro importante instituto, ou seja, a prisão. É essa a opinião que se extrai do excerto a seguir:

*Si bien se dice que en el derecho procesal penal moderno una delación válida debe ser personal y espontánea; en la práctica no está libre de presión psicológica, puesto que el reo se encuentra presionado por los términos de la investigación, sea por la eventual prisión preventiva, o por la imputación generalizada o exacerbada, y hasta por una condena anticipada, en base a la severidad de las penas conminadas a los crímenes que le son imputados. (...) Puede observarse que los códigos o leyes penales son instrumentos políticos de control social, según las ideologías establecidas en tiempo y espacio. Al respecto, hoy, ya no se permite la “tortura física” para fines de confesión o delación, siendo regulado como un crimen de lesa humanidad, y que no es admisible en el sistema acusatorio democrático, con base a los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. Aunque, en la cuestión que estamos analizando, la “tortura psíquica” aún persiste en la praxis procesal penal de manera velada, en forma de la “delación premiada”, en algunas legislaciones, como en la brasileña.<sup>272</sup>*

É necessário, portanto, que se aborde, de forma mais detalhada, a suscitada correlação entre o instituto da delação premiada e a tortura – não necessariamente aquela que impinge demasiado sofrimento físico às suas vítimas, mas especialmente uma outra modalidade, tão grave quanto, que é capaz de causar dor e sofrimento mental ao investigado ou acusado, que se vê impelido a assumir, de forma involuntária, a culpa, ante o temor de ser submetido a uma pena severa ou até mesmo à uma prisão desnecessária sob o ponto de vista do não cumprimento dos requisitos processuais.

Nesse contexto, comparações com práticas medievais abjetas não são absolutamente despropositais e exageradas, uma vez que o objetivo de se obter confissões parece ser o mesmo em ambos os casos, ainda que os métodos e os próprios fundamentos jurídicos sejam, hodiernamente, bastante diferentes e muito mais aperfeiçoados. O que se percebe, porém, é que os institutos aparentemente guardam entre si bastante similitudes de origem, função e até de concepção ideológica.

---

<sup>272</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado; GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. LA DELACIÓN (colaboración) Premiada Y Los Derechos Humanos – Um Instituto Jurídico que contiene: imputações genéricas, torturas legalizadas, condenas anunciadas y penas anticipadas. *Revista Jurídica (CEDUC)* - Universidad Católica Nuestra Señora de La Asunción, Dezembro 2017, nº 27, pp. 12 e 16-17.

Sobre o assunto, Langbein<sup>273</sup> realizou, na década de 1970, um estudo comparativo entre a *plea bargaining* e o emprego da tortura como ferramenta processual na Europa dos séculos XIII a XVIII, destacando que, àquela época, o recurso a tal mecanismo de obtenção de confissões, sob certas circunstâncias, não só era destituído de uma conotação negativa, como também era previsto legalmente e aplicado pelos tribunais criminais, tendo surgido a partir da substituição do “sistema de provações”, vigente até por volta do ano de 1215.

Entretanto, a mesma pretensão de salvaguarda que inspirou o sistema de provas daí decorrente também foi o fator que, diante de sua impraticabilidade nos casos que não envolviam criminosos arrependidos ou um número suficiente de testemunhas oculares, permitiu o subterfúgio à coação física contra quem já possuía em seu desfavor razões suspeitas de ter cometido um crime, numa espécie de sistema de “meia prova”, conforme destaca referido autor:

*(...) to go from accepting a voluntary confession to coercing a confession from someone against whom there was already strong suspicion was a step that began increasingly to be taken. The law of torture grew up to regulate this process of generating confessions. The spirit of safeguard that had inspired the unworkable formal law of proof also permeated the subterfuge. The largest chapter of the European law of torture concerned the prerequisites for examination under torture. The European jurists devised what AngloAmerican lawyers would today call a rule of probable cause, designed to assure that only persons highly likely to be guilty would be examined under torture. Thus, torture was permitted only when a so-called "half proof" had been established against the suspect. That meant either one eyewitness, or circumstantial evidence of sufficient gravity, according to a fairly elaborate tariff.*<sup>274</sup>

Decorre justamente daí o inevitável paralelismo que se pode inferir existente entre os institutos acima elencados, ou seja, a tortura e a *plea bargaining*, uma vez que os dois surgiram, cada um a seu tempo e lugar, como forma de controle da complexidade e do excesso de garantias representados, respectivamente, pela necessidade de testemunhas oculares na Europa medieval e pela existência de um modelo baseado no julgamento por populares (júri) nos Estados Unidos.

Justamente por apresentarem essas características, tanto um mecanismo quanto outro estão intrinsecamente relacionados, sendo historicamente aplicados de maneira muito pouco cautelosa, além de aparentemente não terem sido baseados em princípios efetivamente

---

<sup>273</sup> LANGBEIN, John Harriss. Torture and plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 46, pp. 3-22. Chicago: 1978.

<sup>274</sup> LANGBEIN, John Harris. Torture and plea bargaining, p. 5

direcionados para alcançar um equilíbrio adequado entre repressão ao crime e a necessária salvaguarda da lei.

Em relação à *plea bargaining*, vale destacar, é possível deduzir que a salvaguarda pretendida é apenas aparente (tanto quanto também o era no antigo sistema europeu baseado na imposição de sofrimento físico), uma vez que a “voluntariedade” das confissões daí obtidas, por mais que não se valha de métodos medievais para coagir fisicamente alguém a confessar, nem sempre possibilita uma verdadeira correspondência com os princípios que regem o processo penal e o próprio Estado Democrático de Direito.

Feitas essas considerações, é possível aplicar o mesmo raciocínio acima explanado ao sistema da delação premiada no contexto em que ela surgiu e passou a ser aplicada no Brasil, tendo em vista não só a previsão e aplicação prática de ambos os institutos, como já foi visto, durante o período de validade das Ordenações Filipinas, como também em momentos históricos profundamente marcadas pelo autoritarismo estatal – como no caso do Estado Novo (1937-1945) e da Ditadura Militar (1964-1985) –, e até mesmo no contexto atual de vigência de um Estado Democrático de Direito, que passou a vigorar após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim, segundo infere Joffily<sup>275</sup>, ao contrário do que ocorre hoje em dia, o caráter complementar existente entre a tortura e a delação premiada no Brasil antes da promulgação do Código Criminal do Império não era uma simples decorrência da aplicação prática de um instituto em relação ao outro, mas sim uma expressão do próprio Código Filipino (Título CXXXIII, do Livro V), “que conferia ao juiz a tarefa de decidir sobre a existência de indícios suficientes a justificar a submissão do suspeito aos tormentos, os quais poderiam ser repetidos tantas vezes quantas fossem necessárias para a obtenção da confissão”.

Para prevenir injustiças e garantir maior legitimidade à inquisição, conforme esclarece o referido autor<sup>276</sup>, as Ordenações recomendavam que o julgador “nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, a qual se fará fora da casa, onde lhe foi dado o tormento”<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> JOFFILY, Tiago. Delação Premiada e Tortura. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. ano 20, n. 23/24, 1ª ed., pp. 493-500. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017, p. 494.

<sup>276</sup> JOFFILY, Tiago. Delação Premiada e Tortura, p. 494.

<sup>277</sup> Cf. em: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *CODIGO PHILIPPINO ou ORDENAÇÕES E LEIS do REINO DE PORTUGAL – QUINTO LIVRO*, p. 1309.

Desaparecidas desde então do ordenamento jurídico nacional, tanto a tortura quanto a delação continuaram a ser aplicadas de maneira velada, contando pra isso com a aparente conivência dos órgãos estatais e dos poderes políticos, especialmente em momentos de repressão autoritária e muitas vezes com espreque em leis bastante genéricas e abstratas, o que viabilizava “o uso dos mecanismos repressivos mais extremos contra qualquer um que viesse a ser apontado como inimigo (comunista, terrorista, etc)”<sup>278</sup>.

Mas não só em momentos de ruptura democrática ou de fragilidade institucional se abre espaço para a combinação dos dois institutos aqui tratados. Prova disso é que, mesmo com a promulgação de uma Constituição na qual foram assentados diversos princípios e valores essencialmente garantistas, a aplicação prática desses conceitos, seja pela lei infraconstitucional, pelo intérprete ou pelo próprio aplicador, frequentemente se mostra desviada da sua finalidade original e em aparente discordância com aspectos primordiais do Estado Democrático de Direito.

Não por outro motivo, é imperativo que se analise a conjuntura atual em torno da aplicabilidade e conveniência do sistema da delação premiada que ressurgiu no Brasil no início da década de 1990, tendo em vista, de um lado, os possíveis desdobramentos em face da teoria do garantismo penal – que já foi detalhada em capítulo específico – e, do outro, o cenário que favoreceu a aprovação de legislações penais de emergência, especialmente no que diz respeito ao combate ao crime organizado e à corrupção, tão em voga no país.

Assim, paralelamente ao garantismo penal, que ganhou bastante espaço na Constituição Federal de 1988 ao passar a tutelar de forma mais abrangente as liberdades individuais em face do exercício arbitrário do poder do Estado, outras correntes político-criminais também ascenderam no país desde então, sendo possível destacar, por exemplo, o que se convencionou chamar de Legislação Penal de Emergência, que pode ser interpretada como uma espécie de caminho alternativo escolhido pelo próprio Estado que, a pretexto de atender aos clamores da população em relação ao combate à criminalidade, resolve adotar soluções urgentes como forma de resposta, notadamente por meio da aprovação de leis penais mais severas e adoção de instrumentos processuais mais rigorosos.

Como se percebe, essa conjuntura favoreceu o incremento da delação premiada, que, aos poucos, ganhou espaço na legislação penal e processual penal brasileira, atingindo seu

---

<sup>278</sup> JOFFILY, Tiago. Delação Premiada e Tortura, p. 496.

ápice por meio da Lei 12.850/2013, passando a receber cada vez mais holofotes após os diversos desdobramentos e acordos obtidos durante a operação Lava Jato, tornando inevitáveis os questionamentos sobre a legalidade do instrumento, especialmente em face da Constituição e do diploma legal que trata do combate à tortura (Lei Federal nº 9.455/1997).

Porém, antes de se avançar ao texto assentado no referido diploma, é necessário destacar o mandamento constitucional que estabeleceu que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CRFB). Além disso, a Carta Magna de 1988 incumbiu à lei ordinária a tarefa de tratar da matéria, estabelecendo, como caracteres primordiais do combate à tortura, a inafiançabilidade do crime e a não-suscetibilidade de graça ou anistia a quem praticar tal conduta, por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-la, se omitirem, nos termos do art. 5º, XLIII, da CRFB.

Entretanto, apenas em 1997, o mandamento constitucional foi devidamente atendido, com a entrada em vigor da lei de prevenção e combate à tortura, que definiu o tipo penal, nos termos do seu artigo 1º, como sendo o constrangimento empregado com violência ou grave ameaça capaz de causar sofrimento físico ou mental a alguém com o fim de obter informação, declaração ou confissão, provocar ação ou omissão de natureza criminosa, praticado por motivo de discriminação racial ou religiosa, aplicado como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo a alguém que esteja sob sua guarda, poder ou autoridade ou, ainda, à pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Interessa ao presente estudo, em particular, o constrangimento como forma de obter informação, declaração ou confissão. É preciso que se avalie se, no contexto de aplicação da delação premiada, não constitui grave ameaça, em certas circunstâncias, o oferecimento do acordo em troca de uma pena mais branda ou até mesmo com o objetivo de afastar a possibilidade de uma prisão cautelar ou findá-la, especialmente quando não presentes os pré-requisitos legais que a autorizam.

Dito isso, é necessário que se analise, ainda que brevemente, o requisito da voluntariedade – previsto de modo especial na Lei nº 12.850/2013, mas também presente em

outros diplomas<sup>279</sup> –, sem o qual o acordo de delação não pode ser firmado ou homologado, ocasião em que o juiz deve verificar, além do próprio requisito em comento, a regularidade e a legalidade dos termos celebrados (Art. 4º, *caput* e §7º, da Lei 12.850/2013).

Segundo o escólio de Lima<sup>280</sup>, o ato voluntário apto para a consecução do acordo delatário é aquele que, ainda que a iniciativa não tenha partido do agente, nasce da sua livre vontade em colaborar com a investigação e com o processo criminal, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Para o autor, pouco importa a motivação do agente, ou seja, “se a colaboração decorreu de legítimo arrependimento, de medo ou mesmo de evidente interesse na obtenção da vantagem prometida pela Lei”, uma vez que, em sua concepção, não compete ao Direito fazer digressões sobre as motivações internas que fazem com que uma pessoa resolva colaborar com a justiça, não interessando “se de ordem moral, social, religiosa, política ou mesmo jurídica”.

Em sede de apreciação de *habeas corpus*<sup>281</sup>, também o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre a matéria, asseverando que a declaração de vontade do colaborador só é válida se for: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé. Em relação a esse *decisum*, destaque-se que o requisito correspondente à “liberdade”, para os efeitos exigidos pela lei, diz respeito à liberdade psíquica do agente, e não à sua liberdade de locomoção. Assim, ficou assentado o seguinte entendimento pela Corte:

Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção.

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. (...)

Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrímén*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração

---

<sup>279</sup> Importante destacar que alguns diplomas legais que tratam da delação premiada fazem menção à “espontaneidade” ao invés de “voluntariedade” como requisito para a realização do acordo, a exemplo do que se extrai do art. 25, §2º da Lei 7492/1986 e do art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98. Isso se deve, em grande parte, a falta de tecnicidade em torno do tratamento do tema delação premiada pelo legislador brasileiro. Apesar disso, prevalece o entendimento de que para que seja aceita a delação basta que o ato seja voluntário.

<sup>280</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, p. 793.

<sup>281</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* nº 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto.

Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13).<sup>282</sup>

Apesar da consistência dos argumentos, é necessário discutir, com especial enfoque, os aspectos relacionados ao elemento volitivo não apenas em relação à realização do acordo de delação com quem, por qualquer motivo, já se encontra preso, mas especialmente naqueles casos em que a prisão ou a simples ameaça de sê-lo pode funcionar como elemento intimidatório, capaz de convencer o investigado ou processado a delatar única e exclusivamente para se livrar do ergástulo.

A prisão, real ou iminente, tem servido, com alguma frequência, como moeda de troca, especialmente quando se leva em conta, de um lado, a degradação do sistema prisional brasileiro e, do outro, a superexposição midiática que se tem promovido nos casos que envolvem delações. Os acordos nessas condições obtidos, especialmente quando inexistentes os requisitos que permitem a utilização da prisão cautelar e em um contexto de evidente constrangimento direcionado a obtenção de confissões e delações, parece não somente tornar ilegítimo e ilegal a sua prática como também novamente o aproxima da prática abjeta da tortura.

Nesse sentido, a atualização legislativa promovida pelo Pacote Anticrime parece ter sido oportuna, uma vez que busca reaproximar o sistema processual dos ditames constitucionais garantistas ao prever limitações quanto ao uso descontrolado que tem sido feito do instituto da delação premiada, impondo, por exemplo, nos termos do recém-inserido §7º, inciso IV, do Art. 4º da Lei 12.850/2013, algumas diretrizes ao juiz quando da análise do acordo para efeito de homologação, determinando dentre os aspectos a serem observados a “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”.

A análise cuidadosa do elemento volitivo merece especial destaque, vale enfatizar, quando o delator se encontra preso, o que, ainda assim, é passível de crítica, diante de todo o exposto, uma vez que a prisão por si só é capaz de tolher a sua livre manifestação de vontade. Apesar disso, além de limitar a excessiva e desnecessária exploração midiática que

---

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* nº 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, pp. 21-22.

se via nos casos envolvendo delação premiada, a medida pretende funcionar como freio à sanha persecutória do Estado, que muito comumente se vale dos códigos e leis penais como instrumentos políticos de controle social para alcançar seus objetivos puramente punitivistas, atropelando direitos e garantias individuais ao permitir, ainda que de forma velada, uma forma de “tortura psíquica”.

#### 4.5 A DELAÇÃO PREMIADA EM PORTUGAL

Ainda que incipiente, é possível observar nos últimos anos, em Portugal, conforme anotam Canotilho e Brandão<sup>283</sup>, uma certa influência do experimento brasileiro com o instituto da delação premiada, “no contexto, senão de uma revolução, pelo menos certamente de uma disrupção política, social e econômica”, em decorrência principalmente da Operação Lava Jato. Vale dizer, conforme esclarecem os autores, que tal fenômeno tem fomentado cada vez mais “Um debate que tem envolvido não só juristas, mas também muitos outros sectores da sociedade portuguesa, com uma cada vez maior notória amplificação pela comunicação social”.

Antes de abordar propriamente o assunto, entretanto, é preciso compreender que, assim como no Brasil – e ainda que guardadas as devidas distinções –, o modelo processual penal português é assentado numa matriz nitidamente acusatória, apresentando características inquisitórias na fase pré-processual (fase de investigação) e características acusatórias na fase processual (fase de julgamento).

Essa natureza acusatória está disposta na própria Constituição da República Portuguesa, que preconiza, em seu art. 32º, n.º 5, que “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Todavia, de acordo com o escólio de Matos<sup>284</sup>, “importa também entender que esta não é uma matriz acusatória pura mas sim *misto*, pelo que conjugada com algumas características típicas do sistema inquisitório”.

---

<sup>283</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato, p. 134.

<sup>284</sup> MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 13.

De acordo com Dias<sup>285</sup>, no entanto, o sistema processual penal de Portugal não se rege de modo algum por um tipo inquisitório mitigado, ou mesmo por um sistema misto, mas sim por uma fórmula que se pode chamar de *sistema acusatório com princípio da investigação*, “através do qual se pretende traduzir o poder-dever que ao tribunal pertence de esclarecer e instruir autonomamente – i. é, independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o «facto» sujeito a julgamento (...)”. Assim, o autor considera que o processo penal em Portugal está firmado “numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”<sup>286</sup>, sendo impositiva a existência de separação entre quem investiga e acusa por um lado, e quem julga, por outro.

O referido doutrinador aduz, ademais, que o que se pretende alcançar no processo penal português não é precisamente uma verdade pura ou formal, mas antes uma verdade material, que deve ser tomada em duplo sentido:

No sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*.<sup>287</sup>

Trata-se, pois, de aspecto relevante e que deve ser levado em conta para que se compreenda as questões em torno da discussão sobre a adoção de um instituto como a delação premiada no sistema acusatório de Portugal, especialmente quando se admite a possibilidade de haver alteração do conceito de verdade processual, que “num sistema de matriz acusatória obtém-se através da dialéctica construída entre acusação e defesa, sempre com a intervenção do tribunal, buscando este conceito de verdade um *resultado probatório processualmente válido*”<sup>288</sup>.

Ademais, é importante destacar, na linha do que defende Simões<sup>289</sup>, que a introdução na fase processual de instrumentos típicos do modelo inquisitório, “envolve o desconhecimento antecedente do concreto conteúdo do acordo pelos restantes sujeitos do

---

<sup>285</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* – Coleção Clássicos Jurídicos. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 71-72.

<sup>286</sup> DIAS, Jorge De Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, p. 14.

<sup>287</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* – Coleção Clássicos Jurídicos, pp. 193-194.

<sup>288</sup> MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*, p. 13.

<sup>289</sup> SIMÕES, Sandra Hermengarda do Valle-Frias Madureira Moutela. *Crime de corrupção - algumas especificidades da sua investigação - denúncia anónima e whistleblowing*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa: 2016, p. 33.

processo, escapando por isso à sua adequada valoração e ao princípio do contraditório”, aspecto esse que também deve ser considerado, pois pode significar um risco demasiado ao sistema processual penal de Portugal.

Apesar disso, destaque-se que Dias<sup>290</sup> se mostra favorável à implementação de acordos sobre a sentença penal no âmbito do ordenamento jurídico de Portugal, desde que o seu pressuposto básico, ou seja, a confissão válida (total ou parcial) acerca dos fatos contidos na acusação, seja devidamente observado.

Ainda que não proponha mudanças legislativas imediatas, o autor busca apresentar sugestões para o aprimoramento do processo penal lusitano, tomando como base a experiência estrangeira obtida, por exemplo, através do *plea bargaining* nos Estados Unidos e do instituto da transação penal no Brasil<sup>291</sup>. Ressalte-se, entretanto, que é o direito alemão, por meio das alterações legislativas promovidas em 2009 – que introduziram os denominados *Urteilsabsprachen*<sup>292</sup> –, que lhe serve como principal inspiração, inclusive do ponto de vista do controle judicial ativo em relação às negociações<sup>293</sup>.

Importante relembrar que as proposições feitas pelo referido autor foram adotadas, por exemplo, no âmbito das Procuradorias-Gerais dos Distritos de Coimbra e Lisboa (Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa e Memorando n.º 2/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra), sendo, entretanto, tais iniciativas obstadas pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que deliberou no sentido de que: I – O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença; e II – Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de

---

<sup>290</sup> DIAS, Jorge De Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, p. 44.

<sup>291</sup> Advirta-se que à época da publicação do trabalho supracitado, 2011, ainda não havia sido elaborada a Lei 12.850/2013, a qual, embora já houvesse outros diplomas no Brasil a tratar da delação, foi a grande responsável por firmar de vez o instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>292</sup> “Após mais de trinta anos de existência de acordos informais, a lei germânica de 04 de agosto de 2009 veio reformar o Código de Processo Penal Alemão, fazendo constar expressamente o acordo criminal através da previsão legal do artigo 257 combinado com o artigo 142, os denominados *Urteilsabsprachen* ou acordos sobre a sentença em processo penal”. (DE PAULA, Renato Tavares. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. *Boletim IBCCRIM*. Ano 26, nº 314, São Paulo: JANEIRO, 2019, p. 8).

<sup>293</sup> DIAS, Jorge De Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*, p. 84.

um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar<sup>294</sup>.

Sobre referida decisão, é necessário destacar, na senda do que se afirmou em momento anterior, que a Corte portuguesa considerou que os acordos negociados de sentença constituem violação ao preceito constitucional estabelecido no art. 32.º, nº 8, da CRP, cuja redação foi reiterada pelo art. 126.º do CPP, correspondendo, pois, conforme informa Andrade<sup>295</sup>, à expressão positiva e explícita do conceito e do regime das denominadas proibições de prova, cujo objetivo, de acordo com o autor, é resguardar os Direitos Fundamentais, impondo limites à perseguição penal promovida pelo Estado e, portanto, à própria descoberta da verdade material<sup>296</sup>.

Assim, importa dizer que o Tribunal deliberou, em muito influenciado pelas orientações doutrinárias apresentadas por Andrade<sup>297</sup>, no sentido da revogação da decisão recorrida com base nos argumentos já apresentados, determinando, assim, o reenvio do processo para novo julgamento, no bojo do qual as provas que foram consideradas proibidas pudessem ser novamente produzidas, em condições de legalidade<sup>298</sup>.

Tomando por base o *decisum* supramencionado, compete informar, ademais, que também a Procuradoria-Geral da República de Portugal expediu a Diretiva n.º 2/2014, de 21 de Fevereiro, buscando uniformizar a atuação do Ministério Público, proibindo, dessa forma, a promoção ou o assentimento da celebração de acordos sobre sentenças penais com base, dentre outros, nos seguintes argumentos:

(...) certo é que não existe no nosso ordenamento jurídico norma expressa, geral e abstrata, que os preveja [os acordos de sentença em processo penal] e da qual possam resultar requisitos e pressupostos conformadores da sua aplicação que

---

<sup>294</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral.j. 10 Abril 2013.

<sup>295</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 11-12.

<sup>296</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 188.

<sup>297</sup> “o normal será que a prova proibida concorra com uma bateria de meios admissíveis, numa teia dificilmente extrincável de influência e codeterminação recíprocas. Muitas vezes nada, por isso, mais aleatório e inseguro do que a tentativa de identificar e isolar o peso que o meio de prova terá tido na convicção do julgador. Nestas hipóteses só pela via da revogação da decisão se poderão assegurar a reafirmação contrafáctica das normas violadas e a atualização do respectivo fim de proteção. O que terá de se fazer prevenindo o perigo de a convicção sobre a responsabilidade criminal do arguido, entretanto lograda - e para a qual contribuiu, a seu modo, o meio proibido de prova - ter já operado uma reinterpretação cognitiva do significado e da valência probatória dos meios sobranes e legítimos de prova.” (ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 65-66).

<sup>298</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral.j. 10 Abril 2013.

respeitem princípios constitucionais estruturantes do processo penal, designadamente os princípios da legalidade e da igualdade.

As divergências entre a doutrina e a jurisprudência sobre a admissibilidade dos acordos de sentença e a sua conformação legal, acima refletidas, e a complexidade jurídica da questão, sugerem a necessidade de aprofundamento da reflexão sobre a mesma, designadamente quanto à posição a assumir pelo Ministério Público no âmbito das suas atribuições no exercício da ação penal.

Por outro lado, a inexistência de determinações ou orientações similares em todas as Procuradorias-Gerais Distritais, como se assinalou, pode promover a desigualdade de tratamento de idênticos casos concretos, o que importa salvaguardar, no respeito pelo princípio da igualdade do cidadão perante a lei.<sup>299</sup>

Feitas essas considerações, sobreleva de importância destacar, ainda, algumas ocorrências na legislação penal portuguesa de normas que consolidam o direito premial, que, conforme observa Cabral<sup>300</sup>, “incidem em áreas que englobam a criminalidade organizada, a de natureza económico financeira e a criminalidade contra o Estado”, beneficiando, genericamente, com a atenuação especial ou até mesmo com a isenção da pena, quem se presta a “*auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*”.

De acordo com Matos<sup>301</sup>, o instituto pode ser encontrado nos artigos 368º-A e 374º-B do Código Penal de Portugal e, ainda, em legislações extravagantes, como a Lei 52/2003, de 22 de Agosto, a Lei 36/94, de 29 de Setembro, e o Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro. Assim, por exemplo, o artigo 368º-A, que pune o crime de branqueamento de capitais, e o artigo 374º-B, que dispõe sobre a dispensa ou atenuação de pena para os crimes definidos como corrupção, possuem disposições que favorecem os agentes que, envolvidos em tais delitos, resolvem auxiliar concretamente os órgãos persecutórios na obtenção, recolha ou produção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros corresponsáveis<sup>302</sup>.

Ainda sobre o Código Penal português, vale destacar a menção feita por Mossin e Mossin<sup>303</sup> ao crime de associação criminosa, previsto no artigo 299º, o qual prevê a

---

<sup>299</sup> PORTUGAL. Procuradoria Geral da República. Diretiva nº 2/2014 – Acordos sobre sentença em processo penal. 21 de Fevereiro de 2014.

<sup>300</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto, p. 14.

<sup>301</sup> MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*, p. 7.

<sup>302</sup> “Artigo 368.º-A Branqueamento (...)”

9- A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

“Artigo 374.º-B Dispensa ou atenuação de pena (...)”

2- A pena é especialmente atenuada se o agente:

a). Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”.

<sup>303</sup> MOSSIN, Heráclito António, MOSSIN, Júlio César de Oliveira Guimarães. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*, p. 38.

possibilidade de atenuação ou dispensa da pena ao agente que, dentre outras condutas possíveis, resolve comunicar a autoridade sobre a existência do grupo, organização ou associação criminosa de que fazia parte, de modo que se possa evitar a prática de crimes<sup>304</sup>.

No que diz respeito à legislação especial, tem-se, por exemplo, a Lei 52/2003, de 22 de Agosto, que, ao revogar os dispositivos nº 300º e 301º do Código Penal, passou a dispor sobre o combate ao terrorismo em Portugal, trazendo, em seus artigos 2º nº5, 3º nº2 e 4º nº13, disposições acerca da atenuação da pena ao agente que, entre outras condutas alternativas, tenha auxiliado concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis<sup>305</sup>.

Mesmo fundamento também é encontrado no artigo 31º da Lei nº 15/93, de 22 de janeiro – legislação de combate às drogas –, que prevê a possibilidade do benefício da atenuação ou dispensa de pena àquele que “auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações (...)”<sup>306</sup>.

Ainda sobre o assunto, é necessário consignar os artigos 7.º nº2, 8.º e 9.º nº 1 alínea b, da Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, que prevê medidas de combate à corrupção e criminalidade econômica e financeira, estabelecendo, dentre outras medidas, o dever de sigilo quanto à identificação de cidadãos que forneçam quaisquer elementos informativos ou

---

<sup>304</sup> “Artigo 299.º - Associação criminosa (...); 4- As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes”.

<sup>305</sup> “Artigo 2.º - Organizações terroristas (...)

5- A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Artigo 3.º - Outras organizações terroristas (...)

2- É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 5 do artigo anterior.

Artigo 4.º - Terrorismo (...)

13- A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”.

<sup>306</sup> “Artigo 31.º - Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena”.

que prestem qualquer tipo de colaboração (na verdade, trata-se de uma garantia), bem como estabelece atenuação da pena e até suspensão provisória do processo em caso de colaboração<sup>307</sup>.

Há também, conforme salienta Santos<sup>308</sup>, as hipóteses acolhidas pelo artigo 13.º da Lei 50/2007, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal pela prática de condutas antidesportivas, por meio do qual previu-se a possibilidade de atenuação especial e até dispensa de pena para os crimes de corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, oferta ou recebimento indevido de vantagem, associação criminosa e aposta antidesportiva, quando praticados no âmbito de atividade desportiva<sup>309</sup>.

Por fim, vale mencionar, novamente com esboço em Cabral<sup>310</sup>, o artigo 19.º-A da Lei nº 34/87, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade de titulares de cargos públicos<sup>311</sup>, assim como ao artigo 5.º da Lei nº 20/2008, que trata dos crimes de responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada<sup>312</sup>, dispositivos esses que também possibilitam, na senda do que foi apresentado, a

---

<sup>307</sup> “Artigo 7.º - Dever de sigilo (...)

2- O dever de sigilo é extensivo à identificação de cidadãos que forneçam quaisquer elementos informativos com relevância para a actividade preventiva da Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infracções Económicas e Financeiras ou que a esta prestem qualquer outro tipo de colaboração. (...)

Artigo 8.º - Atenuação especial

Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Artigo 9.º - Suspensão provisória do processo

1 - No crime de corrupção activa, o Ministério Público, com a concordância do juiz de instrução, pode suspender provisoriamente o processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem cumulativamente os seguintes pressupostos: (...)

b) Ter o arguido denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade (...)

<sup>308</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto: a evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 182.

<sup>309</sup> “Artigo 13.º - Atenuação especial e dispensa de pena

1 - Nos crimes previstos na presente lei:

a) A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;

b) O agente pode ser dispensado de pena se repudiar voluntariamente, antes da prática do facto, o oferecimento ou a promessa que aceitara ou restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

2 - No crime previsto no artigo 11.º, a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes”.

<sup>310</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. *O Direito Penal e o seu contexto*, p. 15.

<sup>311</sup> “Artigo 19.º - Dispensa ou atenuação de pena (...)

2- A pena é especialmente atenuada se o agente:

a) Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis (...)

<sup>312</sup> “Artigo 5.º- Atenuação especial e dispensa de pena

concessão de benefícios consistentes na dispensa ou atenuação de pena ao agente colaborador.

Apesar desses exemplos contendo previsões legais de benefícios ao agente que, tendo cometido um crime, resolve colaborar com a Justiça, não se pode afirmar, de forma inquestionável, que há, no ordenamento jurídico português, um instituto equivalente ao da delação premiada, ao menos não nos moldes em que existe no Brasil.

Além das restrições acima referenciadas, impostas pelo Supremo Tribunal de Justiça e pela Procuradoria-Geral da República, a falta de um diploma legislativo que discipline a aplicação de um instituto de natureza premial no país, a exemplo da lei federal brasileira nº 12.850/2013 (artigos 3º a 7º), é um fator importante no que diz respeito à efetividade na obtenção de acordos, especialmente porque, conforme esclarece Matos<sup>313</sup>, a lei penal de Portugal, diferente do que ocorre no Brasil, “não permite ao Ministério Público a concessão ou promessa de um prémio ao arguido em troca da sua colaboração processual”, competindo ao órgão apenas advertir a parte para a possibilidade de um tratamento penal mais favorável, do que se exige sempre, entretanto, a concordância do juiz.

Não é outro o entendimento defendido por Silva<sup>314</sup>:

(...) em Portugal, ao contrário daquilo que sucede no Brasil ou nos Estados Unidos, não existe um acordo prévio entre o Ministério Público e o arguido, mediante o qual se define a concreta colaboração do arguido, nem quais os objetivos que se pretendem alcançar para que seja concedido o benefício legal.

Para a autora, a legislação vigente torna praticamente sem utilidade os mecanismos de premiação, muito em decorrência da própria configuração do sistema penal e processual português, que, principalmente, busca preservar os seus princípios fundamentais sustentadores, ao passo que, além de inviabilizar a utilização do instituto, acaba contrariando o efeito pretendido ao retirar garantias básicas ao arguido, uma vez que “não existe entre nós nenhuma clarificação dos objetivos pretendidos com este tipo de colaboração”:

Existe, isso sim, uma mera alusão vaga a uma colaboração decisiva, mas em momento algum, essa colaboração é concretizada. O que deixa o arguido-colaborador numa posição instável e de incerteza processual. Mas, mais do que

---

a) A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis ou de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade (...)

<sup>313</sup> MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*, p. 14.

<sup>314</sup> SILVA, Sílvia Maria Pereira Eleutério. *A Perseguição da Corrupção – Delação Premiada: Um Caminho Legítimo?*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Escola de Direito, Universidade do Minho, Minho: 2017, p. 93.

isso. Se entendermos que a delação premiada é o caminho a seguir, como podemos acolher no nosso sistema medidas que não têm qualquer efeito útil? Prova disto que acabámos de expor é precisamente o baixo número de decisões portuguesas que lançaram mão destes mecanismos para cumprir os seus objetivos de persecução à criminalidade, demonstrando-se assim, além do supra mencionado, que, no nosso país, a forma como estes mecanismos foi pensada e concretizada os torna mais do que ineficazes, quase totalmente inutilizáveis.<sup>315</sup>

Não é outra a conclusão a que chega Cabral<sup>316</sup>, para quem a impossibilidade de uma negociação com vista à colaboração torna, na prática, pouco úteis as normas que dizem respeito ao direito premial em Portugal, uma vez que “o arguido colaborador é solicitado a auxiliar concretamente na obtenção, ou produção de provas decisivas, sem que exista uma contrapartida certa, e concretizada, ou meramente previsível em relação à sua situação processual e ao benefício decorrente da pretendida colaboração”.

Assim, conclui-se que, da forma como se encontra legislado em Portugal atualmente, o instituto em questão ainda se mostra pouco eficiente para os fins a que se propõe. Exemplo disso pode ser encontrado no já mencionado art. 374.º-B do Código Penal<sup>317</sup>, que, ao mesmo tempo em que estabelece a possibilidade de dispensa de pena para o crime de corrupção, fixa um prazo exíguo de 30 dias para o coautor fazer a denúncia após a prática do ato, assim como também determina que, para que tenha direito ao benefício, não haja investigações formais em curso.

#### **4.6 A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL E A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 13.964/2019**

No Brasil, a delação premiada ganhou maior relevância a partir da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, alcançando amplo destaque midiático, especialmente no curso dos procedimentos investigatórios e processuais realizados durante a Operação Lava Jato. Contudo, o instituto já tinha previsão, ainda que embrionariamente, em outros dispositivos e diplomas legais, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos).

---

<sup>315</sup> SILVA, Sílvia Maria Pereira Eleutério. *A Perseguição da Corrupção – Delação Premiada: Um Caminho Legítimo?*, p. 94.

<sup>316</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. *O Direito Penal e o seu contexto*, p. 19-20.

<sup>317</sup> “Artigo 374.º-B Dispensa ou atenuação de pena

1- O agente é dispensado de pena sempre que:

a) Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal (...)”

Referida lei, ao alterar o Código Penal – mais especificamente o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, §4º) –, estabeleceu uma hipótese de delação premiada, possibilitando a redução da pena do coautor do crime que denunciasse à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, bem como ainda fixou, por meio do seu artigo 8º, parágrafo único, uma outra hipótese de redução da pena aplicável ao delito de associação criminosa (art. 288, CP) àquele que tenha cometido crimes de natureza hedionda ou afins (prática de tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo):

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: “(...) § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”<sup>318</sup>  
Art. 8º (...)  
Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Destaque-se também a Lei nº 9.034/1995, que, hoje revogada, foi o primeiro diploma a tratar do tema do combate ao crime organizado no Brasil, estabelecendo a possibilidade de redução de pena em caso de colaboração espontânea que levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria nos casos envolvendo organizações criminosas (art. 6º)<sup>319</sup>.

Além desses, existem outros diplomas legislativos que, na sequência da supracitada lei de crimes hediondos, também trataram da delação (colaboração), sendo possível mencionar, por exemplo, as leis 9.613/1998 – lei de lavagem de capitais (art. 1º, § 5º)<sup>320</sup>;

---

<sup>318</sup> Posteriormente alterado pela Lei nº 9.296/1996, que fixou a redação atual da seguinte forma: “§4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

<sup>319</sup> “Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

<sup>320</sup> “Art. 1º (...) § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

9.807/1999 – lei de proteção a vítimas e testemunhas (art. 13 e 14)<sup>321</sup>; e 11.343/2006 – lei de combate às drogas (art. 41)<sup>322</sup>.

Cite-se, ademais, as leis 7.492/1986 – lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 25, §2º)<sup>323</sup> e 8.137/1990 – lei dos crimes contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único)<sup>324</sup>, que, apesar de originariamente não terem abordado a matéria, sofreram alterações e também incluíram o instituto posteriormente.

A compreensão do contexto político e social que favoreceu o surgimento de tais leis no Brasil, seguindo a tendência neopunitivista, é importante para que se possa entender como se deu, anos mais tarde, a aprovação da atual lei de combate ao crime organizado, a qual introduziu no ordenamento jurídico nacional alguns instrumentos de natureza penal e processual penal modernos e pretensamente eficazes, definindo de forma objetiva e criando um tipo penal específico para o até então inexistente conceito formal de organização criminosa<sup>325</sup>, além de dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de provas, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado nesses casos.

---

<sup>321</sup> “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

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

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

<sup>322</sup> “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar, voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)”.

<sup>323</sup> “Art. 25. (...) § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”.

<sup>324</sup> “Art. 16. (...) Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)”.

<sup>325</sup> Não obstante a falta de definição do termo organização criminosa pela lei 9.034/1995, uma corrente doutrinária e jurisprudencial passou a se valer do texto aprovado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que conceituava Grupo Criminoso Organizado como sendo o “*grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material*” (Cf. Decreto nº 5.015, de 12 de Março de 2004, que Promulga, no Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, com base nos princípios da legalidade e taxatividade, firmou em 2012 entendimento contrário a aplicação desse conceito, por entender que violava o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal (STF, Pleno, ADI nº 4.414/AL. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012).

Assim, diante do crescente discurso baseado na imperatividade do aprimoramento do combate à criminalidade organizada, surgiu, no país, a necessidade de criação de instrumentos que pudessem ser mais eficazes durante a persecução penal, a exemplo dos expressamente previstos no artigo 3º da Lei 12.850/2013, dentre os quais se destacam a ação controlada, a infiltração de agentes em atividade de investigação e a “colaboração” premiada, sendo este último, conforme expõe Cacho<sup>326</sup>, o que mais tem gerado questionamentos na atualidade, “principalmente pela sua utilização em casos de grande repercussão na mídia, gerando diversos debates entre a população em geral, bem como no mundo jurídico, além de trazer questionamentos em torno da sua constitucionalidade, eficácia e eticidade”, assuntos esses que já foram devidamente visitados.

Questiona-se, por exemplo, o aparente contrassenso representado pela adoção de institutos claramente despenalizadores, como é o caso do perdão judicial previsto no art. 4º da lei em comento, em um contexto sócio-político em que o próprio legislador se mostrou fortemente influenciado pelo direito penal de emergência quando da aprovação do diploma. A resposta para isso, no entanto, pode ser encontrada na própria racionalidade utilitarista que norteou a lei de combate ao crime organizado, uma vez que, para alcançar os objetivos pretendidos e fazer frente à complexidade representada pela criminalidade organizada moderna, o legislador lançou mão de meios atrativos para a obtenção de delações, como é o caso da previsão legal que permite inclusive que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia em favor do colaborador.

Por outra perspectiva, não é demais lembrar, conforme visto em tópico específico, a adoção do instituto rivaliza com preceitos básicos constitucionais que orientam o Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, notadamente no que concerne ao garantismo jurídico, ao papel das instituições envolvidas na persecução criminal e à possível relação da delação com práticas inaceitáveis como a tortura ou a prisão com finalidade desviada, assuntos que também foram oportunamente analisados.

Esses são apenas alguns aspectos a serem considerados no contexto de aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, que, vale dizer, diante da realidade posta e da experiência adquirida com a operação Lava Jato, fomentou um conjunto de posições

---

<sup>326</sup> CACHO, Manoela Andrade. Colaboração Premiada e o Princípio da Obrigatoriedade, p. 65.

doutrinárias e jurisprudenciais bastante controvertidas, mas que, no final de contas, conduziu para as recentes alterações promovidas pela Lei 13.964/2019.

Essa lei, ao se propor a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, também operou modificações importantes em relação ao combate ao crime organizado e, mais precisamente, no que pertine à delação premiada, buscando sanar incongruências e omissões normativas responsáveis pela maior parte das críticas que o instituto ensejava, bem como também tentou adequar sua aplicação e valoração aos ditames jurídicos que formam a base do sistema jurídico-processual brasileiro.

#### **4.6.1 AS NOVAS REGRAS DO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA**

Encerrando as controvérsias acerca do assunto, definiu-se no novel art. 3º-A da Lei 12.850/2013, introduzido pelo chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), a natureza jurídica do acordo como sendo, ao mesmo tempo, um negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova, o que, apesar de benfazeja e esclarecedora inovação, pode-se dizer que, de certo modo, foi tímida ao não prever, por exemplo, a possibilidade de colaboração unilateral<sup>327</sup>, especialmente naqueles casos em que, ainda que não tenha havido formalização ou aceitação do acordo, verifica-se que ocorreu efetivo auxílio durante a persecução por parte do agente investigado ou processado.

Tal questão, inclusive, foi suscitada no âmbito do próprio STF, quando, em voto-vista manifestado por um dos ministros da 2ª Turma, reconheceu-se a possibilidade de concessão de benefícios premiais independentemente da formalização de acordo, quando o juiz verificar que houve uma postura colaborativa, devendo, pois, ser concedida sanção premial compatível com esse comportamento e com os resultados obtidos, estabelecidos nos incisos I a IV do artigo 4º da lei em comento:

Com efeito, no campo da colaboração unilateral, cujo assento decorre da homenagem à ampla defesa, não se verifica margem para impugnações de terceiros quanto à colaboração em si, resguardando-se ao Estado-Juiz, em sede de sentença, a aferição da eficácia da atividade colaborativa e, por óbvio,

---

<sup>327</sup> Também chamada de delação ou cooperação premiada unilateral, ocorre quando as informações disponibilizadas pelo réu, de forma unilateral, atingem os resultados previstos na lei para a premiação, devendo o juiz conceder o prêmio independentemente da existência de acordo com os órgãos persecutórios. Trata-se de “decorrência natural dos postulados constitucionais do devido processo legal, da separação entre os Poderes da República, da ampla defesa e da razoabilidade, sob o ângulo da proporcionalidade”. (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal - IBRASPP*, vol. 3, nº1, pp. 131-166, jan./abr., 2017, p. 161).

assegurando-se aos implicados a contraposição ao conteúdo incriminatório resultante das provas amealhadas a partir desse comportamento colaborativo.

Importante realçar, nessa linha, que a colaboração unilateral não se sujeita a prévio crivo homologatório, visto que não há atividade negocial. O controle judicial, nessa dimensão, exercita-se no campo sentenciante, notadamente sob a perspectiva da avaliação da concreta eficácia da colaboração, diferindo-se o crivo jurisdicional para a fase propriamente decisória. (...)

Nesse viés, assento que, ao menos sob a óptica da esfera jurídica do delatado, a colaboração premiada bilateral (que pressupõe voluntariedade de ambas as partes) e a unilateral (direito subjetivo do acusado) produzem idênticos efeitos processuais.<sup>328</sup>

Desse modo, forçoso concluir que, mesmo sem acordo de delação formalmente realizado entre as partes, o juiz tem a obrigação de reconhecer, durante a prolação da sentença, as circunstâncias correspondentes às previstas no supracitado artigo em favor do investigado ou processado que atuou de modo colaborativo para os fins da investigação ou ação penal, fazendo jus, portanto, ao perdão judicial, à redução da pena privativa da liberdade ou a sua substituição por restritiva de direito.

Uma importante alteração promovida pela lei ao estatuto do combate ao crime organizado refere-se ao estabelecimento, expressamente adotado pela lei no art. 3º-B, do recebimento da proposta para a formalização do acordo como marco inicial das negociações e, portanto, da própria confidencialidade entre as partes, constituindo violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé (objetiva) a divulgação das tratativas iniciais ou de documentos formalizadores do acordo, prática que era comum no âmbito da operação Lava Jato. Não por outra razão, aliás, Nucci<sup>329</sup> observa que o referido dispositivo pretende salvaguardar a garantia de confidencialidade do acordo de delação premiada, configurando a violação uma quebra de confiança e uma conduta penalmente relevante.

Refere-se o autor, nesse ponto, ao tipo penal previsto no art. 325 do CP, que trata do delito de violação de sigilo funcional<sup>330</sup>, concluindo, em razão disso, que:

De nada adianta a lei exclamar em detalhes que a violação do sigilo significa um crime, pois isto já ocorreu antes e nem mesmo foi instaurada investigação para apurar. Ao menos, nada se noticiou a respeito. O vazamento sim, percorreu toda a

---

<sup>328</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 142.205/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto-Vista. Min. Edson Fachin (informativo nº 958). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC142205.pdf>>. Acesso em: 17 Mar. 2020.

<sup>329</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 154.

<sup>330</sup> “Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:  
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. (...)”

imprensa; a apuração do vazamento, não. Somos levados a crer que não houve simplesmente investigação a esse respeito.<sup>331</sup>

Ainda em relação ao artigo em comento, a nova lei impôs o dever de motivação no caso de recusa da proposta de acordo (§ 1º), sem o que a relação negocial entre o agente delator e o Estado, desproporcional por si só, pode revelar-se arbitrariamente seletiva. Não havendo indeferimento sumário, e uma vez firmado o Termo de Confidencialidade entre o celebrante, o delator e o seu defensor, nos termos do § 5º, os órgãos persecutórios estarão vinculados à proposta, não sendo permitido ao juiz indeferir posteriormente sem justa causa o acordo, conforme redação dada pelo § 2º do dispositivo.

Destaque-se, outrossim, o § 3º do referido artigo, que estipula que o recebimento da proposta para análise ou firmação do Termo de Confidencialidade não implica, por si, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis.

Sobre o § 4º, com espeque mais uma vez em Nucci<sup>332</sup>, afirma-se que a intenção do legislador foi permitir uma instrução prévia, conduzida pelo juiz das garantias, visando à comprovação preliminar dos termos do acordo, o que, segundo o autor, impede que se caia “em *armadilhas* de delatores mal-intencionados, nem tampouco em operadores do Direito aptos a conduzir com parcialidade certa delação”.

No que diz respeito ao §6º, é preciso asseverar, na linha do anteriormente exposto, que se trata de redação que, em certo sentido, veio reforçar o que o inalterado §10º do art. 4º já estipulava, prevendo a redação recém-incluída que, quando o acordo não for celebrado por causa do celebrante, esse não poderá se valer das informações ou provas apresentadas de boa-fé pelo delator.

Quanto a esse aspecto, é de se observar que, mesmo diante da previsão legal, uma vez reveladas certas informações, ainda que rejeitado o acordo, os órgãos envolvidos na investigação e acusação podem se valer disso para, por outros meios, obtê-las<sup>333</sup>, o que mais uma vez demonstra a relação desigual em que se encontra aquele que se dispõe a delatar, mesmo diante dos avanços alcançados pela nova lei.

---

<sup>331</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 154.

<sup>332</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 155.

<sup>333</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 156.

Feitas essas considerações, oportuna a transcrição literal do art. 3º-B:

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

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

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

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

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

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

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

No que diz respeito ao recém-criado art. 3º-C, nota-se a preocupação do legislador quanto ao cumprimento de algumas formalidades quando da celebração do acordo, notadamente no que concerne à presença e participação do advogado ou defensor do delator, sem o qual nenhuma tratativa deve ser realizada (§1º), competindo-lhe, ademais, instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando os elementos de colaboração (§ 4º).

Importa salientar, entretanto, que o aspecto mais relevante apresentado pelo dispositivo em comento diz respeito à limitação estabelecida no §3º quanto aos fatos ilícitos narrados para os quais concorreu o delator e que tenham relação direta com os fatos investigados.

Assim, dispõe referido artigo:

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

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

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

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

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

Avançando ao art. 4º, que trata, dentre outras coisas, dos benefícios disponíveis ao delator e dos resultados esperados a partir da delação, é preciso anotar, inicialmente, que, em sua essência, passou incólume à reforma promovida pela Lei 13.964/2019, sofrendo algumas alterações somente a partir do § 4º, cuja redação foi modificada, no sentido de restringir a possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer denúncia, ainda que cumpridos os demais requisitos, apenas no caso da proposta de acordo referir-se a infração de cuja existência os órgãos persecutórios ainda não tenham conhecimento, compreendidas como tais, nos termos do novel §4º-A, as infrações penais que não constituam objeto de investigação à época da delação.

Busca-se, com isso, incentivar o delator para que narre outros fatos criminosos, dos quais o Estado não tenha conhecimento. Para tanto, a lei permite que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia, desde que o delator não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar essa colaboração<sup>334</sup>.

Por sua vez, a alteração feita no §7º, aprimorando a redação anterior, decorreu da intenção de impor ao juiz o dever de ouvir, sigilosamente, o delator, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os aspectos a serem examinados para que o acordo seja homologado, na forma *ipsis letteris* a seguir transcrita:

§ 7º (...)

I – regularidade e legalidade; II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV – voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

Importante ressaltar que a ampliação da redação do dispositivo em tela se deu num cenário de críticas doutrinárias cada vez mais crescentes em virtude dos abusos praticados

---

<sup>334</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 158.

no âmbito da Operação Lava Jato, notadamente em decorrência dos desvirtuamentos da função do Ministério Público, que recorrentemente tem se valido de poderes e competências que não lhe são próprios, como no caso da definição da pena ou do regime de progressão (inciso II), assunto que foi mais bem detalhado quando se analisou a delação premiada sob a perspectiva constitucional (item 4.2).

Sobre esse assunto, Nucci<sup>335</sup> avalia que:

Finalmente, o Parlamento captou a crítica da doutrina e apontou *como nulas as cláusulas que violem o critério de regime inicial de pena* (chegamos a situações teratológicas de ter o doleiro condenado a mais de 100 anos de prisão, cumprindo pena em regime aberto (...)). Os acordos fizeram *tabula rasa* da lei e misturaram à vontade tudo o que o legislador havia previsto dentro de certa harmonia, resultando em penas bizarras. Outra situação fora de propósito foi a previsão, contida no acordo inicial, de quando haverá progressão de regime, o que cabe ao juiz da execução (isto se a colaboração for prestada após a sentença condenatória, nos termos do art. 4º, §5º).

Não menos importante é a previsão contida no inciso IV, que reforça a necessidade do juiz atentar, quando da homologação do acordo, à voluntariedade da manifestação de vontade pelo agente delator, que apesar de prevista na redação passada, ganhou especial enfoque nos casos em que o delator se encontra ou se encontrava submetido à medida cautelar.

Apesar de salutar, a inovação trazida pela lei pouco avançou em termos práticos, uma vez que a condição de restrição da liberdade, ainda que potencialmente, é capaz de afastar qualquer voluntariedade da manifestação de vontade, ainda mais no cenário jurídico processual brasileiro, que, como se viu, não raras vezes tem se valido da prisão com finalidade deturpada, de modo a influenciar para que o investigado faça a delação.

O §7º-A tem especial aplicação no contexto introduzido pela Lei 13.964/2019 no que se refere à figura do juiz das garantias, que, atuando em momento diverso do processo, prestigia, ao menos em tese, os princípios básicos do devido processo legal, dentre os quais a imparcialidade objetiva, possibilitando, dessa forma, conforme entendimento extraído do referido dispositivo, que o juiz ou tribunal proceda à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos definidos pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, antes de conceder os

---

<sup>335</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 159.

benefícios pactuados pelas partes, excetuando-se o acordo que prevê o não oferecimento da denúncia ou se já tiver sido proferida a sentença:

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

Na mesma senda inovadora, o §7º-B estipulou que “São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória”, norma que se mostra oportuna diante da prática comum antes presente em alguns acordos, no sentido de impossibilitar ao delator o acesso a recursos, como, por exemplo, o *habeas corpus*, prática que não se pode conceber num Estado Democrático de Direito<sup>336</sup>.

Na sequência, o §8º também foi alterado, extinguindo a possibilidade do próprio juiz, em caso de recusa da homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, adequá-la ao caso concreto. Hodiernamente, em havendo essa recusa, deve o magistrado devolver a proposta às partes para as adequações necessárias.

Também parece ter agido corretamente o legislador ao fixar no § 10-A o entendimento recentemente adotado pela jurisprudência da Suprema Corte em sede de análise do *habeas corpus*<sup>337</sup>, passando a admitir, em consonância com os princípios do devido processo legal e do contraditório, o direito do delatado de se manifestar após o decurso de prazo concedido ao delator.

O §13, por sua vez, sofreu modificação para determinar que todas as tratativas e atos referentes à delação devem ser feitos pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou similar, inclusive audiovisual, com finalidade de conferir maior fidelidade às informações prestadas, garantindo-se, ademais, que o Judiciário possa exercer fiscalização também nessa fase, a despeito de não participar da construção do acordo, o que demonstra, mais uma vez, a preocupação do legislador com a voluntariedade da delação.

---

<sup>336</sup> Nesse sentido, Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*, p. 159.

<sup>337</sup> “Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado (...)”. (*Habeas Corpus 166.373/PR*, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/10/2019).

Não menos importante, o novo §16 também parece ter surgido em boa hora, ampliando o texto da redação anterior para abranger, além da própria sentença condenatória, as medidas cautelares reais ou pessoais e o próprio recebimento da denúncia ou queixa, cuja decretação ou proferimento não pode ocorrer com base apenas na delação premiada:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.

O artigo em comento ainda traz a previsão de que o acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa, por parte do delator, em relação aos fatos objeto da delação (§17), bem como também impõe que ele cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada aos fatos investigados, sob pena de rescisão (§18), o que se mostra bastante razoável dentro do contexto proposto pela norma.

Avançando um pouco mais, a reforma acrescentou ao rol de garantias do colaborador o cumprimento de prisão cautelar em estabelecimento diverso dos demais corréus ou condenados, o que, com espeque mais uma vez em Nucci, mostra-se bastante pertinente, uma vez que, na “lei selvagem dos presídios”, delatores não são bem vistos e inseri-los no mesmo ambiente com outros presos, inclusive aqueles que ele tenha delatado, é um risco que não se deve correr.

Finalmente, importa mencionar também a alteração promovida no §3º do art. 7º, que, seguindo a orientação doutrinária formada em relação ao assunto, definiu que o acordo e os depoimentos do delator devem ser mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou queixa-crime, sendo vedado ao magistrado, como forma de impedir abusos antes verificados, decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

#### **4.7 DELAÇÃO PREMIADA E PROVA NO PROCESSO PENAL – SISTEMA DE VALORAÇÃO E AS PROIBIÇÕES DE PROVA**

Outro tema digno de atenção quando se analisa o instituto da delação premiada diz respeito ao seu valor enquanto prova. No entanto, antes de abordar propriamente o assunto, mostra-se necessário compreender outras questões importantes em torno do estudo da prova no processo penal, notadamente no que diz respeito ao sistema de valoração e aos limites impostos à produção da prova.

Posto isso, deve-se primeiro compreender que a prova judiciária tem como objetivo principal reconstruir os fatos investigados no processo, “buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*”<sup>338</sup>.

É necessário destacar, também, que essa tarefa de reconstrução da verdade experimentou, ao longo da história, diversos métodos, os quais são chamados de sistemas ou fases de valoração da prova<sup>339</sup>, prevalecendo, de um modo geral, no processo penal contemporâneo, o sistema do livre convencimento, também conhecido, dentre outras denominações, como sistema da persuasão racional, da livre apreciação da prova, da livre convicção ou, ainda, fase científica<sup>340</sup>.

Conforme esclarece Lima<sup>341</sup>, de acordo com esse sistema, “o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão”. Trata-se, portanto, de um sistema mais equilibrado, uma vez que as provas não são previamente valoradas e o julgador, apesar de livre para formar sua convicção, possui discricionariedade limitada às provas constantes dos autos.

Vale destacar, nesse passo, a contribuição para a ascensão desse sistema dada pelo reconhecimento de que o valor e a força dos meios de prova não podem, a priori, ser corretamente aferidos em decorrência do caráter genérico próprio dos critérios legais vigentes anteriormente, mas somente levando-se em consideração as circunstâncias concretas de cada caso<sup>342</sup>, sendo que, da mesma forma, a liberdade do juiz quanto a apreciação da prova e manifestação de seu convencimento também não deve ser confundida com o mero arbítrio, uma vez que o livre convencimento, que hoje se adota no direito

---

<sup>338</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 275.

<sup>339</sup> “Quando se aborda o presente tema, tem-se em vista a relação existente entre o julgamento da causa pelo juiz natural e as provas produzidas em juízo. Busca-se investigar a vinculação (ou não) do magistrado a alguma modalidade de prova. São basicamente três sistemas acerca do assunto. a saber: 1) Sistema da íntima convicção; 2) Sistema da prova tarifada; 3) Sistema da persuasão racional do juiz (convencimento motivado)”. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 616).

<sup>340</sup> Vale ressaltar, entretanto, que esse método de avaliação da prova não se aplica aos julgamentos pelo Tribunal do Júri no Brasil, uma vez que “não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos requisitos, vigorando nesse caso o princípio da íntima convicção” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 284).

<sup>341</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 618.

<sup>342</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal – Coleção Clássicos Jurídicos*, p. 200.

processual penal, não se confunde com o julgamento por convicção íntima, sendo o livre convencimento lógico e motivado o único aceito pelo moderno processo penal<sup>343</sup>.

Com espeque novamente em Dias<sup>344</sup>, tem-se que a liberdade de apreciação da prova é, dessa maneira, uma liberdade de acordo com o dever de buscar a verdade material, de modo que a apreciação deve ser, no caso concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, suscetível de motivação e controle. Isso porque, embora livre para formar o seu convencimento, o juiz tem que “declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas”<sup>345</sup>.

A suscetibilidade a eventuais recursos, portanto, está na base da compreensão da imposição de limites à discricionariedade do juiz ao manifestar o seu *decisum*, uma vez que a prova não é produzida somente para ele próprio, mas também para as partes e para o Poder Judiciário, em caso de reapreciação da matéria.

Dias<sup>346</sup> destaca, a propósito, que a livre ou íntima convicção do juiz não pode ter origem puramente subjetiva, emocional e, portanto, imotivável. Para o autor, se a verdade que se procura é de natureza prático-jurídica, e haja vista que uma das funções da sentença é convencer os interessados do bom fundamento da decisão, tem-se que a convicção do juiz, não obstante seja de natureza pessoal, deve ser objetivável e motivável, sendo por essa razão capaz de impor-se aos outros.

Não por outro motivo é que também se denomina esse sistema de livre convencimento motivado, uma vez que o dever de motivação da decisão corresponde ao mais importante limite imposto à livre apreciação da prova pelo juiz, uma verdadeira garantia processual que “permite à parte se irressignar por meio do recurso cabível, baseando-se no conhecimento das razões de decidir”<sup>347</sup>.

Vale destacar que, além da motivação, outros limites se impõem ao sistema do livre convencimento, como, por exemplo, o fato de que provas produzidas em desacordo com os

---

<sup>343</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 278.

<sup>344</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal – Coleção Clássicos Jurídicos*, pp. 202-203.

<sup>345</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 284.

<sup>346</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal – Coleção Clássicos Jurídicos*, pp. 204-205.

<sup>347</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 79.

princípios constitucionais do contraditório não podem servir de base para formar a convicção do juiz, o qual também deve ficar adstrito às regras legais de direito processual penal no que diz respeito à forma dos atos jurídicos. Assim, em última análise, conforme assevera Hartmann<sup>348</sup>, a livre apreciação abrange todos os chamados momentos da prova (proposição, admissão, produção e avaliação), “uma vez que só poderá ser devidamente valorada pelo magistrado a prova legalmente admitida nos autos, livre de qualquer vício”.

Dito isso, também é necessário discorrer, ainda que brevemente, a respeito do tema relativo às proibições de prova no processo penal, questão de matriz constitucional<sup>349</sup> que, de acordo com o escólio de Andrade<sup>350</sup>, tem a pretensão de resguardar direitos e garantias individuais contra a atividade do Estado manifestada por meio da persecução penal, impondo limite à própria descoberta da verdade material.

Vale frisar que essas proibições de prova funcionam como garantia e proteção de bens jurídicos e não se confundem com outras nulidades processuais de natureza meramente formal, sendo imperativo compreender, recorrendo às precisas palavras do supracitado autor, que “mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como Direitos Fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos”<sup>351</sup>.

Dessa maneira, ao tratar do assunto no âmbito do ordenamento jurídico português, Andrade assevera que o direito processual penal privilegia a dimensão material substantiva das proibições de prova como instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos e contrapostos dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal<sup>352</sup>, podendo corresponder tais proibições à limitações impostas pela lei quanto a produção de prova ou até mesmo quanto a sua valoração em um determinado processo, impedindo que ela sirva para fundamentar uma decisão<sup>353</sup>.

A despeito da redação contida nos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP de Portugal, compete advertir que o tema das proibições de prova não está necessariamente

---

<sup>348</sup> HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, n.º 39. pp. 109-124. Curitiba, 2003, p. 117.

<sup>349</sup> Cf. Art. 32.º, n.º8, da CRP, e Art. 5.º, LVI, da CRFB.

<sup>350</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 188.

<sup>351</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 188.

<sup>352</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 196.

<sup>353</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 89-90.

adstrito ao das nulidades de que também trata o código, uma vez que esse próprio estabelece, no art. 118.º, nº 3, redação que deixa clara a autonomia das proibições de prova.

Tal questão também não passou ao largo das elucubrações feitas por Andrade<sup>354</sup>, que, apesar de reconhecer uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades, destaca que essa estreita ligação não deve ser entendida como uma homogeneização pura e simples das duas figuras, reduzindo as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de nulidade.

Conforme se depreende de Correia<sup>355</sup>, o emprego do termo que remete à nulidade nos dois primeiros dispositivos mencionados parece querer apenas destacar que as provas aqui tratadas não podem ser utilizadas no processo, constituindo, pois, verdadeira limitação à descoberta da verdade, que se manifesta através da proibição de produção dessas provas e, ainda que venham a ser produzidas, da proibição de sua valoração, conforme antes suscitado.

Feitas essas considerações, é necessário salientar que essa questão revela especial importância para o objeto de que trata a presente pesquisa quando sua análise é feita no contexto dos acordos negociados de sentença, que foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que se pronunciou, por meio de Acórdão referente ao Processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1, de 10/04/2013, no sentido de que o direito processual penal português não admite tais acordos, constituindo uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o MP e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar<sup>356</sup>.

#### **4.7.1 AS PROIBIÇÕES DE PROVA E OS ACORDOS NEGOCIADOS DE SENTENÇA EM PORTUGAL**

O referido *decisum*, cuja relatoria coube a Cabral<sup>357</sup> – Juiz Conselheiro daquela Corte Suprema –, advertiu que o acolhimento dos acordos negociados de sentença representaria um momento decisivo e eventualmente necessário, que deveria ser admitido com a compreensão de que também caracterizaria o rompimento de alguns paradigmas processuais,

---

<sup>354</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp. 193-195.

<sup>355</sup> CORREIA, João Conde, A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial, *Revista do Centro de Estudos Judiciários-CEJ*, nº 4. Lisboa: 2006, pp. 188-192.

<sup>356</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral.j. 10 Abril 2013.

<sup>357</sup> Trata-se, pois, de José António Henriques dos Santos Cabral, cujo artigo intitulado “O Direito Penal e o seu contexto” tantas vezes é referenciado neste trabalho.

sendo um passo demasiado grande argumentar, sem suporte numa vontade inequívoca do legislador e apenas com base no direito comparado e no regime da confissão previsto pelo artigo 344 do CPP<sup>358</sup>, que estar-se-ia autorizado a rompê-los. Nesse sentido, vale destacar que a transposição dos acordos negociados em processo penal não é suportada pela certeza e segurança que a lei, qualquer que seja a forma como essa seja interpretada, transmite<sup>359</sup>.

Em síntese, na fundamentação da decisão, o Tribunal concluiu que os arguidos confessaram na expectativa de um acordo relativo à pena que lhes seria aplicada, o qual, entretanto, era ilegal e não permitido pelo CPP, assim como os limites de pena negociados, sendo a confissão obtida nesses termos eivada de vício, vez que continha na sua gênese a promessa de uma vantagem que não era legalmente admissível, conforme se depreende do artigo 126 do CPP<sup>360</sup>, que trata dos métodos proibidos de prova, motivo porque foram consideradas nulas.

---

<sup>358</sup> Artigo 344.º - Confissão

1- No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas.

2- A confissão integral e sem reservas implica: a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados; b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e c) Redução da taxa de justiça em metade.

3- Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que:

a) Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles; b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos.

4- Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.

<sup>359</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral.j. 10 Abril 2013.

<sup>360</sup> “Artigo 126.º - Métodos proibidos de prova

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”.

Alinhado a essa opinião, Cabral<sup>361</sup> assevera que “num processo penal fundado no princípio da legalidade, não há lugar, nem respaldo, para uma negociação em que o Ministério Público, em nome do Estado, assumira um compromisso em termos de pena como contrapartida da colaboração”. Trata-se, pois, de perspectiva que converge com o que foi apresentado em momento anterior deste trabalho, oportunidade em que se analisou algumas possíveis violações constitucionais aos princípios da legalidade, da jurisdicionalidade e da culpabilidade decorrentes de atos negociais celebrados pelo Ministério Público Federal do Brasil no âmbito da Operação Lava Jato<sup>362</sup>.

No caso dos acordos negociados de sentença em Portugal, é possível afirmar que a determinação da medida concreta da pena compete ao juiz, configurando uma violação da reserva absoluta de jurisdição, a garantia dada pelo Ministério Público ao arguido quanto a aplicação de determinada pena<sup>363</sup>, motivo porque tais provas se inserem dentre aquelas denominadas proibidas, às quais o ordenamento jurídico lusitano dispensou tratamento especial com o objetivo de proteger o cidadão contra as ingerências do Estado, ao qual, como se afirmou antes, impõem-se limites à descoberta da verdade material.

Assim, uma vez mais apoiado nos ensinamentos de Andrade<sup>364</sup>, tem-se que:

A coberto dos métodos proibidos de prova proscreve a lei processual os atentados mais drásticos à dignidade humana, mais capazes de comprometer a identidade e a representação do processo penal como processo de um Estado de Direito e, por vias disso, abalar os fundamentos daquela Rechtskultur [cultura jurídica] sobre que assenta a moderna consciência democrática.

#### **4.7.2 O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL**

Apesar de se tratar, como se viu, de instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde pelo menos o início dos anos 1990, somente com o advento da Lei nº 12.850/2013, a delação premiada, sob o título de colaboração premiada, foi pela primeira vez disciplinada, estabelecendo a antiga redação do §16 do art. 4º que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, sendo tal mandamento extensível não só aos acordos realizados no contexto de investigações

---

<sup>361</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto, p. 19.

<sup>362</sup> cf. item 4.2, pp. 79 a 81.

<sup>363</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto, p. 19.

<sup>364</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 209.

ou processos relacionados à criminalidade organizada, mas também a todos os outros casos em que se mostre cabível a utilização do instituto.

A propósito, era esse o entendimento que já vinha sendo aplicado reiteradamente pelas Cortes superiores, como, por exemplo, no julgamento do *habeas corpus* nº 75.226/MS, de 1997, em que o STF estabeleceu, de forma condicionante, que “Se, de um lado, a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas”<sup>365</sup>.

Ao se analisar o valor probatório da delação premiada no país, há de se reconhecer, em face do sistema de valoração prevalecente, que o instituto possui caráter atenuado, correspondendo, como bem observa Badaró<sup>366</sup>, a uma inegável limitação legal ao livre convencimento judicial, que normalmente é governado por regras epistemológicas e não jurídicas, mas que em nada se confunde com o sistema da prova legal, pois não se trata de uma predeterminação do valor da delação enquanto prova.

Significa, isso sim, uma espécie de prova legal negativa, no sentido de determinar que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado, correspondendo o mandamento legal a uma regra de corroboração, que exige que o conteúdo da delação seja confirmado por outros elementos de prova<sup>367</sup>, os quais devem ser fornecidos pelo delator e consistir, conforme esclarece Pereira<sup>368</sup>, em detalhes da atividade criminal objeto da delação que possam ser aferíveis como verossímeis e dignos de razoável aceitação. Ausente isso, arremata o autor, “verificando tratar-se de mera acusação genérica despida de relato pormenorizado e de elementos concretos passíveis de futura comprovação, não se deve dar procedimento pela manifesta falsidade ou insubsistência objetiva do relato (...)”.

Ainda nessa linha cognitiva, é necessário compreender que não se trata de uma exigência tal que a comprovação dos fatos informados pelo delator deva estar suficientemente demonstrada por outros meios de prova tradicionais. Isso certamente desnaturaria o sentido do instituto, pois esses outros elementos, numa situação como a

---

<sup>365</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. *Habeas Corpus* 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.

<sup>366</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 379.

<sup>367</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 380.

<sup>368</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista do Centro de Estudos Judiciários - CEJ, Brasília*, Ano XIII, nº 44, pp. 25-35, jan./mar.2009, p. 31.

apresentada, seriam suficientes, por si sós, para o esclarecimento dos fatos, não havendo, então, necessidade de recurso à delação premiada<sup>369</sup>.

A intenção do legislador ao estabelecer essa limitação ao valor probatório da delação premiada, como se percebe, foi evitar que declarações não verídicas obtidas por meio de acordos pudessem servir de fundamento para condenações, o que constituiria uma clara afronta aos princípios do direito processual penal de matriz constitucional, notadamente o devido processo legal e a presunção de inocência.

Optou-se, como visto, por reconhecer seu valor probatório mitigado, firmando-se o instituto não como uma meio de prova propriamente dito, mas sim como um *meio de obtenção de prova*, funcionando a delação premiada, conforme esclarece Lima<sup>370</sup>, como uma importante técnica especial de investigação, por meio da qual o investigado ou acusado presta auxílio aos órgãos envolvidos na persecução penal, contribuindo para a obtenção de fontes materiais de prova.

Completa o autor afirmando que:

(...) se o acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou sequestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova.<sup>371</sup>

Esse, aliás, é o entendimento firmado em sede do *habeas corpus* nº 127.483, em que o STF considerou que a delação premiada corresponde a um meio para obtenção de prova, assim como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)<sup>372</sup>.

Firmou-se, em razão disso, o entendimento de que a delação premiada não possui, isoladamente, capacidade para fundamentar um decreto condenatório, devendo ser corroborada por outros elementos de informação e de prova capazes de confirmar as declarações prestadas pelo delator, como, por exemplo, a indicação do produto do crime, de contas bancárias, a localização do produto direto ou indireto da infração penal, auxílio para

---

<sup>369</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), p. 26.

<sup>370</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 801.

<sup>371</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 801.

<sup>372</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* nº 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

a identificação de números de telefone a serem grampeados ou na realização de interceptação ambiental, etc<sup>373</sup>.

Importante destacar, também, com espeque mais uma vez nos ensinamentos de Badaró<sup>374</sup>, que essa valoração da delação se dá a partir de perspectivas processuais relacionadas à credibilidade do delator, à coerência e verossimilhança dos fatos narrados e à confirmação das alegações por meio de outros elementos de informação e de prova.

Os dois primeiros, vale dizer, correspondem aos elementos intrínsecos de natureza subjetiva e objetiva, respectivamente, sendo comuns à análise do valor de qualquer testemunho, em decorrência dos quais o magistrado possui o dever de agir com cautela no momento da valoração da delação premiada, levando em consideração aspectos relacionados à personalidade do colaborador, os vínculos anteriores entre ele e os demais acusados, os motivos da delação, a verossimilhança das informações prestadas e o contexto circunstancial em que elas foram concedidas etc.

Já no que diz respeito ao terceiro elemento, trata-se de requisito extrínseco, que, mais uma vez de acordo com Badaró<sup>375</sup>, é específico do controle das declarações incriminatórias do corrêu obtidas no contexto da delação premiada, correspondendo, pois, à necessária complementação probatória, sem a qual restaria contrariada a regra da confirmação exigida pelo então vigente § 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013. Assim, conclui o autor:

A delação “nua”, isto é, sem um elemento de confirmação é, por si, inidônea para justificar uma condenação. Logo, a condenação fundada isoladamente em delação premiada viola lei federal, cuja constatação independe de revolvimento do material probatório e poderá ser controlado mediante recurso especial.<sup>376</sup>

Com as recentes inovações legislativas, promovidas pela outrora citada Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no diploma que trata do combate ao crime organizado no Brasil, e mais especificamente no que pertine à delação premiada, tem-se que, conforme já se afirmou, o instituto agora é classificado como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova (Art. 3º-A, da Lei 12.850/2013).

Além do aspecto contratual já estudado (item 4.1, *in fine*), a sedimentação por parte da lei do entendimento segundo o qual a delação é classificada como meio de obtenção de

---

<sup>373</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 802.

<sup>374</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 380.

<sup>375</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 381.

<sup>376</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, p. 382.

prova tem especial pertinência com o assunto que ora se pretende dissertar, principalmente em relação à chamada regra da corroboração, que foi expressamente prestigiada pelo novo texto legal no § 4º do art. 3º-C, que preconizou que “Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração”.

Também o § 16 do art. 4º foi objeto de mudanças pela referida lei, que estendeu o alcance da restrição imposta ao valor dado às declarações do agente colaborador (delator), que passam a ser agora, quando não corroboradas por outros elementos, insuficientes não só para fundamentar uma sentença condenatória, mas também para permitir a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, assim como para admitir o recebimento de denúncia ou queixa-crime. Senão, vejamos a nova redação do mencionado dispositivo:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.

Por derradeiro, vale ressaltar, que, para que obtenha *status* probatório, modernamente tem-se que a delação deve se submeter ao contraditório, sendo que, na linha das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, buscou-se, de um modo geral, coibir certos abusos e proporcionar um melhor exercício da defesa por parte do delatado, tendo ficado estabelecido, afinal, no novel §10-A do Art. 4º da Lei 12.850/2013, que “Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.”

Trata-se, como de resto a maior parte das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019 ao instituto da delação premiada, de mais uma importante alteração fortemente influenciada pelos anseios doutrinários majoritários – frequentemente adotado no âmbito das mais altas Cortes do país –, no sentido de estabelecer o direito do delatado de poder manifestar-se por último, após ter amplo acesso às acusações que contra si recaem. Sem esse necessário contraditório em momento diferido, os elementos probatórios apresentados pelo delator não poderão ser aproveitados na formação do convencimento do juiz.

#### **4.8 A OPERAÇÃO LAVA JATO E O DESVIRTUAMENTO DOS INSTITUTOS DA PRISÃO PREVENTIVA E DA DELAÇÃO PREMIADA.**

Segundo descrição constante da página do MPF, na internet, destinada à promoção da operação<sup>377</sup>, a Lava Jato é definida como “a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”. De fato, os resultados apresentados ao longo das diversas fases que a operação tem atravessado desde 2014, data do seu início, perante a 13ª Vara da Justiça Federal brasileira, se mostraram, de acordo com a referida exposição, eficientes, “com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos”.

Isso possibilitou, aliás, a expansão da operação, inicialmente destinada a apurar esquemas de corrupção envolvendo a estatal Petrobras – multinacional brasileira que está entre as maiores empresas petrolíferas do mundo –, permitindo que outras frentes de investigação fossem inauguradas, tanto no Brasil quanto no exterior, nesse caso por meio de acordos de cooperação internacional.

O esquema revelado pela operação envolvia grandes empreiteiras brasileiras, que se organizavam para fraudar procedimentos licitatórios, contando, para isso, com a conivência de agentes públicos, e, através da superfaturação de obras públicas, pagar propinas em cima do valor dos contratos negociados, sendo o dinheiro desviado intermediado por meio de operadores financeiros, os chamados “doleiros”, que, após a lavagem de capitais (branqueamento), distribuíam-no entre os agentes envolvidos na corrupção, principalmente políticos e grandes empresários.

Os expressivos números constantes da página da Polícia Federal destinada à operação demonstram a dimensão e importância que a Lava Jato adquiriu. Assim, por exemplo, os dados atualizados até 14/08/2017 revelam, dentre outras informações, que foram cumpridos 844 mandados de busca e apreensão, 210 mandados de condução coercitiva, 97 mandados de prisão preventiva, 104 mandados de prisão temporária, 6 prisões em flagrante, 650 procedimentos de quebra de sigilo bancário e fiscal, 350 procedimentos de quebra de sigilos de dados (telemáticos), 330 procedimentos de quebra de sigilo telefônico, 326 inquéritos

---

<sup>377</sup> Cf. em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

policiais instaurados, além de R\$ 2,4 bilhões em bens bloqueados ou apreendidos nas operações<sup>378</sup>.

Também sobreleva de importância mencionar alguns dados colhidos pelo MPF em sede da referida operação. Assim, apenas em relação às informações pertinentes à Lava Jato no âmbito da 1ª instância da Justiça Federal no Estado do Paraná, berço da operação no país, os dados atualizados até 19/03/2020 demonstram resultados realmente impressionantes: 119 denúncias, 116 ações penais, 165 condenações em 1ª e 2ª instâncias, 49 acordos de colaboração, R\$ 4 bilhões em valores devolvidos aos cofres públicos, R\$ 2,1 bilhões em valores previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração, 14,3 bilhões em valores previstos para serem recuperados, etc<sup>379</sup>.

Dito isso, além dos impactos econômicos e políticos causados, respectivamente, pela desarticulação de verdadeiras estruturas criminosas destinadas a desviar dinheiro público e pela prisão e condenação de diversos personagens importantes da cena política e empresarial do país, a operação também foi responsável por causar relevantes impactos sociais e, principalmente, por influenciar fortemente o ambiente da persecução criminal no país com os ideais aparentemente punitivistas, muitas vezes em detrimento de valores garantistas constitucionalmente tutelados e da própria legislação processual penal.

Sobre o processo penal, aliás, aduz Dias<sup>380</sup> que esse ramo do direito “constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da personalidade individual”. Ainda de acordo com o autor, tais exigências podem postular, em verdade, uma agressão na esfera desta liberdade, sendo diversos os meios coercivos que podem ser utilizados, dentre os quais a prisão preventiva, e que, arremata, “mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir, não a criminosos convictos, mas a meros «suspeitos» - tantas vezes inocentes ou mesmo a «terceiros» (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual)”.

É crucial a compreensão dessa importante lição quando se percebe, por exemplo, que, de maneira bastante questionável, como em muitos momentos se demonstrou, institutos como a prisão e a própria delação, que deviam servir ao devido processo legal – e servindo

---

<sup>378</sup> Cf. em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>.

<sup>379</sup> Cf. em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

<sup>380</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal* – Coleção Clássicos Jurídicos, p. 59.

a esse propósito, serviriam também ao anseio do Estado Democrático de Direito –, foram reinterpretados, desvirtuados e banalizados durante a operação Lava Jato, com decisões que claramente afrontaram o sistema jurídico e constitucional.

As já citadas falas, dentre outras tantas, de Lima<sup>381</sup>, ao advertir que não se deve utilizar a prisão preventiva com o objetivo de obrigar o preso a contribuir com a apuração do fato, ou ainda, de Albuquerque<sup>382</sup>, que sugere que se aja com prudência para que não ocorra um desvirtuamento do instituto da prisão no sentido de coagir alguém a colaborar, escancaram uma lógica que não devia ser, como aparentemente foi, transgredida.

Decisões exaradas no contexto da Operação Lava Jato, tais como a manifestada através do anteriormente mencionado parecer do MPF<sup>383</sup> que desvirtuou, de forma clara, o sentido de um dos pressupostos da prisão preventiva, ou seja, conveniência da instrução criminal, dando interpretação alheia a qualquer fundamento existente no ordenamento jurídico brasileiro, para, de forma expressa, admitir a prisão como elemento capaz de influenciar na vontade de colaborar na apuração da responsabilidade penal – o que, inclusive, segundo o referido parecer, havia se mostrado “bastante fértil nos últimos tempos” –, não podem ser convalidadas, sob pena de comprometer, não só o processo em si, como o sistema processual penal e o próprio arcabouço garantista estabelecido na Constituição.

A despeito do importante papel já exaustivamente demonstrado da operação, são dignas de críticas decisões judiciais firmadas no curso da persecução criminal, determinando a segregação cautelar de investigados sob a alegação de um aparente risco genérico à instrução, como a firmada no seguinte excerto:

Com o patrimônio e recursos de que dispõe, a Odebrecht<sup>384</sup> tem condições de interferir de várias maneiras na colheita das provas, seja pressionando testemunhas, seja buscando interferência política, observando que os próprios crimes em apuração envolviam a cooptação de agentes públicos. Em especial, no caso da Odebrecht, há registro de pontuais interferências na colheita da prova por pessoas a ela subordinadas ou ligadas.<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, p. 973.

<sup>382</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 601.

<sup>383</sup> BRASIL – Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Parecer ministerial no habeas corpus nº 5029050-46.2014.404.0000, p. 7. 21 de Novembro de 2014.

<sup>384</sup> O Grupo Odebrecht corresponde a um dos maiores conglomerados empresariais brasileiros, atuando em vários países e em diversas áreas, da construção pesada à petroquímica. Para mais informações, Cf em: <https://www.odebrecht.com/>.

<sup>385</sup> BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. Pedido de busca e apreensão criminal nº 502425172.2015.4.04.7000/PR, p. 16. 24 de Julho de 2015. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_pesquisa&hdnRefId=&txtPalavraG](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa&hdnRefId=&txtPalavraG)

Contra tal argumentação, não bastasse as derivações lógicas aqui amplamente suscitadas, se mostra, uma vez mais, conveniente repetir as palavras de Oliveira<sup>386</sup>, para quem a prisão preventiva não pode revelar-se “fruto de mera especulação teórica dos agentes públicos, como ocorre com a simples alegação fundada na riqueza do réu”, ainda que o autor tenha assim se manifestado referindo-se ao pressuposto da garantia da aplicação da lei penal e não propriamente a conveniência da instrução criminal, como parece ter sido o embasamento do *decisum*. De qualquer maneira, a mera especulação, sem lastro concreto na realidade, não poderia, de forma alguma, servir de base para uma ordem de prisão.

Vale o registro, aliás, em relação a esse julgado, que o STF, em decisão monocrática exarada em sede de *habeas corpus*, revogou a prisão preventiva decretada contra um dos pacientes nos autos da referida ação, asseverando, relativamente ao invocado fundamento da conveniência da instrução criminal, que “a argumentação tem caráter genérico, sem individualizar a indispensabilidade da medida em face da situação específica do paciente(...)”<sup>387</sup>.

Mas não só foram violadas as bases do garantismo penal e normas constitucionais e processuais penais para fundamentar prisões; também ficou claro durante a Operação Lava Jato, em outro despacho que revogou o ergástulo cautelar em decorrência de tratativas feitas entre o órgão acusador e o imputado para fins de obtenção de um acordo de delação premiada, que a prisão só era necessária até que o imputado fosse convencido a delatar, se tornando dispensável depois.

Assim, decidiu-se que “Em vista da informação prestada pelo MPF de que estaria em tratativas para um acordo de colaboração (...) revogo a decisão do evento 4 no que se refere à prisão preventiva dele e à busca e apreensão em seu endereço.”<sup>388</sup>

Percebe-se, pois, um desnecessário e prejudicial desvirtuamento do instituto da prisão preventiva, que se transmuda em meio arbitrário e ilegal ao se amparar num alargado conceito de “conveniência” da instrução criminal sem previsão normativa ou amparo no

---

erada=&strSecao=PR&txtValor=50495571420134047000&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&chkMostrarBaixados=. Acesso em: 03 jan. 2019.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 416.

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 130.254 /PR. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 22/10/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-alexandrino.pdf>. Acesso em: 03 Jan. 2019.

<sup>388</sup> BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. Despacho/Decisão no Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR. j. 21/02/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-ordena-prisao-empresario-volta1.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ordenamento, com o objetivo exclusivamente pragmático de obter delações, prática que foi corriqueira durante a Operação Lava Jato. É, a propósito, a lamentável constatação que se faz da fala do membro do MPF, que, ao tentar justificar o seu entendimento exposto no parecer acima citado, conclui que “o passarinho pra cantar precisa estar preso”<sup>389</sup>.

Revela-se, nessa fala, o caráter perverso da eficácia da prisão preventiva a que faz alusão Vieira<sup>390</sup>, quando a medida cautelar perde seu propósito e tem sua finalidade constitucional e processual deturpada, apenas para que se atinja os fins almejados pelos atores envolvidos na persecução penal.

Nesse contexto, são precisas as palavras de Ferrajoli<sup>391</sup>, ao constatar que o encarceramento preventivo, justamente por causa dos seus pressupostos, da sua modalidade e da sua dimensão assumida, “tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo”.

Vale recordar, ademais, que esse contexto jurídico em torno da Lava Jato, também parece ter feito intenso uso do apelo midiático, através da exposição pública de diversas pessoas durante as fases da operação, para, assim, conquistar o apoio popular, como ficou claro num dos trechos de uma das decisões acima transcritas, em que o magistrado justificou o levantamento do sigilo telefônico com base em um “saudável escrutínio público”, que a decisão possibilitaria em relação aos investigados<sup>392</sup>.

Em razão disso mesmo, também se mostra particularmente adequado fazer mais uma breve citação do pensamento manifestado na obra de Foucault<sup>393</sup>, para quem a exposição pública de condenados submetidos a toda sorte de flagelos e submissões tinha o objetivo de exercer uma espécie de controle social através do exemplo.

Contemporaneamente, no entanto, é possível conjecturar a respeito de uma nova forma de exposição pública, não mais com o objetivo de causar medo nos expectadores, mas

---

<sup>389</sup> CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Revista Consultor Jurídico*. 27 Novembro 2014.

<sup>390</sup> VIEIRA, Juliana Porto. *Prisão Preventiva Sob a Égide do Garantismo Penal: um comparativo luso-brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, 2014, p. 47.

<sup>391</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, p. 619.

<sup>392</sup> BRASIL. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E/OU TELEFÔNICO Nº 5006205- 98.2016.4.04.7000/PR. 16 de Março de 2016.

<sup>393</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*.

aparentemente obstinada a conquistar o apoio da opinião pública e, através do emprego de prisões de contestável fundamentação, promover acordos de delação.

Felizmente, porém, as inovações legislativas introduzidas, como visto, especialmente pelas Leis nº 13.869 e 13.964, ambas de 2019, assim como a mudança de entendimento jurisprudencial em relação, por exemplo, à prisão após a segunda instância, podem proporcionar uma significativa mudança das práticas aqui criticadas, embora ainda seja cedo para qualquer avaliação em relação aos caminhos a serem seguidos pela Operação Lava Jato e pelo próprio sistema persecutório criminal no que diz respeito à prisão preventiva e à delação premiada.

## CONCLUSÃO

Diante do panorama exposto, a partir da análise crítica acerca dos vários temas relacionados à delação premiada no Brasil, foi possível alcançar resultados compatíveis com a metodologia adotada na sistematização e organização da pesquisa, sendo plausível concluir que, de fato, a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bastante impulsionada após a promulgação da Lei 12.850/2013 e da deflagração da Operação Lava Jato, constituiu a principal expressão do combate à corrupção no país, muito por causa, aliás, da midiaticização exacerbada das fases e procedimentos da referida operação – notadamente quando envolviam prisões –, além da flexibilização de garantias constitucionais, inobservância da lei e desvio de finalidade de alguns institutos criminais envolvidos.

Assim, quando se abordou por primeiro a temática relacionada ao garantismo penal e ao Estado Democrático de Direito, buscou-se, a partir da perspectiva apresentada por Ferrajoli, tratar da contribuição da teoria garantista para as constituições modernas, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da intervenção penal mínima. Essa concepção, como se viu, foi logo confrontada, no início dos anos 1990, por uma corrente neopunitivista que, desde então, tem influenciado mudanças legislativas importantes – muitas das quais sob o mote propagandístico do combate à criminalidade cada vez mais crescente.

Felizmente, diplomas legislativos recém-introduzidos no ordenamento, dentre os quais se destacam o chamado Pacote Anticrime (lei 13.964/2019) e a nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019), assim como algumas decisões judiciais da mais alta Corte do país, conforme demonstrado, apontam para a possível retomada de um posicionamento mais afim com a Constituição Federal de 1988.

Viu-se, também, a função desempenhada pela mídia num contexto democrático fortemente dominado pela criminologia midiática e voltado à construção do consenso, bases teóricas extremamente necessárias para que se compreenda o contexto do combate à corrupção que se desenvolveu no Brasil. Além disso, destacou-se a importância, sob o ponto de vista negativo, da disseminação de notícias falsas, as *fake news*, nesse novo ambiente social, bem como também realçaram-se os riscos representados pelo protagonismo acentuado do Poder Judiciário, especialmente no âmbito da Lava Jato, o que pode ter permitido, por exemplo, que juízes, em clara violação ao princípio da imparcialidade, fossem atraídos pelos holofotes punitivistas e elevados à falsa condição de heróis nacionais.

Na sequência, tratou-se de questões relacionadas a um dos principais e mais complexos institutos que foram objeto da pesquisa, ou seja, a prisão, vista inicialmente sob uma perspectiva histórica e embasada em importante arcabouço doutrinário, inclusive no que diz respeito à sua aplicação no contexto tanto de Portugal quanto do Brasil. Fez-se isso, não é demais observar, de modo a apresentar o instituto ao leitor, para logo depois adentrar aos aspectos mais sensíveis do assunto, especialmente no que diz respeito à prisão preventiva e, mais especificamente, aos seus pressupostos previstos na lei – inclusive, nesse ponto, de forma comparativa com o ordenamento jurídico português.

Sobre as questões relacionadas propriamente ao objeto principal da pesquisa, após uma abordagem histórico-conceitual e de se discorrer acerca de alguns dos principais temas que guardam pertinência com a delação premiada, como a sua avaliação a partir da perspectiva constitucional e ético-moral, assim como sua correlação (inclusive histórica) com a tortura, adentrou-se na seara jurídica da aplicação do instituto, primeiramente em Portugal, onde os debates ainda são bastante recentes, prevalecendo que o ordenamento jurídico português não acolhe iniciativas sobre a negociação de acordos dessa natureza, não obstante existam importantes vozes e tenham sido lançadas orientações de órgãos envolvidos na persecução, fomentando a utilização de alternativas negociais no processo penal lusitano. Ademais, apontou-se, na própria legislação de Portugal, a existência de algumas ocorrências, tanto no Código Penal quanto na legislação especial, do que se pode chamar de direito premial.

Já no Brasil, onde o instituto remonta desde pelo menos ao início dos anos 1990 e teve intensa aplicação durante a Operação Lava Jato, com esteio na lei de combate ao crime organizado – conforme foi exaustivamente explanado –, destacou-se as recentes mudanças legislativas que impactaram o modo como a delação vinha sendo aplicada no país, estabelecendo, dentre outras coisas, a natureza dupla do instituto, ou seja, como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual. Além disso, com vistas a encerrar algumas controvérsias, a lei desceu à minúcias quanto ao regramento do acordo desde a sua formalização e celebração até a sua homologação, porém, sem negligenciar outras temáticas igualmente importantes, como o papel do juiz das garantias, os limites para imposição de medidas com fundamento somente nas declarações do delator e o seu valor enquanto prova.

Finalmente, no que concerne à correlação existente entre a delação premiada e o emprego de prisões de caráter preventivo, especialmente no âmbito da supracitada operação,

restou satisfatoriamente evidenciado o desvirtuamento dado a ambos os institutos, tanto no que se refere aos pressupostos processuais da prisão preventiva – que em alguns casos sofreram uma desautorizada interpretação ou foram simplesmente desconsiderados – quanto à delação em si, cujos prêmios negociados não raras vezes às custas da ameaça do tolhimento da liberdade ou da humilhação de o sê-lo, escancarou os riscos que o sistema processual penal, a Constituição e o próprio Estado Democrático de Direito têm enfrentado diante de um panorama pretensamente efficientista, excessivamente seletivo e deveras influenciado pelos holofotes punitivistas.

Feito esse breve apanhado, é preciso consignar que não objetivou a presente pesquisa uma crítica pura e simples acerca da delação premiada, muito menos em relação à prisão preventiva – ainda que aplicada no contexto de uma investigação ou ação no curso da qual seja realizado um acordo dessa natureza –, mas sim alertar sobre os riscos decorrentes da violação do arcabouço de garantias firmado na Constituição e até mesmo em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, para tão somente atender aos anseios do combate à criminalidade organizada ou aos objetivos meramente punitivistas almejados por uma operação ou pelo próprio sistema persecutório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Obras Citadas

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina (1800-1940). In: MAIA, Clarissa Nunes *et al.* (org.). *História das prisões no Brasil volume I*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. ISBN 9798532524478.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editorial, 2011. ISBN 9789725402955.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *CODIGO PHILIPPINO ou ORDENAÇÕES E LEIS do REINO DE PORTUGAL – QUINTO LIVRO*. 14ª ed. (segundo a primeira de 1603, e a nona de 1824). Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. ed. reimpressa. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9723206137.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520360057

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 9788573487039.

BARATTA, Alesandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In BARATTA, Alesandro. *Criminologia y sistema penal: Compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004. ISBN 9974578345.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. rev. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. ISBN 8520314422.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502140097.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502227057.

BLOCH, Marc Léopold Benjamim. *Réflexions D'Un Historien Sur Les Fausses Nouvelles De La Guerre*. 1ª ed. 1921, 3ª ed. reimp. Paris: Editions Allia, 2012. ISBN 9782844854391.

CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 14ª reimp. São Paulo: Pensamento, 2013. ISBN 9788531502941.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 133, pp 133-171. São Paulo: Editora RT, jul. 2017. ISSN 14155400.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Agosto 2016, vol. 24, nº 122. ISSN 14155400.

CORREIA, João Conde, A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial, *Revista do Centro de Estudos Judiciários-CEJ*, nº 4. Lisboa: 2006, pp. 175-202. ISSN 1645829x.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: Propaganda política e manipulação*. Trad. Fernando Santos. 1ª ed. 2013. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. Título original: *Media control*. ISBN 9788578277741.

DA MATTA, José Caeiro. *Direito Criminal Português – Volume I*. Coimbra: F. França Amado, 1911.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal – Coleção Clássicos Jurídicos*. 1ª ed. 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 9723212501.

\_\_\_\_\_. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?*. Coleção Virar de Página. Porto: Conselho Distrital do Porto - Ordem dos Advogados, 2011. ISBN 9789899606715.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Maurício Zanóide de (Coords.). *Crime Organizado: Aspectos Processuais*. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. Trad. Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520319556.

\_\_\_\_\_. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. *Revista del Tribunal del Poder Judicial de la Federación*. Justicia Electoral. n.18, pp. 23-30, México: 2003. ISSN 01887998.

\_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías: La ley Del más débil*. 1ª ed. 1999. Trad. IBÁÑES, Andrés Perfecto e GREPPI, Andrea. Madrid: Trota, 2004. ISBN 8481642851.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ISBN 853260508-7

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da mínima intervenção ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 2. Abr/Jun. Coimbra: 1996, pp. 175-187. ISSN 08718563.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 8520321089.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. Franca, SP: Lemos e Cruz, 2006. ISBN 8599895052.

JOFFILY, Tiago. Delação Premiada e Tortura. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. ano 20, n. 23/24, 1ª ed., pp. 493-500. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017. ISBN 9771413988001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978854421289-9.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ISBN 8573871725.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 3ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. ISBN 9788537502709.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Bookseller, 1997. ISBN 8586310085.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9724045676.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: DíEZ, Carlos Gómez-Jara; MELIÁ, Manuel Cancio (Orgs.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v.2, pp. 299-320. Madrid: Edisofer, 2006. ISBN 9788496261280.

MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio César de Oliveira Guimarães. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. 3ª ed. Leme/SP: J.H.Mizuno, 2018. ISBN 9788577893423.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520336502.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 9788530966997.

\_\_\_\_\_. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978853098949-1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. ISBN 9788537502372.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 9788522497706.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto: a evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo para a investigação e a delação premiada*. Coimbra: Edições Almedina, 2018. ISBN 9789724076621.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. *Brasil: Uma Biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. ISBN 9788535925661.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0213-3.

TASSE, Adel El. Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval. In: *Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Vol. 5, ano 3, jul./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 269-283. ISSN 1679673X.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. ISBN 978854421039-0.

VALLE, Juliano Keller do; GARCIA, Marcos Leite. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli?. *Rev. De Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v.3, n.2, p. 181-197. Maranhão: Jul/Dez 2017. ISSN 25260200.

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

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra (LEYA), 2018. ISBN 9788544107669.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN 8571060320.

\_\_\_\_\_, et al. *Direito Penal Brasileiro I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. ISBN 9788571064188.

\_\_\_\_\_. *La Cuestión Criminal*. 2ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2012. ISBN 9789504928249.

## Webliografia

AZEVEDO, David Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. *Boletim IBCCRIM*, n. 83, pp. 5-7. São Paulo: Out. 1999. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_editorial/103-83-Outubro-1999](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/103-83-Outubro-1999). Acesso em: 14 Out. 2019.

BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Revista Análise Social*. Vol. XVI (3º), nº 63, Lisboa: 1980, pp. 587-612. ISSN 21822999. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223996619G0gSF4ke1Is54HX0.pdf>. Acesso em: 10 Abr. 2020.

BEERNAERT, Marie-Aude. *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*. Doctorat en Droit, Université Catholique de Louvain – Faculté de droit, Bruxelas, 2002. Disponível em: <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:158031>. Acesso em: 01 Nov. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Hamilton Carvalhido (Coord.)/ Eugênio Pacelli de Oliveira (Rel.). Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado federal, 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>. Acesso em: 06 Jan. 2020.

CABRAL, José António Henriques dos Santos. O Direito Penal e o seu contexto. *Revista Julgar (online)*. fev. 2020. ISSN 21833419. Disponível em: <http://julgar.pt/o-direito-premial-e-o-seu-contexto/>. Acesso em: 10 Jul. 2020.

CACHO, Manoela Andrade. *Colaboração Premiada e o Princípio da Obrigatoriedade*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6959>. Acesso em: 17 Out. 2019.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30358320.pdf.pdf>. Acesso em: 15 Dez. 2019.

CAMBRIDGE Dictionaries Online. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org>. Acesso em: 11 Fev. 2020.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Revista Consultor Jurídico*. 27 Novembro 2014. ISSN 18092829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes?imprimir=1>. Acesso em: 03 Jan. 2019.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (*fake news*). *Justiça@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal*. Ano 10, Vol. X, nº 40, Abril/2018, pp. 28-42. Brasília: SJDF, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 12 Fev. 2020.

CASTRO, Henrique Gustavo Ribeiro Ferreira de Antas. Fase da Instrução: *Quo Vadis? - Repensar o Sentido da Instrução no Processo Penal Português*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária). Escola de Direito - Universidade do Minho, 2015. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/40886>. Acesso em: 25 Jul. 2020.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. O JUIZ DAS GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n.9, pp. 15-40. Recife: 2016. ISSN 1984512X. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/146/137>. Acesso em: 06 Jan. 2020.

CHIAVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão*. Dissertação de mestrado em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: [tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8885/1/Tatiana%20Chiaverini.pdf](https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8885/1/Tatiana%20Chiaverini.pdf). Acesso em: 04 Abr. 2020.

DE PAULA, Renato Tavares. A justiça criminal negociada nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. *Boletim IBCCRIM*. ano 26, nº 314, pp. 7-9. São Paulo: Jan. 2019. ISSN 16763661. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_sumario/356-314-Janeiro2019](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_sumario/356-314-Janeiro2019). Acesso em: 27 Abr. 2020.

DOMINGOS, Roney. É #FAKE que Eduardo Cunha tenha proposto delação que inclui 150 deputados, 16 juízes e 4 bancos. *GI – Fato ou Fake*, 07 Mai 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2019/05/07/e-fake-que-eduardo-cunha-tenha-proposto-delacao-que-inclui-150-deputados-16-juizes-e-4-bancos.ghtml>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

EVANGELISTA, Daniel Fassa. *Manifestações de Junho de 2013 em São Paulo: um olhar a partir dos paradigmas da mobilização de recursos e dos novos movimentos sociais*. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/3674>>. Acesso em: 9 Fev. 2020.

GIRARD, René. *O Bode Expiatório e Deus*. Trad. Márcio Meruje. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Universidade da Beira Interior. Covilhã: LusoSofia, 2009. Disponível em: <[http://www.lusosofia.net/textos/girard\\_rene\\_o\\_bode\\_expiatorio\\_e\\_deus.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/girard_rene_o_bode_expiatorio_e_deus.pdf)>. Acesso em: 08 Fev. 2020.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, nº 39. pp. 109-124. Curitiba, 2003. ISSN 22367284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1749>>. Acesso em: 22 Fev. 2020.

LANGBEIN, John Harriss. Torture and plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 46, pp. 3-22. Chicago: 1978. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=ucprev>>. Acesso em: 05 Nov. 2019.

LELLIS, Leonardo. Lula e outros condenados serão soltos imediatamente? Entenda. *Revista Veja*, 08 Novembro de 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/lula-e-outros-condenados-serao-soltos-imediatamente-entenda/>>. Acesso em: 14 Fev. 2020.

LIMA, Thamyris Costa Quemel. *O Juiz de Instrução e a proteção dos direitos fundamentais no inquérito criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/handle/10316/84258>>. Acesso em: 25 Jul. 2020.

MAIA NETO, Cândido Furtado; GONZÁLEZ MACCHI, José Ignacio. LA DELACIÓN (colaboración) Premiada Y Los Derechos Humanos – Um Instituto Jurídico que contiene: imputações genéricas, torturas legalizadas, condenas anunciadas y penas anticipadas. *Revista Jurídica (CEDUC)* - Universidad Católica Nuestra Señora de La Asunción, Dezembro 2017, nº 27. Disponível em: <<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Candido-Furtado-Maia-Neto-La-Delacion.pdf>>. Acesso em: 15 Jan. 2019.

MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16884/1/Trabalho%20Final%20de%20Mestrado.pdf>>. Acesso em: 17 Jan. 2019.

Ministério Público Federal (MPF). *Caso Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 21 Abr. 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no Processo Penal como Bricolage de significantes*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203>>. Acesso em: 15 Dez. 2019.

MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*. Dissertação de Mestrado, Direito Forense. Universidade Católica Portuguesa, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9012/1/TESE%20Prisão%20Perpétua.pdf>>. Acesso em: 10 Abr. 2020.

Na Rota do Dinheiro Sujo - Emissões Mortais. Temp. 1, ep. 1. Alexx Gibney (Dir.), 26 Jan. 2018. 75 min. Disponível em: <https://www.netflix.com/br>. Acesso em: 11 Fev. 2020.

NOVAIS, Melissa Mendes de. *Os heróis vestem toga: norma, direito e exceção na teoria do direito no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito, Florianópolis – SC, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/167965/341234.pdf;jsessionid=65EB5F7C18F553ECB8A018040E1BD705?sequence=1>>. Acesso em: 05 Set 2020.

ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. pp. 378-405. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista16/operazioneRenzo.pdf>>. Acesso em: 19 Fev. 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista do Centro de Estudos Judiciários - CEJ*, Brasília, Ano XIII, nº 44, pp. 25-35, jan./mar.2009. ISSN 21799857. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/72>>. Acesso em: 26 Nov. 2019.

Polícia Federal – Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 21 Abr. 2020.

POLIPPO, Micheli. O papel da função judicial no estado de direito conforme Ferrajoli. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre 2009. ISSN 1980-7791. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 21 Dez. 2019.

PRADO, Florestan Rodrigo. *Sistema Penitenciário e Exclusão Social: um olhar sobre a realidade das prisões brasileiras*. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 2012. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2500-florestan-rodrigo-do-prado/file>>. Acesso em: 07 Abr. 2020.

PRADO JUNIOR, Tarcis. *Livrai-nos do mal: a tecnologia do imaginário na construção do herói Moro pela mídia*. Tese de doutorado em Comunicação e Linguagens da Universidade

do Tuiuti, Paraná, 2019. Disponível em: <<https://tede.utp.br/jspui/handle/tede/1623>>. Acesso em: 14 Jul. 2019.

PROENÇA, Priscila Serafin. *ENTRE O PROCESSO PENAL DO ESPETÁCULO E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: Análise das sanções aplicadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba no período de 2014 a 2016 nas ações penais do âmbito da operação Lava-Jato aos réus colaboradores*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7005/1/Priscila%20Serafin%20Proen%C3%A7a.pdf>>. Acesso em: 17 Fev. 2020.

SANTOS, Bruno Antônio Barros. As mentiras e os espantalhos retóricos que viralizam nas redes sociais. *Revista Justificando*. Set. 2018. ISSN 25270435. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2018/09/18/discurso-de-odio-e-fake-news-uma-reflexao-necessaria-na-era-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 12 Fev. 2020.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da possibilidade de utilização do critério da eficiência no Direito Penal. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*. vol. 15, n.87, Ago./Set. 2014, pp. 22-45. Porto Alegre: Síntese, 2014. ISSN 21791627. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDP\\_87\\_miolo%5B1%5D.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_87_miolo%5B1%5D.pdf)>. Acesso em: 28 Dez. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal - IBRASPP*, v. 3, nº 1, pp. 131-166, jan./abr., 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49/55>>. Acesso em: 02 Mar. 2020. ISSN 2525510X.

SILVA, Danni Sales. *Justiça Penal Negociada*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, Lisboa: 2016. Disponível em: <[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf)>. Acesso em: 17 Out. 2019.

SILVA, Pedro Francisco da. *Validade e eficácia dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/90126>>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

SILVA, Sílvia Maria Pereira Eleutério. *A Perseguição da Corrupção – Delação Premiada: Um Caminho Legítimo?*. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Escola de Direito, Universidade do Minho, Minho: 2017. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/51828>>. Acesso em: 02 Mar 2020.

SIMÕES, Sandra Hermengarda do Valle-Frias Madureira Moutela. *Crime de corrupção - algumas especificidades da sua investigação - denúncia anónima e whistleblowing*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Lisboa: 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/34051>>. Acesso em 05 out. 2019.

SOARES, Jéssica de Souza; SIQUEIRA, Anderson Luan Santana; RABAY, Glória. A imprensa marrom paraibana como porta-voz de uma minoria às margens da sociedade. *Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa-PB, 2019. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nordeste2019/resumos/R67-0193-1.pdf>. Acesso em: 11 Fev. 2020.

TEIXEIRA, Lucas Borges. Decisão que libertou Lula e outros presos gera enganos e fake news na rede. *UOL Confere – Uma iniciativa do Uol para checagem e esclarecimento de fatos*, 09 de Novembro de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2019/11/09/boatos-e-fake-news-sobre-a-prisao-em-2-instancia-apos-lula-ser-solto.htm>. Acesso em: 14 Fev. 2020.

TORRES, Amanda Lobão. O garantismo de Luigi Ferrajoli e a discricionariedade judicial. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4400, 10 Jul. 2015. ISSN 15184862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40995>. Acesso em: 11 Dez. 2019.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v.5, n.1, 2012. ISSN 1983-4225. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em: 04 Dez. 2019.

VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal*. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALE, Itajaí, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp068812.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

VIEIRA, Juliana Porto. *Prisão Preventiva Sob a Égide do Garantismo Penal: um comparativo luso-brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://eg.uc.pt/handle/10316/34824>. Acesso em: 11 Abr. 2020.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. In: *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI UFU*. Universidade Federal de Uberlândia (Org.) 21ª ed. pp. 7112-7143. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. ISBN 9788578400811. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em: 26 Dez. 2019.

### **Legislação Consultada**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal. Brasília: [s.n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de Outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 11 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 16 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.209, de 11 de Julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm)>. Acesso em 12 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em 12 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 7.960, de 21 de Dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm)>. Acesso em: 16 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)>. Acesso em: 26 Dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 13 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 04 de maio 77 de 1995. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9034-3-maio-1995-348988-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 07 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.296, de 24 de Julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm)>. Acesso em: 15 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para ilícitos previstos nesta Lei. Diário Oficial da República Federativa

do Brasil, Brasília, DF, 04 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613compilado.htm)>. Acesso em: 16 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.714, de 25 de Novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm)>. Acesso em 07 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas; institui o Programa Federal de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm)>. Acesso em: 18 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 27 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 11.689, de 9 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm)>. Acesso em: 16 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 11.719, de 20 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm)>. Acesso em: 16 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 12.403, de 04 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 16 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal 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 república do Brasil, Brasília, DF, de 3 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 2 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.869, de 05 de Setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e altera outras leis e dispositivos do Código Penal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 18 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de Dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 14 Fev. 2020.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Assembleia Constituinte de 1976. Diário da República n.º 86/1976. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Código de Processo Penal. Diário da República n.º 40/1987. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>>. Acesso em: 23 Jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro. Legislação de Combate à Droga. Diário da República n.º 18/1993. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/585178/details/normal?l=1>>. Acesso em: 06 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Código Penal. Diário da República n.º 63/1995. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230300/indice>>. Acesso em: 23 Jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro. Diário da República n.º 218/1997. Assembleia da República. pp. 5130 – 5196. Disponível em: <<https://data.dre.pt/eli/leiconst/1/1997/09/20/p/dre/pt/html>>. Acesso em: 11 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 34/87, de 16 de Julho. Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos. Diário da República n.º 161/1987. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34492375/view?q=lei+34%2F87>. Acesso em: 11 Jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Diário da República n.º 226/1994. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/609309/details/maximized>>. Acesso em: 06 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto. Lei de Combate ao Terrorismo. Diário da República n.º 193/2003. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/656128/details/normal?l=1>>. Acesso em: 05 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. 15.ª Alteração Ao Código de Processo Penal. Diário da República n.º 167/2007. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/641082/details/maximized>>. Acesso em: 23 Jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto. Regime de Responsabilidade Penal por Comportamentos Antidesportivos. Diário da República n.º 168/2007. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/641157/details/maximized>>. Acesso em: 06 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril. Responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na actividade privada. Diário da República n.º

118/2008. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/449902/details/maximized>>. Acesso em: 11 Jul. 2020.

## **Jurisprudência e Pareceres**

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça nº 262, Brasília/DF. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>>. Acesso em: 18 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E/OU TELEFÔNICO nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR. 16 de Março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>>. Acesso em: 16 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná/13ª Vara Federal de Curitiba. Despacho/Decisão no Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5004568-78.2017.4.04.7000/PR. j. 21/02/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/moro-ordena-prisao-empresario-volta1.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal - Tribunal Regional Federal da 4ª Região-TRF4. PROCESSO ADMINISTRATIVO CORTE ESPECIAL nº 000302132.2016.4.04.8000/RS. 22 de Setembro de 2016, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre: TRF4, 2016. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>>. Acesso em: 17 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Termo de colaboração Premiada de Paulo Roberto Costa. Curitiba, 27 de Agosto de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 26 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Termo de colaboração Premiada de Alberto Youssef. Petição nº 5244. Curitiba, 24 de Setembro de 2014. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em: 25 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal (MPF) - Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Parecer ministerial no *habeas corpus* nº 5029050-46.2014.404.0000. 21 de Novembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742127/habeas-corpus-hc-75226-ms>>. Acesso em: 24 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Plenário. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.414/AL. Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>>. Acesso em: 27 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 26 Nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 130.254 /PR. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 22/10/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-alexandrino.pdf>>. Acesso em: 03 Jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RECLAMAÇÃO nº 23.457/PR. Rel. Min. Teori Zavascki. j. 13/06/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc123457.pdf>>. Acesso em: 18 Fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 142.205/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto-Vista. Min. Edson Fachin (informativo nº 958). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC142205.pdf>>. Acesso em: 17 Mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 - Proc. apensados: ADC 54 e 44 -. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/10/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 15 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Plenário. *Habeas Corpus* nº 166.373/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/10/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 26 Mar. 2020.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital do Tribunal da Relação de Lisboa. Orientação nº 1/2012, de 13 de Janeiro. Assunto: Acordos sobre a sentença no processo penal. Disponível em: <[http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa\\_acordossentecapenal.pdf](http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa_acordossentecapenal.pdf)>. Acesso em: 05. Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra. Memorando nº 2/2012, de 19 de Janeiro. Assunto: Justiça negociada – Acordos sobre a sentença no processo penal. Disponível em: <[http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa\\_acordossentecapenal.pdf](http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa_acordossentecapenal.pdf)>. Acesso em: 05. Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Geral da República. Diretiva nº 2/2014 – Acordos sobre sentença em processo penal. 21 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>>. Acesso em: 05 Out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão – processo n.º 224/06.7 GAVZL.CI.SI. 3ª Secção. Rel. Santos Cabral. j. 10 Abril 2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 05 Out. 2019.