# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MATHEUS FELIPE DE CASTRO**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-843-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

---

## Apresentação

Em uma tarde aprazível da primavera brasileira, no campus do Centro Universitário do Pará, reuniu-se o Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", com o propósito de debater temas atuais do direito e do processo penal à luz da Carta de 1988. Não obstante o feriado de proclamação da república, os presentes ensejaram uma discussão fértil e comprometida com os temas do Grupo, os quais passam, doravante, a serem apresentados.

O artigo intitulado "A polícia criminal de drogas e o tradicional autoritarismo do sistema criminal: mais do mesmo?", de autoria de Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra, trata de pesquisa dedicada ao estudo do Sistema Criminal brasileiro, via análise de inquéritos policiais deflagrados para a apuração de crimes relacionados ao tráfico de drogas na cidade de Imperatriz/MA. Os autores se valeram do método de pesquisa bibliográfica para o estudo das reminiscências autoritárias informadoras do Sistema Criminal. Na sequência, expuseram pesquisa empírica, utilizando-se do método qualitativo com o propósito de verificar a possível conservação do caráter autoritário do Sistema Criminal, a despeito da promulgação da Constituição da República, seja pelo conjunto de leis penais e processuais penais existentes, seja pelas práticas investigatórias tradicionais.

No artigo "os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social", de autoria de Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Laís Freire Lemos, analisa-se a função do cárcere dentro de uma ideologia da defesa social e a propagação da dor e do sofrimento como imposição social e castigo. O método utilizado foi o descritivo e analítico, a partir do qual os autores fizeram a conceituação etnológica da punição e sua transmudação no decorrer dos séculos, conjugando-a com a ideologia da defesa social e da instabilidade social causada quando o crime é cometido.

O artigo seguinte, intitulado "a possibilidade da colaboração premiada unilateral do acusado no processo penal: uma breve análise do 'plea bargaining agreement' e da colaboração premiada no Brasil", dos autores Juliano Keller do Valle e Marcos Leite Garcia, pretendeu-se investigar o instituto da delação premiada no Brasil, analisando primeiramente o seu conteúdo existente na legislação pátria, bem como no Código Penal e Processual Brasileiro. Com efeito, o texto busca, a partir da Teoria do Garantismo Penal, reestabelecer parâmetros e critérios racionais que possam ativar a estrita legalidade defendida por Luigi Ferrajoli no

âmbito das colaborações, especialmente na possibilidade de serem aceitas unilateralmente. O texto propõe estabelecer a discussão acerca do grau de jurisdicionalidade do Estado-Juiz equilibrar as partes do processo penal, através dessa outorga unilateral em favor do acusado.

No artigo intitulado "pode o policial ou o Delegado de Polícia decretar prisão preventiva? Análise da (in) constitucionalidade do art. 12-C da Lei 11340/06", dos autores Gustavo Noronha de Ávila e Luiz Antônio Borri, discute-se o seguinte: a Lei 13.827/19 inseriu o art. 12-C na Lei 11.340/06 objetivando facilitar a aplicação da medida protetiva de urgência consistente no afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência diretamente pelo policial ou pelo delegado de polícia. Desse modo, valendo-se do método hipotético-dedutivo e de revisão bibliográfica, os autores propõem a hipótese de que a inovação legal está em descompasso com a Constituição, face a necessidade de ordem judicial. Para tanto, examinou-se os requisitos necessários à aplicação de medidas cautelares no âmbito da persecução penal e propostas soluções caso identificada inconstitucionalidade no texto normativo.

O artigo "a policização da justiça: uma análise sobre a hipótese de Foucault no sistema de justiça criminal brasileiro a partir do direito ao contraditório", dos autores Antônio Eduardo Ramires Santoro e Natália Lucero Frias Tavares, parte da hipótese apresentada por Michel Foucault de que a Justiça está a serviço da polícia. A partir disso, o trabalho teve por escopo responder à pergunta se essa assertiva se verifica no Brasil, configurando-se seu problema central. Para tanto, realizou-se uma pesquisa sobre o sistema processual penal de garantias no Brasil, bem como as formas peculiares de produção de informações por meio de provas conforme os desenhos processuais penais que se apresentam na prática judicial brasileira. Ao final, confirmou-se a hipótese de Foucault em razão do uso demasiado de informações produzidas na fase policial ou pela oitiva de policiais nas decisões judiciais.

O texto seguinte, cujo título é "o aprisionamento de inocentes no centro de reeducação feminino: uma perspectiva concreta da gravidez, do nascimento e da infância no cárcere feminino de Belém-PA", dos autores Luana Miranda Hage Lins Leal Viegas e Oduvaldo Sérgio de Souza Seabra, analisa aspectos que envolvem a gravidez de mulheres presas, o nascimento de seus filhos, o aprisionamento de crianças com sua genitora e a separação entre mãe e bebê no cárcere feminino da Região Metropolitana de Belém-PA. Para tanto, os autores se valeram de uma pesquisa empírica, elaborada com enfoque no direito fundamental da presa ficar com seu filho durante o período de amamentação e nas disposições da Lei de Execuções Penais e das Regras de Bangkok sobre a maternidade no cárcere, averiguando a existência e eficácia de políticas públicas sobre o tema.

O artigo “gestão probatória, função da prova penal e sistemas processuais penais”, do autor Eduardo Correia Gouveia Filho, objetiva investigar a gestão probatória nos sistemas processuais penais. Na medida em que não há princípio unificador misto, tem-se, segundo o autor, que o elemento definidor do sistema processual será a gestão probatória, a qual, estando sob o poder do julgador, caracterizará o sistema inquisitório, ou, se estiver com as partes, o acusatório. No que tange à prova penal, concluiu-se que, diante da impossibilidade de se alcançar a “verdade real”, ela deverá possuir, sob limitações normativas, uma dupla função: reconstrução do passado e persuasão do juiz.

Por sua vez, no artigo “entre o garantismo e o expansionismo: a tutela penal do meio ambiente e o tipo penal de perigo abstrato”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Carlos Henrique Carvalho Amaral analisam o discurso expansionista do Direito Penal frente aos novos bens jurídicos, sobretudo os bens jurídicos ambientais. Analisa-se a necessidade de proteção do meio ambiente e o papel do Direito Penal frente a sua proteção. Construída esta base verifica-se que é necessário discutir se os princípios fundamentais clássicos do Direito penal estão em risco de flexibilização. O estudo foi desenvolvido com metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que o Direito Penal também possui sua parcela de responsabilidade na proteção do meio ambiente.

No artigo “garantias penais e processuais penais do indígena e vulnerabilização étnica no Brasil: uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores”, os autores Bruna Hoisler Sallet e Bruno Rotta Almeida abordam a aplicação dos direitos indígenas, notadamente os relacionados à seara penal, nos tribunais superiores brasileiros. Para tanto, em um primeiro momento, através de revisão bibliográfica, apontam a trajetória dos direitos indígenas em âmbito internacional e nacional, destacando algumas garantias penais decorrentes da condição étnica específica. Posteriormente, através da análise qualitativa, verificam a aplicação dessas garantias pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se pela utilização de uma interpretação restritiva, a qual acarreta a obstrução do acesso a direitos e a violação de princípios constitucionais penais.

No artigo “o valor probatório dos depoimentos colhidos em colaboração premiada: um alerta sobre a possível premiação da mentira”, os autores Roberto Carvalho Veloso e Luiz Régis Bomfim Filho analisam a dinâmica do procedimento de colaboração premiada e sua influência probatória na persecução penal. Segundo os autores, no processo penal constitucional e convencional alicerçado em um sistema acusatório, como adotado pelo

Brasil, não se deve admitir a premiação da mentira em convencimento jurisdicional eventualmente condenatório, assim o fazendo por meio da metodologia qualitativa de revisão bibliográfica.

O artigo intitulado “ativismo judicial e o (des) equilíbrio da política criminal brasileira: o caso Sérgio Moro x Lula”, de Alexandra Fonseca Rodrigues, tem por objetivo estudar o ativismo judicial para avaliar se tal postura dos magistrados pode desequilibrar a política criminal, deslocando-a dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário. Para tanto autora realizou breve análise do caso envolvendo o juiz Sérgio Moro e o ex-presidente Lula, concluindo que a interferência do Direito Penal na Política criminal, apesar de ser reflexo do novo modelo de democracia, precisa ser realizada dentro dos limites constitucionais para que não venha a pôr em risco a concretização dos direitos humanos.

Já no artigo “denunciação caluniosa eleitoral: novidades e perplexidades da Lei 13834/2019”, dos autores Amanda Alves Oliveira Purger e Amaury Silva, é abordado o crime eleitoral previsto no art. 326 A, do Código Eleitoral, com a redação conferida pela Lei 13.834/2019. Traz-se à análise novidades e perplexidades para a compreensão hermenêutica do tipo penal e aplicação prática destas. Desenvolve-se reflexões comparativas com o tipo penal comum da denunciação caluniosa; descrevem-se incongruências na construção da tipicidade do novo crime eleitoral, a partir de referenciais específicos próprios do direito e processo eleitoral, a saber: Justiça Eleitoral, candidatos, convenções partidárias, registro de candidaturas e eleições. Analisa-se o veto presidencial à parte da Lei 13.834/2019 e organiza-se proposições concludentes quanto à alteração legislativa.

Os textos revelam, portanto, o quão eclético e rico são os temas, que esperam os organizadores seja o combustível para a leitura atenta e crítica deles.

Belém-PA, novembro de 2019.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Matheus Felipe de Castro - UFSC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# A POSSIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA UNILATERAL DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL: UMA BREVE ANÁLISE DO 'PLEA BARGAINING AGREEMENT' E DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.

# THE POSSIBILITY OF UNILATERAL PRIZE COLLABORATION OF THE ACCUSED CRIMINAL PROCEEDINGS: A BRIEF ANALYSIS OF THE PLEA BARGAINING AGREEMENT AND AWARD-WINNING COLLABORATION IN BRAZIL.

**Juliano Keller do Valle** [1]
**Marcos Leite Garcia** [2]

**Resumo**

A presente pesquisa pretende investigar o instituto da delação premiada no Brasil, analisando primeiramente o seu conteúdo existente na legislação existente no país, bem como no Código Penal e Processual Brasileiro. Com efeito, busca-se a partir da da Teoria do Garantismo Penal, reestabelecer parâmetros e critérios racionais que possam ativar a estrita legalidade defendida por Luigi Ferrajoli no âmbito das colaborações especialmente na possibilidade de serem aceitas unilateralmente. O texto tem a pretensão de estabelecer a discussão acerca do grau de jurisdicionalidade do Estado-Juiz equilibrar as partes do processo penal, através dessa outorga unilateral em favor do acusado.

**Palavras-chave:** Constituição, Direito penal, Processo penal, Colaboração premiada, Garantismo

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research intends to investigate the institute of award winning in Brazil, first analyzing its existing content in the existing legislation in the country, as well as in the Brazilian Penal and Procedural Code. The Criminal Guarantee Theory seeks to reestablish rational parameters and criteria that can activate the strict legality defended by Ferrajoli in the context of collaborations, especially in the possibility of being accepted unilaterally. The text is intended to establish discussion about the degree of jurisdiction of the Judge State to balance the parts of the criminal proceeding through this unilateral grant in favor of the accused.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitution, Criminal law, Criminal proceedings, Award winning, Garantismo

---

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professor de Processo Penal da Graduação da UNIVALI.

[2] Doutor em Direito. Professor do Programa Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC, mestrado e doutorado. Professor do Mestrado da Universidade de Passo Fundo-RS.

## INTRODUÇÃO

O tema proposto neste artigo são os limites que estruturam o processo penal acusatório brasileiro aos espaços de consenso previstos no modelo de justiça negociada e barganha estadunidense no âmbito da Lei 12.850/2013.

De igual forma, necessária e indispensável será a reflexão de desconstrução dos princípios do processo penal – pedra de toque de um processo penal democrático - presente em nosso texto constitucional, conjugado com o *marco teórico* de Luigi Ferrajoli em suas mais diversas obras, mas em especial uma em particular que traz a provocação de uma proposta reformadora do Direito Penal e de sua teoria (garantista).

Dentro da perspectiva de *mitigação gradativa das garantias processuais penais,* fenômeno que se remonta com o advento da vigência da Lei 9.099 de 1995 até a lei que instituiu a colaboração premiada, fez com que a *oportunidade e conveniência* passassem a conviver com a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, em evidente constituição de um *processo penal paralelo em desalinho às tradições romano-germânicas*, fortemente ligadas a escola anglo-saxã.

O texto tem como objetivo a discussão, portanto, das questões problemáticas ligada a este *novo modelo de processo e procedimento penal e as implicações advindas disso no papel dos sujeitos processuais e do sistema acusatório, corolário democrático do direito de punir e do direito de resistir, especialmente no que tange ao uso do instituto da barganha negocial pelos atores processuais e as partes.*

O critério metodológico utilizado para a investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo[1], cuja premissa maior é a discussão acerca do grau de jurisdicionalidade do Estado-Juiz equilibrar as partes do processo penal, através dessa outorga unilateral em favor do acusado e a premissa

[1] Para Pasold, trata-se da "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão eral". (PASOLD, 2018, p. 215).

menor é a efetividade da delação premiada na Sociedade atual. As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica[2], a Categoria[3] e o Conceito Operacional[4].

## 1. A PRIMEIRA QUESTÃO PONTUAL: JURISDICIONALIDADE E PROCESSO SÃO GARANTIAS QUE NÃO PODEM SER NEGOCIADAS.

A estrutura do processo penal e seu sistema proposto no Brasil advém da concepção romano-germânica interessada na ação penal como sendo uma forma de apuração oficial da verdade dos fatos cuja finalidade seria a de lograr a verdade dos fatos[5].

Neste contexto inicial o órgão acusatório não se resume apenas ao perfil de *titular da ação penal* mas ocupa, também, *a posição de fiscal da lei*, como se sabe, o que lhe dá, logo, contornos de guardião da lei e do interesse público características estas que conferem *um desenho de jogo processual penal entre acusação e defesa, limitados que são a produzir e refutar as provas em procedimento contraditório, por exemplo, tendo o juiz como seu espectador, manifestando sua decisão penal, quanto aquela existência ou não da verdade formulada na opinio delicti ministerial ao final do processo.*

O Mestre Italiano assenta, assim a questão do processo penal e deste princípio da jurisdicionalidade como sendo, *verbis*:

> [...] es una conquista moderna, históricamente contemporânea y logicamente conectada con el principio de estricta legalidad penal y con el correlativo proceso de formalización de los delitos y de las penas. Por lo demás, a la par del principio de legalidad de los delitos y de las penas, también el principio de legalidade del proceso, a saber, de la reglamentación jurídica y, por ende, de la

---

[2] Segundo o mencionado autor: "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (PASOLD, 2018, p. 217).

[3] Nas palavras de Pasold: "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". (PASOLD, 2018, p. 207).

[4] Reitera-se conforme Pasold: "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". (PASOLD, 2018, p. 207). Toda Categoria que aparece neste estudo será destacada com letra maiúscula.

[5] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf . Acesso em 19 de agosto de 2019.

> limitación de la potestad coercitiva y punitiva del Estado, constituye una garantía de la liberdad personal del ciudadano (habeas corpus) contra los posibles arbitrios del poder estatal. El principio de la legalidad se articula en cuatro princípios, que corresponden a otras tantas garantías procesales y que en su conjunto configuran la fisionomia teórico-normativa del moderno processo penal (FERRAJOLI, 2018, p. 121).

A jurisdicionalidade, princípio que confere o poder ao Estado de forma exclusiva, ou seja, detêm ele o monopólio da justiça criminal, na medida em que ele – se somente ele – seria o *pedaço do processo penal interessado na verificação da verdade real* – que sabemos ser um mito - *provocada quando do exercício de ação pelo parquet.*

A questão de que o *exercício desta jurisdicionalidade comporta um preço a ser pago durante a persecução penal*: ao juiz caberia a valoração das provas, manifestação singular de sua discricionariedade e independência. Assim, o *dever da acusação provar a verdade, traz sentido a decisão penal, vez que o julgador pelo princípio da oficialidade autorizou a sua busca (da verdade) pela acusação quando aceitou os termos da denúncia.*

Esta autonomia e independência do poder judiciário lhe confere, - como veremos mais a seguir - uma garantia democrática[6] e uma impossibilidade de interferência de outros poderes, a saber:

> [...] consecuente con el de estricta legalidade de los delitos y de las penas, junto a los cuales expressa el moderno monopolio estatal de la fuerza, esto es, de la potestad de dictar penas y, al miesmo tempo, su disciplina jurídica. La primacía de la ley, afirmada por el principio de estricta legalidad penal, con base en el cual son punibles todos y solo los hechos empíricos legalmente

[6] Não só uma garantia democrática, mas, também, uma certa prevenção a ocorrência do ridículo judicial: [...] pode-se afirmar a existência de três fontes para o ridículo judicial ligadas à burocratização: o bacharelismo pedante típico na formação jurídica, que tem por objetivo se impor na sociedade a partir da afirmação de ritos e de um conhecimento específico; o comodismo crônico ligado tanto à dificuldade de fazer reflexões quanto a interesses subjetivos inerente à carreira; e, por fim, a neurose conservadora daquele que se acredita um semideus, um sacerdote acima de qualquer ideologia e preconceito, e que, por isso, deve assumir uma feição conservadora para manter o respeito e a dignidade da função, ou seja, uma vítima da normalização produzida pelo senso comum e pelos meios de comunicação de massa, que constroem a imagem do "bom juiz" como um herói que não tem limites à realização do que entende por justiça". (TIBURI, 2017, p. 84)

> previstos como delito, implica, en efecto, la configuración de la jurisdición como función meramente ejecutiva; en otras palabras, privada de discrecionalidad y rigorosamente viculada a la fiel aplicación de la ley, la cual solo puede ser assegurada por un poder distinto y rigidamente separado de los otros poderes del Estado, y en primer lugar del poder de gobierno, y atribuida a la autoridade de jueces autónomos y entre ellos independientes (FERRAJOLI, 2018, p. 122).

Ao Ministério Público, portanto, não caberia a mesma espécie de discrionaridade, vez que à ele caberia no caso, opinar e não determinar o exercício da jurisdição – comum nos Estados Unidos da América – como será debatido logo adiante.

É certo que houveram mudanças graduais sobre a concepção de um processo penal ortodoxo fundado no *jus puniendi* estatal por meio da obrigatoriedade da ação penal pública como regra e o direito do acusado defender-se por meio de um processo penal como procedimento em contraditório pleno, para uma segunda via alternativa influenciada pelos instrumentos de colaboração, confissão, perdão, meio de prova e prêmio ao delator por força da Lei 12.850 de 2013.

As consequências de possíveis excessos contrários ao Texto Constitucional, ao Direito Penal e até ao Direito Civil, a partir da aplicação da colaboração premiada suscita a reflexão quanto a possível ruptura do sistema das garantias fundamentais e a (re) construção histórica do processo penal como procedimento em contraditório e de limite (s) democrático (s).

## 2. DA REBERTURA POLÍTICA NO BRASIL ATÉ A FASE EMBRIONÁRIA DA BARGANHA NEGOCIAL

O Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 que colocou em vigor o atual Código de Processo Penal no Brasil, historicamente foi reconhecido, anos depois, como um instrumento normativo influenciado pelas características italianas do *Codice Rocco* de 1930, cuja matriz ideológica inquisitória concentrava nas mãos do julgador a gestão da prova. O contexto não poderia ser outro senão a de que ao julgador foram fixados

poderes de *dono do processo* conferindo-lhe atos de ofício às buscas probatórias padecendo aos demais atores processuais (acusação e defesa) as limitações de uma fase instrutória reduzida.

Após *abertura política propiciada pela Lei da Anistia de 1979 e a campanha das 'Diretas Já' de 1984*, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 recolocou os direitos e garantias fundamentais como *cláusulas pétreas na Carta Magna de 1988* e *ipso facto*, criou a necessidade das leis ordinárias se readequarem a realidade do novel Estado Democrático de Direito. A partir desse momento ocorreram sensíveis mudanças no atual Código de Processo Penal, a fim de que tais reformulações manifestassem características democráticas ao julgador.

No âmbito do processo penal, o juiz deveria refazer o seu perfil, agora como de espectador, árbitro passivo e sobretudo, um *juiz das garantias*, desinteressado das funções de acusação - *um verdadeiro sujeito processual - com a concepção democrática de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, cuja singularidade de seu perfil humanista justificaria a plena instalação do sistema acusatório ao processo criminal.*

Todavia, há que se reconhecer que o sistema acusatório não foi recepcionado em sua integralidade pelo processo penal, o que propiciou a continuidade do maniteísmo do Direito Penal, preservando-se a sua estrutura antidemocrática e de assepsia social. O real sentido do lugar e função do processo no Brasil, continuavam, portanto, obliterados.

O Professor italiano Luigi Ferrajoli, após anos de pesquisa, lançou no final dos anos 1980 em seu país a obra "Direito e Razão" que, anos mais tarde, propiciou a inúmeros juristas brasileiros a oportunidade de abordar o marco teórico garantista como plataforma do Processo Penal Democrático, constituindo- se em um modelo limite contra a arbítrio estatal e inquisitorial, apontando uma nova forma de o entender, *no qual o contraditório passaria a ser sua pedra de toque* (FERRAJOLI, 2006, p. 39) .

Uma importante reformulação nos procedimentos processuais penais no Brasil foi percebida com a criação da Lei 9.099 de 1995, instituindo os juizados especiais criminais e seu modelo desencarcerador através da implantação das penas alternativas, bem como institutos até então inexistentes como a transação penal e a

suspensão condicional do processo.

Da necessidade de novos instrumentos à prestação jurisdicional que propiciassem maior celeridade, informalidade, oralidade, simplicidade e economia processual o Brasil aderiu timidamente a um novo modelo chamado de justiça negocial, ou *plea bargain* adotado por países com forte influência na *barganha processual*, como os Estados Unidos na América. Referido modelo sustenta a necessidade de se oportunizar maior flexibilidade aos mecanismos de acusação e de exercício do direito de defesa sob o argumento fundamental da eficiência e dos altos custos de uma demanda judicial.

## 3. A LEI 12.850/2013: A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO PENAL PARALELO E (IM)PREVISÍVEL

No Brasil, após a vigência da Lei 12.850 de 2013, ocorreu o definitivo processo de transição do processo penal de características pontuais previstas no princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal para um alargamento ainda maior das espécies de barganha existentes. O processo passou a estimular técnicas de colaboração às partes, meios alternativos de prova (delação) e perdão judicial (não propositura de ação penal pautada na relevância da delação), dentre outras.

A relevância científica e social do tema proposto encontra respaldo no câmbio epistemológico desse processo penal e sua contemporaneidade fundada na expansão da competência da colaboração premiada e seus reflexos na postura da acusação, da defesa e do julgador.

De igual forma, o impacto é direto tanto nos princípios gerais do processo penal (contraditório, devido processo legal, igualdade das partes, paridade das armas, presunção de inocência, entre outros) quanto na concepção e justificativa da imposição da pena e sua dupla função de retribuição e prevenção social, características da teoria mista descritas no art. 59 do Código Penal Brasileiro. No mesmo sentido, as contribuições para a compreensão do instituto da colaboração premiada, seus aspectos positivos e negativos, bem como o seu grau de legitimidade, discricionariedade, legalidade e oportunidade, tem a implicação direta nos resultados futuros do sistema

judicial criminal brasileiro.

Em que pese a delação premiada e suas espécies existirem bem antes da colaboração premiada descrita no texto da lei hodierna, é certo que há muito o que refletir sobre a tensão entre a barganha e os fundamentos de um processo penal democrático frente a esse modelo de justiça criminal negocial, para que discursos e/ou justificativas antidemocráticas não provoquem a debacle dos direitos e das garantias fundamentais conquistadas. Atualmente, a normatividade contida no texto da mencionada lei, permitia uma manipulação acerca dos prêmios para a homologação da colaboração pelo Poder Judiciário, postura esta que teve divergência da lavra do Ministro Lewandovski, além da inexistência de protocolo do procedimento adequado para requerer e efetivar a sua aplicação.

## 4. A GARANTIA AO PLENO EXERCÍCIO DA DEFESA TÉCNICA

O equilíbrio do processo penal passa não só pela opção democrática da postura do juiz como o espectador da prova, mas a de que necessariamente deve se garantir ao acusado, por meio de seu defensor os meios mínimos necessaries ao seu exercicio.

Daí que a difícil equação a ser encontrada em um processo penal ortodoxo como o preconizado pelo atual código já é permeada de nuances inquisitorias, mais ainda poderá ser encontrado o aviltamento a defesa técnica do acusado e seus princípios diretamente ligados (presunção de inocência, contraditório e paridade das armas) na colaboração premiada:

> […] qualquer tentativa de macular ou intimidar a defesa constitui afronta ao Estado de direito e ao processo penal democrático comprometido com a dignidade da pessoa humana. O julgador pode até indeferir ou julgar improcedente o pleito da defesa, mas não pode em hipótese alguma questioner o direito de defesa. O direito de defesa existe independemente de ter ou não razão a defesa (YAROCHEWSKY, 2017, p. 97).

Nas palavras sempre ditas pelo mestre Ferrajoli, o grau de validade e

legitimidade da persecução criminal pode ser constada pela defesa garantida a parte mais débil do processo, ou, ainda, a constatação de sua presença "[…] para restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e para contrabalançar, por outro lado, as desvantagens ligadas à inferioridade da condição de imputado" (FERRAJOLI, 2006, p. 147).

## 5. A QUESTÃO DE QUE A COLABRORAÇÃO PREMIADA É UM JOGO: para a sua validade dentro da teoria dos jogos (democráticos)

Inegável de que a colaboração premiada veio para ficar no processo penal. Para a continua busca de sua legitimidade, necessário será sempre a atenção de que a *'plea bargaining'* jamais poderá se constituirá no gênero processo penal, mas, sim, uma espécie de procedimento, regular e em contraditório, baseado dentro dos limites de um sistema acusatório baseado no ônus da prova acusatória, na prevalência do princípio da inocência, do devido processo penal e da igualdade das partes.

A decisão do Min. Lewandowski encontra não só nestas balizas básicas pela sua própria obviedade, mas coloca um sinal de alerta na omissão do Poder Judiciário quanto a análise dos acordos de colaboração oriundos da chamada "Operação Lava Jato"[7].

As tentativas declaradas de alargar a atuação do Ministério Público, qual seja, mediante a concepção estadunidense de liberdade entre as partes contratantes naquele negócio jurídico (colaboração), preservando-se o contido naquele pacto (perdão, redução de pena e opção por regime de cumprimento, por exemplo), não encontraria possibilidade de guarida por tratar-se de usurpação da jurisdicionalidade:

> "Infelizmente o STF acabou avalizando, até agora,

[7] Necessário se faz o seguinte apontamento sobre o tema: [...] No sistema americano o Ministério Público congrega absoluta discricionariedade sobre – *prosecutorial discretion* – as razões de oferecimento dos acordos, descabendo a exposição das motivações. Inexiste *accountability* das razões, dado que se delegou ao Ministério Público esse juízo. Entretanto, no Brasil, as razões públicas pelas quais umas delações são aceitas e outras rejeitadas não podem permanecer no segredos dos gabinetes, precisam avanças ao escrutínio público, especialmente quando o comportamento processual cooperativo dos denunciados não favorecidos por prêmios indica o reconhecimento, por se tratar de direito subjetivo. Trata-se de mecanismo de controle de poder e seus eventuais abusos. Não há poder sem controle em democracia. (MORAIS DA ROSA, 2018, p. 130).

> evidentes excessos negociais por parte do Ministério Público, dando sinal verde também para que avolumem os acordos ilegais em primeiro grau, até porque aqui existe o pacto da mediocridade/conveniência: faz-se um acordo com cláusulas ilegais, mas inguém recorre. O MPF não recorre porque não tem interesse algum em ser controlado; a defesa não recorre porque ou está diante de uma ilegalidade conveniente ou porque proibida (mais uma claúsula ilegal recorrente: proibição de utilização de recurso defensive contra o acordo); e o juiz assume uma postura burocrática homologando e não discutindo nada (MIRANDA COUTINHO, 2018, p. 78)".

Nessa perspectiva, também é sobremaneira necessário compreender o processo penal como uma jogo, a partir da chegada da colaboração premiada, vez que antes, o jogo processual era "[…] linear, sem a possiblidade de acordos, cooperação, salvo informais, para fins de aplicação da pena que dependiam, para o êxito, dos jogadores em audiências judiciais" (MORAIS DA ROSA, 2019, p. 47).

## 6. É POSSIVEL O DELATOR FIRMAR O ACORDO SEM A CONCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

O Poder Judiciário detém por força de dispositivo constitucional o monopólio da jurisdição como forma de delimitar de forma expressa e irretocável à quem é dado o *poder dever* de dizer o direito.

Essa assertiva é acompanhada de balizas muito claras estabelecidas no Texto Constitucional descritas no artigo 5o, incisos LIV e LXI da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual expressamente negou a possibilidade de privar de qualquer pessoa a sua liberdade e seus bens, sem que lhe seja garantido na sua integralidade o devido processo legal, com as exceções em decorrência do flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Nesse contexto, a Lei 12.850 de 2013 não divergiu de que cabe ao juiz refrear qualquer tentativa de açodamento a questões intangíveis e garantidas no bojo constitucional, *conferindo-lhe a faculdade*, desde que a requerimento das partes - e não

a seu(s) próprio(s) desígnio(s) – de conceder os benefícios previstos no *caput* do art. 4o da mencionada lei, qual seja: conceder o perdão judicial, redução de até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por outra restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal.

Nesta perspectiva é importante mencionar o posicionamento de Alexandre Morais da Rosa (2018, p.127), a saber quanto a possibilidade de se aplicar o mesmo instituto de forma unilateral, a saber: [...] Em geral, teremos a produção de um acordo bilateral, materializado em um pacto, que pode ser pré-processual, inclusive com imunidade (não denúncia) ou mesmo durante o curso do processo penal ou da execução. Mas não se exclui que, preenchidos os requisitos legais, possa o juiz reconhecer os benefícios na decisão penal, na modalidade unilateral. A maior parte do livro cuida da delação bilateral. Este desvio busca problematizar a delação unilateral, que acaba por levantar questionamento extremamente relevante acerca da necessária *acountability* da atuação do Ministério Público no controle do exercício do poder de titular da ação penal e negociador. É necessária essa menção diante do poder amplificado que tem o Ministério Público em não efetuar um acordo de delação, mesmo diante do direito que o delator tenha: como dito antes, o órgão de acusação pode estar en negociação simultânea com outros delatores e acabar favorecendo um em detrimento do outro, por motivos e mediante práticas que a jurisdição não alcança, e que sejam questionáveis em razão dos limites e qualificação dessa atuação. Uma forma de controle disso, e dos demais desdobramentos dessa prática, pode ser o juiz exercer controle e reconhecer aos acusados as benesses do art. 4º , diante de se ter alcançado, com a sua colaboração, um ou alguns dos resultados desse artigo, da Lei 12.850/13. Ganha reconhecimento judicial então, a denominada "delação unilateral" em que, não obstante a colaboração do acusado no esclarecimento do caso penal, para além da confissão, há o preenchimento dos requisitos do art.4º , da Lei 12.850/13. Isso porque, no curso d interação humana nas negociações, certa arrogância dos negociadores do Estado (Delegados de Polícia e Ministério Público) pode se voltar contra as negativas de aceitação das propostas de delação. Assim, também como maneira de garantir isonomia entre os colaboradores, garantindo-os por serem os últimos da cadeia de delações, ou do próprio capricho do agente que as negou, fruto de percalços de interação (9.2.3.), deve-se entender a denominada "delação unilateral", segundo a qual, preenchidos os mesmos requisitos de tratamento dispensados aos delatores do mesmo curso de investigação, o Juiz poderá

reconhecer os mesmo benefícios.

O controle previsto no texto constitucional também repercute nos artigos 33 do Código Penal e no art. 387 do Código de Processo Penal no que destaca de forma cogente que se possa prevalecer a vontade das partes no acordo de colaboração em detrimento desses dispositivos penais.

A incoerência da proposta e sua aceitação, ainda que sob a obrigatória presença de defesa técnica, não permitiria com ampla liberalidade às partes estabelecerem cláusulas de acordo, não obstante consensuais, porque se se permitiria ao Ministério Público atuar como legislador, ou seja, que o órgão acusador pudesse estabelecer, de forma antecipada, por exemplo, cláusulas no formato de sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico.

Há que se ressaltar que cabe ao Ministério Público, a teor da citada legislação uma discricionariedade regrada tão apenas a de deixar de oferecer denúncia contra o colaborador na hipótese de não ser o líder da organização criminosa e se for o primeiro a dar efetiva colaboração, nos termos do parágrafo 4o, do art. 4o da Lei 12.850 de 2013, sob pena de o que for negociado consensualmente valer mais do que o legislado na esfera penal.

Por outro lado, pode-se afirmar que existe uma *área cinzenta* na discussão acerca dos acordos de colaboração, seu conteúdo válido, sua homologação ou não pelo Poder Judiciário, e pelo direito subjetivo do indiciado/acusado em apresentar a colaboração de forma unilateral:

> A cooperação unilateral premiada decorre do preenchimento dos requisites legais e da omissão ou negative do Ministério Público, e pode ser declarada pelo juiz no momento da decisão penal. O que se defende aqui é que o Ministério Público deve atuar nos limites impostos pela boa-fé ao exercer seu direito de titular da ação penal (aqui compreendida sua atuação como negociador no sistema da Lei 12.850/13, pois dela poderá dispor, ao final); ou seja, titular que é desses direitos, não pode manipulá-los obscuramente, mas, deve que o Estado se concebeu como negociador penal, o poder deve ser limitado, e, na função de negociador, sua ação como titular de direito não pode configurar ato ilícito, conforme o art. 187 do

> Código Civil: “ar. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceed manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (MORAIS DA ROSA, 2018, p.132).

O caráter controvertido não se restringe apenas às questões que envolvem as duas partes e seus atores jurídicos (acusação e defesa), mas também que a ausência de um protocolo definido com critérios objetivos venha a causar insegurança jurídica àqueles que tiveram como base acordos anteriores já homologados, gravem depoimentos, entreguem provas, enfim colaborem com a autoridade, pautados na boa-fé no negócio.

Nessa linha de pensamento, alterar-se o critério de validação das cláusulas estipuladas entre as partes até então hígidas por decisões anteriores favoráveis a colaborações já perfectibilizadas no campo processual, podem, ainda, ser objeto de desconsideração pelos juízes que aplicam as sanções.

E, por último, deve ser considerada ainda a possibilidade do colaborador apresentar de forma unilateral elementos de colaboração que demonstrem a autoria e materialidade dos demais que compõem a organização criminosa, quando negada a sua aceitação pela autoridade oficial – acusação, no caso - de modo unilateral quando negada a sua aceitação pelo Ministério Público por várias razões, uma delas, em especial, é a de que se pode negociar com vários outros potenciais delatores, favorecendo um em detrimento do outro.

Desta forma pode-se afirmar que o Juiz pode exercer o controle, validando aos envolvidos que colaboraram os benefícios do artigo 4o da Lei 12.850 de 2013, no curso do processo, garantindo para todos a isonomia:

> Com isso, associa-se mais uma mecanimos de controle que pode tornar mais ampliado o uso e o reconhecimento da delação premiada, estendendo o direito subjetivo aos acusados que a ele façam jus, em face dos resultados de sua colaboração para o deslinde do caso. A “delação unilateral” atribuída pelo julgador na sentence insere-se como mecanismo de controle de negativas não acompanhadas de devida motivação. Afinal de contas embora o Estado (Delegados de Polícia e Ministério Público) possa incentivar

> os primeiros delatores com maior benefício, a negative deve ser explicitada para ensejar o controle jurisdictional das motivações. Caso contrario, sem justificativa, o Ministério Público seria o dono absoluto e abusive da ação penal, equiparando-se ao modelo americano de discricionariedade absoluta, ausnte no Brasil. (MORAIS DA ROSA, 2018, p. 129)

Nesse sentido, é certo afirmar que a *delação unilateral* se constitui em verdadeiro controle em face da negativa do Ministério Público em não firmar o acordo - quando não acompanhada de justificativa plausível - do contrário estar- se-ia ampliando o campo de movimentação do *Parquet* na condição de dono absoluto – e abusivo - da ação penal, cuja discricionariedade seria absoluta como o modelo estadunidense, não previsto no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se trata de assunto novo em nosso país a chamada justiça negociada. Como se sabe, foi através da chegada dos juizados especiais criminais baseados na ideia de um procedimento desencarcerador e de conciliação, para os delitos de baixo potencial ofensivo que aquele modelo até então presente, passava a ser gradativamente revisto.

Por certo, foi com a vigência da Lei 12.850/13 que se estabeleceram novas perspectivas nos princípios gerais formadores da estrutura do processo penal brasileiro, tais como a obrigatoriedade do oferecimento da ação penal pública, lastreada na prova indiciária demonstrada no procedimento de investigação.

Houve, assim, a construção de um *processo penal paralelo*, cuja tradição nada tinha relação com a escola romano-germânica, baseada na apuração oficial dos fatos através do processo, estando o sujeito juiz debruçado sobre a produção da prova pelas partes e seus sujeitos processuais, interessado na sua comprovação ou não.

A discricionariedade regrada outorgada ao Ministério Público até então pela lei processual, entrou em choque com a tradição anglo-saxã baseada na vontade das partes que entabulam seu pacto de colaboração, não restando alternativas a jurisdição criminal

senão a homologação do interesse das partes, ressalvada a legalidade, prevalecendo-se a legalidade, voluntariedade e regularidade da proposta.

O que provavelmente será necessário é buscar regras ainda mais claras de possibilidade de aceitação de uma colaboração premiada unilateral no Brasil, sem mitigar os princípios constitucionais e processuais penais.

## REFERÊNCIAS


FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 3ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista**: filosofía crítica del derecho penal. Trotta: Madrid, 2018.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Delação Premiada no Limite.** Emais: Florianópolis, 2018.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5ª edição. Emais: Florianópolis, 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. Emodara: Florianópolis, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 14. ed. rev., amp. e atual. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

TIBURI, Márcia. **Ridículo Político.** Rio de Janeiro: Record, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **República de Curitiba:** por que Lula? Letramento: Belo Horizonte, 2017.