

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

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 Napolini - 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 – Goiás

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)

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-056-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre “a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual”, investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado “ a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização”, das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estaduadinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no país.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgate histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado “as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual”, do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os “aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos”, dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado “capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público”, de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado “do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o “estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado “evolução histórica da pena e a ressocialização”, dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.



O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial”, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrotta, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exhibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **A NEGOCIAÇÃO ESTADUDINENSE NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA E REFLEXÃO**

## **THE AMERICAN NEGOTIATION IN THE CRIMINAL PROCESS: CRITICAL ANALYSIS AND REFLECTION**

**Fabio Machado Da Silva <sup>1</sup>**

### **Resumo**

O texto tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, devemos compreender também as discussões e normativos presentes nas obras jurídicas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, passaremos a refletir como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no país.

**Palavras-chave:** Direito, Filosofia jurídica, Criminologia

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The text aims to reflect on the importance of dialogues between multiple legal orders in the process of knowing the winning collaboration. Therefore, we must also understand the discussions and norms present in the legal works that can support and inspire the Brazilian system with different methodological aspects and historical, legal and social perspectives. With this understanding, we will begin to reflect how the Brazilian system and the various laws related to the winning collaboration may have been influenced in the different social and legal moments in the country

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Law, Philosophy, Criminology

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito. Pós-graduação em Direito Ambiental. Pós-graduação em Direito Processual. Pós-graduação em direito do consumidor. Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Mestre em Direito (UFF).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da análise de alguns parâmetros presentes no processo penal estadunidense relacionado ao processo penal e compreende parte da pesquisa durante o Mestrado em Direito na Universidade Federal Fluminense. O objetivo é compreender parte do mecanismo processual penal em alguns países no que se relaciona a colaboração premiada. Para tanto, foram realizadas leituras bibliográficas submetidas a uma reflexão jurídico-filosófica na plataforma da filosofia de Habermas. Acredita-se que essa compreensão permitirá melhor entendimento sobre a Colaboração Premiada no Brasil tendo em vista ter se inspirado em tais modelos.

É de conhecimento que alguns países se utilizaram do método e institutos legais similares à Colaboração Premiada brasileira com o intuito de descobrir integrantes de quadrilhas que desafiavam o Estado e a sociedade, como é o caso da chamada Justiça negociada citada por Luis Flavio (GOMES, 2014) que se faz pela *plea bargaining* nos EUA, ou pelo *patteggiamento* na Itália, por exemplo.

Esta forma negociada de produzir provas e premiar o delator é tratada, de uma forma geral, na doutrina como o Direito Penal Premial ou negocial, também nominada de barganha.

A importância desta análise justifica-se, pois se verificou que a doutrina brasileira comenta que a Colaboração Premiada utilizada no Brasil tem como parâmetro a legislação estadunidense. Além disso, o próprio legislador inspirou-se em tais parâmetros. O corpo legislativo no Brasil também justifica a inspiração argumentando que o modelo destes dois países seria um modelo de excelência que funcionou para diminuir a criminalidade.

A análise do parâmetro estadunidense permite conhecer como atua o sistema processual Americano. Percebe-se que os mecanismos da Colaboração Premiada nos Estados Unidos da América não são aplicados da mesma forma e contorno de como é aplicado aqui no Brasil.

No caso estadunidense ganhou impulso no combate ao crime organizado potencializado com a proibição de comercialização de bebida alcoólica na Lei Seca, ainda no século XIX. Foi neste período que ocorreu o início de organização estruturada, com divisão de tarefas e hierarquia dos grupos criminosos.

O sistema estadunidense é permeado de considerações específicas e questionamentos que diferem da lógica processual penal utilizada no Brasil. Verificou-se ainda que o modelo

apontado como responsável pela baixa da criminalidade recebe, em verdade, muitas críticas dos autores daquele país.

A análise dos sistemas jurídicos pode ampliar a compreensão de como são formados os diálogos discursivos na Colaboração Premiada em outros sistemas jurídicos. O modo como os diplomas de outros países impulsionam os acordos de colaboração no Brasil integra as discussões do mundo da vida e levam em consideração o problema da construção discursiva.

Nesse sentido, Habermas serve como plataforma de análise das questões éticas morais, uma vez que o objeto deste trabalho é justamente refletir sobre a legitimidade e moralidade do instituto da colaboração premiada.

A discussão crítica sobre o modelo estadunidense apresenta questionamento sobre o déficit de legitimidade e moralidade na utilização e surgimento de tal instrumento. O intercâmbio entre o conhecimento difundido no sistema estadunidense constitui a opinião pública que é levada na discussão no legislativo.

Esta questão da construção discursiva e o intercâmbio entre cidadãos é relatado por Habermas (HABERMAS, 1997, p.223-227):

Os discursos éticos e morais, por outro lado, não pressupõem posições dadas de antemão, mas um intercâmbio entre os cidadãos que constituem a opinião pública e seus delegados nos corpos legislativos, pois os interesses e referências de valores podem modificar-se discursivamente através do fluxo de informações e razões

Verifica-se que a delação premiada tem instituto semelhante em outros países e foi trazido para o ordenamento brasileiro, com base em um aparente sucesso de uso da técnica em outros países.

O conhecimento dos modelos mencionados pela doutrina auxilia o entendimento do conceito político de legitimação da Colaboração Premiada, objeto deste trabalho. Isto porque muitas das vezes a utilização da Colaboração Premiada pode ser uma *“necessidade de legitimação das ordens que se caracterizam pela forma estatal de organização da violência”* (HABERMAS, 2013, p.1).

Além disso, o conhecimento de tais modelos permite entender, por conta das críticas analisadas, como esse poder político se apropria do conhecimento jurídico e cria um formato para legitimar uma necessidade. Em outras palavras, *“dado que a questão relativa ao modo de*

*legitimação política também se vê afetada pela transformação da “forma jurídica”* (HABERMAS, 2013, p.2).

O presente trabalho não possui a pretensão de esgotar o assunto, mas trazer a reflexão de como a análise crítica dos modelos estadunidense podem ampliar a margem de análise jurídico-filosófico presente na Colaboração Premiada, podendo trazer nova (re)leitura do modelo que ora se aplica no Brasil e a consequente discussão emancipatória do que pode ser ou não um melhor modelo.

## **2 BREVES REFLEXÕES DO SISTEMA ESTADUDINENSE.**

O combate às ORCRIMs nos EUA ganhou impulso no combate ao crime organizado potencializado com a proibição de comercialização de bebida alcoólica na Lei Seca, ainda no século XIX. Foi neste período que ocorreu o início de organização estruturada, com divisão de tarefas e hierarquia dos grupos criminosos. Para esse combate foram criados mecanismos jurídicos de produção de prova, tais como a colaboração premiada ou a barganha penal.

O sistema estadunidense é permeado de considerações específicas e questionamentos que diferem da lógica processual penal utilizada no Brasil. Verificou-se ainda que o modelo apontado como responsável pela baixa da criminalidade recebe, em verdade, muitas críticas dos autores daquele país.

Uma observação a ser feita é sobre esse modelo de negociação no processo penal é que teve origem e inspiração estadunidense. Entre as medidas estadunidenses no sistema processual penal, a barganha ou negociação no processo são alguns instrumentos.

Tais instrumentos objetivam evitar um custoso processo (quando o investigado, por exemplo, negocia sua confissão) ou mesmo, seja para que facilite a busca de prova.

A utilização de uma negociação no processo penal brasileiro, foi inspirada no modelo estadunidense e, este modelo iniciou-se no Brasil nos anos 90, onde ocorreu uma mudança de paradigma conforme ensina Luis Flavio (GOMES, 2015, p.2):

Até 1990, a Justiça criminal brasileira seguia (ferreamente) o modelo conflitivo (clássico), que pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença, duplo grau de jurisdição, etc. Praticamente, estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa. Não que um corréu não pudesse delatar seu comparsa; isso sempre foi possível; mas não se falava em novo paradigma de Justiça (mudanças pontuais não alteram o paradigma). Em 1990, com a lei dos crimes hediondos, foram ampliadas as possibilidades de delação premiada (mas

ainda não se falava em novo paradigma). Mudança relevante no cenário aconteceu, verdadeiramente, com o advento da Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), que rompeu o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo (infrações com pena não superior a dois anos). Desde 1995, os dois subsistemas convivem, cada qual tendo validade num determinado âmbito da criminalidade. O importante é que o sistema de Justiça negociada nunca foi declarado inconstitucional pelo STF.

A justiça negociada no Brasil ampliou sua atuação legal no país e, ganhou força com a lei de crimes organizados, que segundo Luis Flavio (GOMES, 2015, p.173) “*sai do modelo conflitivo para entrar de vez no modelo consensual, em todos os crimes, o que é juridicamente possível combinando-se a Lei 12.850/2013*”.

Com essa mudança de paradigma da lei de organização criminosa surge “*um processo penal colaborativo movido pelos interesses das partes, de forma a se chegar o mais próximo possível da verdade*” conforme Luis Flavio (GOMES, 2015, p.173).

Para Luis Flavio (GOMES, 2010) “*Justiça consensuada é um gênero que comporta quatro espécies*”. O mesmo autor explica que essas quatro espécies seriam a Justiça reparatória, que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos; A Justiça restaurativa que exige um mediador, distinto do juiz; A Justiça negociada, que seria o *plea bargaining* dos EUA; A Justiça colaborativa, que premia o criminoso quando colabora.

Assim a colaboração premiada passa pelo procedimento e lógica da justiça colaborativa, enquanto o *plea bargain* passa pela lógica e procedimento da justiça negociada. Em outras palavras, não é totalmente correto associar a colaboração premiada ao *plea bargain*, como fazem os autores no Brasil, embora a negociação esteja presente.

Outra observação é que a colaboração premiada utilizada no Brasil está em sistema jurídico diferente do que é aplicada a barganha nos EUA. O sistema jurídico no Brasil é baseado no denominado sistema romano germânico, ao passo que o sistema jurídico estadunidense é baseada no sistema da *common law* conforme Lindsey (LINDSEY, 2011).

A colaboração processual no direito norte Americano é usada com a adoção do sistema de negociações de culpa (*plea bargaining system*), onde a acusação pode negociar a pena com o acusado colaborador. Os poderes da acusação são ampliados, podendo realizar acordos com a defesa ou levar o processo para o Poder Judiciário, conforme ensina José Guidi (GUIDI, 2006, p.105)



## 2.1 ALGUMAS OBSERVAÇÕES E DIFERENÇAS NO SISTEMA ESTADUDINENSE

O ato de negociação no processo penal estadunidense tem relação com a própria história dos EUA, pois o *plea bargaining* é instituto e origem na *common law* conforme relata Morgana Galio (GALIO, 2010).

Verifica-se que os EUA estão presentes certo conservadorismo e um individualismo histórico. Isso resulta em um discurso de punição no país que influencia o sistema jurídico criminal. Em outras palavras, há um discurso político influenciado pelo mundo da vida nos EUA que influencia o sistema de investigação, processo e punição estadunidense.

O modo de vida estadunidense auxilia a aplicação de altas penas e instrumentos de investigação de crimes que, na visão estadunidense, servem para desestimular os que pensam em delinquir. Por perceberem o crime uma conduta imoral, que vai contra a tradição da autoridade da família e do país, aceita-se o utilitarismo em ultima medida.

O utilitarismo estadunidense possui o discurso conservador e individualista da *Law and Order*, relativizando princípios importantes da democracia do próprio país. Esse sistema estadunidense trabalha com a lógica do crime e punição, da lei e da ordem.

Conforme registra Katherine a lei e ordem, ou, a lógica do crime e punição estão no centro da discussão política criminal dos EUA, conforme trecho da autora (BECKET, 1997, p.3):

Crime and punishment sit center stage in the theater of American political discourse. For much of the past three decades, politicians have made crime-related problems central campaign issues and struggled to identify themselves as tougher than their competitors on crime, delinquency, and drug use. Popular concern about these social problems has reached record levels during this period<sup>1</sup> and public opinion polls indicate that members of the public have become more likely to support punitive policies such as the death penalty and "threestrike" sentencing laws.<sup>2</sup> Not surprisingly, these ideological shifts have been accompanied by a dramatic expansion of the criminal justice system. Between 1965 and 1993, crime control expenditures jumped from \$4.6 billion to \$100 billion (and from .6 to 1.57% of the gross domestic product) and the rate of incarceration in the United States is now the highest in the industrialized world.<sup>3</sup> Minorities have been especially affected by these developments: blacks now comprise over half of all prison [...]

No trecho acima a autora explica que os problemas criminais e sociais atingiram níveis recordes durante as últimas décadas. Pesquisas de opinião indicam que os membros do poder

público apoiam as políticas punitivas. Para a autora Crime e punição sentam-se no centro do teatro do discurso político Americano.

A autora acima ainda explica que durante muitas das últimas três décadas, os políticos criaram problemas de criminalidade relacionados com questões centrais da campanha e lutaram para se identificarem como mais resistentes do que seus concorrentes no crime, na delinquência e no uso de drogas.

A preocupação popular com esses problemas sociais, segundo a autora, atingiu níveis recordes durante esse período e as pesquisas de opinião pública indicam que os membros do público se tornaram mais propensos a apoiar políticas punitivas, como a pena de morte.

A autora referida acima ainda expõe que essas mudanças ideológicas foram acompanhadas por uma dramática expansão do sistema de justiça criminal. Entre 1965 e 1993, os gastos de controle de crime passaram de US \$ 4,6 bilhões para US \$ 100 bilhões (e de 0,6 para 1,57% do produto interno bruto) e a taxa de encarceramento nos Estados Unidos é seria a mais alta no mundo industrializado.

Como é possível observar o modelo estadunidense é copiado pelo Brasil sob o argumento de uma modelo de excelência, o que não é verdade conforme dados explicados acima.

Além disso, o modelo de justiça criminal ideal estadunidense é caracterizado por eleições diretas de Magistrados e promotores, o que serve apenas para a perpetuação da injustiça, pois vale a lógica da demonstração de número de condenações e prisões.

Outro ponto que merece destaque, como fator crítico ao sistema estadunidense, é que existe uma lógica focada no custo do sistema criminal que é orientado por gastos e não por questões humanitárias.

Em outras palavras, algumas medidas discriminantes do sistema e negociações penais estadunidense são incentivadas por conta das contas públicas dos governos estaduais e federal. Um dos fatores é a cara manutenção da população carcerária de mais de dois milhões de pessoas.

Outro ponto a registrar é que a legislação brasileira funciona no chamado *civil law*, diferente do funcionamento de uma lei no sistema da *comom law* conforme ensina sobre esse sistema Luis Marinoni (MARINONI, 2009, p.12):

O civil law e o common law surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas. O civil law carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei. Não obstante as transformações que se operaram no civil law – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do common law de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes. [...] É equivocado imaginar que o stare decisis existe porque o juiz do common law cria o direito. Na verdade, supõe-se que o juiz do common law cria o direito porque nunca foi submetido à mítica ideia de que não poderia interpretar a lei e, fundamentalmente, porque sempre teve um grande espaço para decidir à distância da estrita aplicação da lei. Os precedentes que interpretam leis ou os precedentes da Suprema Corte Americana evidenciam, por si, a razão de ser do stare decisis.

O trecho acima revela, entre outros termos, que as especificidades da lei na *cível law* e na *comom law* são tratadas de forma diferentes. No Brasil adota-se, originariamente, o sistema da *civil Law*, o que significa que as principais fontes adotadas aqui são a Lei, o texto legal da norma.

O sistema estadunidense é o da *Common Law*, onde o direito baseia-se mais na Jurisprudência que no texto da lei propriamente dito. Embora exista a lei, os casos são analisados principalmente de acordo com outros casos semelhantes, ou seja, os precedentes.

Outra observação é que nos EUA, o devido processo legal, no qual se inclui o procedimento da delação ou da barganha de modo geral, pode ser tratado de forma diferente em cada estado conforme registrou Aguinaldo Filho (FILHO, 1995).

No Brasil, por ser federação, a CRFB-1988 (Constituição da Republica Federativa do Brasil) contempla o tratamento apenas pela União válida para todo o país, gerando um contorno de tratamento legislativo diferente do modelo estadunidense, sobretudo, por conta das discussões tratadas no congresso de cada país.

Outro aspecto no sistema estadunidense é o fato de tratar-se de uma justiça negociada, diferente do que ocorria no Brasil, conforme Luis Flavio (GOMES, 2015):

O oposto da Justiça conflitiva é a Justiça consensuada (que prega a resolução alternativa do conflito penal). Dentro do guarda-chuva “Justiça consensuada” é necessário distinguir quatro subespécies: (a) Justiça reparatória (que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos – juizados criminais; crimes ambientais-TAC); (b) Justiça

restaurativa (que exige um mediador, distinto do juiz; visa a solução do conflito, que é distinta de uma mera decisão); (c) Justiça negociada (onde se encaixa a plea bargaining, tal como nos EUA – 97% dos casos são resolvidos pela negociação, de acordo com o juiz federal norte-Americano Jeremy D. Fogel, em entrevista para o Conjur) e (d) Justiça colaborativa (que é subespécie de Justiça negociada, caracterizando-se por premiar o criminoso quando colabora consensualmente com a Justiça criminal).

Outro ponto controvertido, no modelo processual penal estadunidense e o brasileiro, são sobre a aplicação indiscriminada da negociação. Ao passo que nos EUA seriam aceitos diversos tipos de atitudes para convencer alguém a confessar ou delatar, no Brasil, é fonte de controvérsias.

Neste aspecto, vale destacar a controvérsia de solicitar prisão de um investigado para que possa colaborar, conforme a destacada abaixo por GOMES (2015):

Vale lembrar triste episódio em que o Procurador da República MANOEL PASTANA afirmou servir a prisão preventiva de estímulo ao encarcerado para realizar o acordo de colaboração premiada, que será citado *ipsis literis*: Manoel Pastana (Procurador da República): “além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos”. Segundo declarou Manoel Pastana, em entrevista exclusiva ao sítio Consultor Jurídico, o direito precisa evoluir. “A figura da delação premiada é recente no direito penal brasileiro. Por isso, diante de uma regra que fala da conveniência da instrução de forma abstrata como causa para a prisão preventiva, é possível se interpretar que uma dessas conveniências seja forçar o réu a colaborar”, enfatizou. O procurador disse “A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos. (PASTANA, Manoel. Parecer da Procuradoria da República da 4ª Região no Habeas Corpus 5029050- 46.2014.404.0000 – Caso “Lava-jato”).

O trecho acima reflete sobre a manifestação de representante do Ministério Público Federal onde o autor inferiu que seria possível efetuar prisão na delação premiada para “*forçar o réu a colaborar*” GOMES (2015).

A manifestação acima reflete como o direito pode racionalizar medidas que seriam proibidas, tais como, cercear a liberdade de alguém. O receio do uso indiscriminado de alguns instrumentos de prova é fazer com que esse instrumento seja utilizado de forma imoral, por exemplo.

Outro ponto comentado pela doutrina é o fato da barganha penal, englobando-se a questão da delação, criar rótulos mais facilmente, primando-se pela desburocratização e proteção de bens de categorias sociais em detrimento de outras.

Esses rótulos surgem em razão de uma demanda punitiva com pouco resultado prático, ou, conforme registrado no trabalho de Larissa Pereira (PEREIRA, 2016) “*uma demanda punitiva se faz presente como resposta aos conflitos sociais, no entanto, o que sentimos é um aumento da violência*”.

A associação entre a criação de rótulos e o sistema punitivo ocorre porque fica a percepção de que “*O cidadão de bem não quer por perto o bandido [...], mesmo que não tenha cometido a conduta típica, mas que, por sua subjetividade, integre um grupo social “de risco”, mais propenso a cometer delitos.*” (PEREIRA, 2016).

A negociação processual estadunidense pelo *plea bargain* passa, assim, por críticas conforme registrou (PEREIRA, 2016):

são importantes as conclusões de Misse, as quais demonstram que os processos de incriminação estão mais ligados com a distância social entre acusado e acusador do que com o efetivo cometimento da conduta tipificada [...] . A *plea bargaining* também se trata de acordo ofertado ao imputado, pelo Ministério Público, e homologado pelo juiz. No entanto, não possui limites, sendo uma manifestação do princípio da oportunidade. Para gozar do acordo, o imputado deve confessar a culpa do fato que lhe é imputado, sendo possível, inclusive, a alteração da qualificação jurídica do fato.[...] Nota-se que os dois institutos sofrem de fragilidades semelhantes no que tange à possibilidade de mitigação de garantias e uma abertura ao agir seletivo e estigmatizante do Sistema de Justiça Penal.

O trecho acima pode ser justificado conforme a própria autora consignou (PEREIRA, 2016) afirmando que o “*populismo punitivo, revestido do mais puro Direito Penal do Inimigo, se faz presente, ao passo que, não importa sob que condições, o Estado irá buscar, de forma rápida e eficiente, [...] por trás de um manto de legalidade*”.

Ainda temos que considerar que nos EUA, de maneira geral, o acordo é feito entre um réu e um promotor, em que o réu concorda em declarar-se culpado ou não contestar (*nolo contendere*) em troca de um acordo, conforme ensina Santhy (SANTHY, 2013).

O acordo ou barganha é feito pelo promotor que pode retirar uma ou mais acusações, reduzir uma acusação a um menos grave ou ainda, recomendar ao juiz uma sentença específica aceitável para a defesa, ou seja, um modelo diferente do brasileiro.

Outro fator de crítica é que, também nos EUA, os tribunais criminais também estão cada vez mais lotados, impulsionando os procuradores e os juizes a sentirem uma pressão para mover casos rapidamente através do sistema. Nessa linha, a barganha e negociação induz uma produção “em série” de conclusões de casos penais, aparentando uma eficiência do poder público e seus atores.

Para o sistema estadunidense, os julgamentos criminais podem levar meses, enquanto os argumentos de culpa (barganha) podem muitas vezes ser organizados em minutos. Além disso, o resultado de um determinado julgamento é geralmente imprevisível, ao passo que um acordo prevê tanto a acusação e defesa com algum controle sobre o resultado, gerando o que já tratamos de um Direito Criminal negocial, muito específico e até nos EUA polêmico.

Em face deste cenário e tendo a barganha como opção para o Estado, a negociação vira quase que a regra, contando com mais de 90% das condenações negociadas conforme Neyfakh (NEYFAKH, 2015). Isto significa que menos de 10% dos casos criminais terminam em processos e julgamentos propriamente ditos nos EUA.

## 2.2 UM MODELO DE NEGOCIAÇÃO CRIMINAL DISCUTIDO

O modelo estadunidense é fonte de diversas críticas no próprio EUA. Na Califórnia, por exemplo, em 1982 foi aprovada proposição proibindo a negociação de *plea* quando se tratasse de crime grave, certos crimes sexuais violentos, qualquer crime em que o réu usou uma arma, ou qualquer ofensa de dirigir sob a influência, conforme Código Penal do país Secção 1192.7.

Não é incomum trabalhos apontando os problemas da justiça negocial, com autores estadunidenses a exemplo de Douglas Savitsky (SAVITSKY, 2009) e Ellen Yaroshefsky (YAROSHEFSKY, 2009).

Segundo o juiz Americano Jed S. Rakoff (RAKOFF, 2014), o sistema de justiça criminal nos Estados Unidos hoje “*tem pouca relação com o que os Pais Fundadores contemplavam, o que o cinema e a televisão retratam, ou o que o Americano médio acredita*”.

Para os Pais Fundadores, o elemento crítico no sistema foi o julgamento com júri, que serviu não apenas como um mecanismo de busca de verdade e um meio de alcançar a justiça, mas também como um escudo contra a tirania.

Como disse Thomas Jefferson, "*eu considero o julgamento por júri como a única âncora imaginada pelo homem, pela qual um governo pode ser mantido aos princípios de sua constituição*" (RAKOFF, 2014) e continua:

O drama inerente a essas garantias é regularmente retratado em filmes e programas de televisão como uma batalha aberta jogado em público perante um juiz e júri. Mas isso é tudo uma miragem. Na realidade, nosso sistema de justiça criminal é quase exclusivamente um sistema de negociação de plea, negociado a portas fechadas e sem supervisão judicial. O resultado é muito amplamente determinado pelo promotor sozinho. Em 2013, enquanto 8 por cento de todas as acusações criminais federais foram demitidos (seja por um erro de fato ou de direito, ou porque o réu decidiu cooperar), mais de 97 por cento do restante foram resolvidos por pechinchas e menos de 3 Por cento foram a julgamento. O plea pechinchas em grande parte determinou as sentenças impostas. Embora as estatísticas correspondentes para os cinquenta estados combinados não estejam disponíveis, é um estado raro em que as pechinchas não representam de forma semelhante a resolução de pelo menos 95% dos casos de felonias que não são descartados; E novamente, as pechinchas geralmente determinam as sentenças, às vezes como uma questão de direito e de outra forma como uma questão de prática. Além disso, tanto no sistema estadual quanto no federal, o poder de determinar os termos do acordo de culpa é, na prática, apresentado em grande parte ao promotor, com o advogado de defesa tendo pouca palavra e o juiz ainda menos.

Embora muito comumente utilizada, a barganha penal mesmo nos EUA passa por reflexões ética como se observa no texto de Yaroshefsky (YAROSHEFSKY, 2009)

“ethics” and “plea bargaining” are rarely used in the same sentence. Typically, prosecution and defense conduct in plea bargaining is not perceived as an ethics issue but rather as governed solely by case law, statutes, and rules of procedure. In many jurisdictions a typical misdemeanor state court case or less serious state felony cases proceeds as follows: The prosecution makes an offer; the defense lawyer after minimal or no investigation discusses the plea with the client who decides to take the offer to ensure a lesser sentence; the court questions the client to meet constitutional requirements of the voluntariness of the guilty plea; the plea is accepted, and the client is sentenced. This process is described as a “middle eastern bazaar” where defense lawyers “shuffle into the prosecutor’s office and, in an matter of two to three minutes, dispose of one or more cases ‘set down’ that day.

Ainda sobre a questão ética também esta o comentário de outros doutrinadores ( PIZZI & MONTAGNA, 2004):

Que se vea que el fiscal público desempeña una función judicial no es algo muy diferente de los Estados Unidos como podría parecer a primera vista. El sistema estadounidense coloca restricciones éticas que exigen que los fiscales pongan un alto valor al interés público al realizar sus decisiones sobre la medida en que los fiscales deberían esforzarse por alcanzar la justicia en vez de sólo acusar. Por ejemplo, el comentario al artículo 3.8 del Model Rules of Professional Conduct establece que un fiscal “tiene la responsabilidad de un ministro de justicia y no simplemente la de un abogado.”<sup>57</sup> Aunque los fiscales son elegidos como funcionarios públicos, son

dirigidos por los Standards ABA para la Función Fiscal para “no otorgar ningún peso a... las ventajas o desventajas políticas que pudieran surgir” al realizar la decisión de acusar a alguien de un delito.<sup>58</sup> El sistema estadounidense también impone obligaciones constitucionales y éticas sobre los fiscales que son diferentes de aquellas que se imponen a los abogados. Por ejemplo, un fiscal puede, como un asunto ético, revelar posible material exculpatório a la defensa incluso si tal material no hubiera sido requerido por la defensa

Não é incomum citações de casos de injustiças e gráficos alertando para o problema da delação e barganha nos EUA, conforme doutrina (PIZZI & MONTAGNA, 2004, p.16):

Veáse Stephen B. Bright, Gideon’s Reality: After Four Decades, Where Are We?, en Criminal Justice, Verano 2003, p 5, quien describe varios casos en los que inocentes fueron condenados y solo absueltos después de pasar varios años en prisión debido a que sus abogados no realizaron una adecuada defensa; Véase también Stephen B. Bright, Death in Texas, The Champion, Julio de 1999, fl 16, donde describe los insuficientes honorarios de los abogados defensores e insuficiencia de los honorarios que son permitidos para los abogados defensores en investigar y defender casos de pena de muerte en Texas siempre con resultados desastrosos para sus clientes.

Por ultimo, há quem faça crítica, mesmo nos EUA, e chama atenção para a mentira e acusações injustas que podem estar relacionadas ao tema, conforme Machado (MACHADO, 2015).

Richman, professor da “Columbia Law School” nos EUA, chama a atenção para o risco de que, em busca de leniência, o delator implique outros falsamente. Ou, ao inverso, busque poupar alguém da delação: “These arrangements come with 2 kinds of risk: First is that a cooperator won’t give up all the information he has and will protect some people. In the US, this risk is magnified by the need for a cooperator to testify at trial. Prosecutors are regularly worried that the accomplice who implicates the boss will suddenly change tune at trial. Good prosecutors will address this risk early on when they “vet” a cooperator: Before signing him up, they will push him on his account. (Discuss “proffer session”). They may also be hearing from other possible cooperators. Maybe they will sign all up, maybe only a few.

Como se observa, aplicar à Colaboração Premiada no Brasil sob a alegação de que é igual ao sistema estadunidense, que nos EUA não há controvérsia, não parece prosperar com base nos elementos observados neste trabalho.

Não se quer dizer com isso que o modelo aplicado no Brasil seja totalmente inapropriado, mas sim que merece melhor análise com dados que possam ser trazidos em uma discussão, com base na Teoria Discursiva de Habermas.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS



A importância do estudo é para não aplicar como regra, o que sinaliza, no presente estudo, para ser uma excepcionalidade, encontrando apoio também no doutrinador português RAPOZA (2013) que ajuda a ingressar em uma maturidade de esclarecimento para melhor compreensão.

Essa maioria em entender as diferenças dos sistemas reflete o grau de esclarecimento e sem este, fica apenas a menoridade falada por Kant consistente na *“incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo.”* (KANT, 1985).

Assim, os debates trazidos para a colaboração premiada passam pela necessidade de um esclarecimento e para este *“nada mais se exige Senão Liberdade. E a mais inofensiva entre tudo aquilo que se possa chamar liberdade, a saber: a de fazer um uso público de sua razão em todas as questões.”* (KANT, 1985).

Dessa forma, assim como a sociedade estadunidense parece ter sido livre para a escolha do sistema da negociação de penas, no Brasil não parece ter sido de forma ampla e livre a opção da negociação de pena por meio da Colaboração Premiada. Isso porque foi construída em um debate próprio ao passo que no modelo brasileiro houve uma cópia de outro modelo.

Embora sejam apontados resultados positivos com a utilização do instrumento, e isso não se nega, a romantização, crença cega e uso indiscriminado pode prejudicar a emancipação da sociedade com valores positivos.

Em conclusão, embora no sistema estadunidense existam ainda algumas semelhanças com o Brasil, as críticas da utilização da delação naquele país trazem elementos para que se aproveite o que foi positivo e trabalhar para evitar as falhas.

A ideia e sentido nesse raciocínio é promoção de emancipação social com valores positivos. Para esta análise a plataforma habermasiana auxilia a compreensão dos modelos, como se desenvolve o mundo da vida, como pode se elaborado modelo de protocolos de condutas para avaliação moral e legítima de um acordo de colaboração ou negociação em sentido amplo.

Embora sejam apontados resultados positivos com a utilização do instrumento, e isso não se nega, a romantização, crença cega e uso indiscriminado pode prejudicar a emancipação da sociedade com valores positivos.

A ideia e sentido nesse raciocínio é promoção de emancipação social com valores positivos. Para esta análise a plataforma habermasiana auxilia a compreensão dos modelos,

como se desenvolve o mundo da vida, como pode se elaborado modelo de protocolos de condutas para avaliação moral e legitima de um acordo de colaboração ou negociação em sentido amplo.

Aplicar indiscriminadamente um instituto que possa trazer benefícios imediatos e prejuízos a longo prazo, é ficar na menoridade descrita por Kant (KANT, 1985), ou nas palavras do autor *“dizer aniquilar um período de tempo na marcha da humanidade no caminho do aperfeiçoamento, e torná-lo infecundo e prejudicial para a posteridade”* (KANT, 1985).

Essas reflexões são importantes pois caso seja feita então a pergunta: *“vivemos agora uma época esclarecida”?*, a resposta será: *“não, vivemos em uma época de esclarecimento”* (KANT, 1985). É necessário o esclarecimento para entender que a Colaboração Premiada passa pela análise de ser uma medida excepcional em qualquer local.

A busca desse esclarecimento passa pela análise das respostas imediatas e bem sucedidas em determinada época e que podem ser prejudiciais em longo prazo. A emancipação da sociedade é necessária e encontra ligação com o esclarecimento de cada momento.

De certa maneira o Acordo de Delação Premiada reifica os anseios de valores sociais de conduta ética, na medida que envolve questões morais e éticas. Apesar disso, como já reportado, a medida e limites dos parâmetros éticos podem estar contidos na discussão que envolve o Acordo de Deleção Premiada, desde que exista um projeto formatado para cada situação. Cada valor ou virtude ético envolvido, poderá ser utilizado no procedimento de perdão do delator, como o sincero arrependimento, e não bastaria apenas a análise da utilidade e efetividade da delação. O uso indiscriminado do Acordo de Colaboração incentivaria uma sociedade de delatores e isso não seria eticamente aceitável.

Nessa linha, a plataforma habermasiana possibilita uma forma viável de análise destes instrumentos, onde a comunicação *“só pode realizar-se numa sociedade emancipada, que propicie as condições para que seus membros atinjam a maturidade”* (HABERMAS, 1975, p. 300).

Ess maturidade tratada em Habermas passa pela análise dos modelos e a verificação de protocolos de aplicação da Colaboração Premiada, seja na Itália, seja no modelo estadunidense e no que foi copiado no Brasil.

Desta forma o presente artigo pretende trazer alguma reflexão para melhor, compreender a funcionalidade e validade do processo de formação do Acordo de Colaboração

Premiada implementado, averiguar a fundamentação teórica da legitimidade do Acordo de Colaboração Premiada, verificar a viabilidade ética do Acordo de Colaboração Premiada e a possibilidade de definir parâmetros ético-morais nos discursos norteadores da relação presente no processo de formação do Acordo de Colaboração.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia Maria de C. Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

BATISTA, Batista, Nilo Introdução crítica ao direito penal brasileiro Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revnn, 11ª edição, março de 2001

BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOLDT In: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/9358-Artigo-Delacao-premiada-o-dilema-etico> acessado em 14 de junho de 2015

BOTELHO, Jeferson Botelho Pereira Direito Penal Premial: Breves apontamentos sobre Delação e Colaboração premiada <https://jus.com.br/artigos/41380/direito-penal-premialbreves-apontamentos-sobre-delacao-e-colaboracao-premiada/1> acessado em 21 de agosto de 2016

CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov.2009

CELLA, José Renato Gazieiro. A Crítica de Habermas à Idéia de Legitimidade em Weber e Kelsen. In: Xxii Congresso Mundial De Filosofia Do Derecho E Filosofia Social, Granada, 2005. Cella. Disponível em <<http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>>. Acesso em 03 jan. 2011.

CHIAVARIO, Mario. O Processo Penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). Processo Penal e Direitos do Homem. Rumo à consciência europeia. Barueri: Manole, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder . Ética - Companhia das Letras, 2006.

D'AMICO, Silvio. Il collaboratore della giustizia. Roma: Laurus Robuffo, 1995, p. 11-16 apud SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003

DOTTI, René Ariel. A delação e o martírio: infâmia e glória. Gazeta do Povo, 21 abr.2005.

DUTRA, Delamar V. Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. (Coleção Filosofia n.137).

FREITAG, Barbara. Dialogando com Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

FERREIRA, de Heloisa Roberta de Mello Ferreira, [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2026/Monografia\\_Heloisa%20Roberta%20de%20Mello%20Ferreira.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2026/Monografia_Heloisa%20Roberta%20de%20Mello%20Ferreira.pdf?sequence=1), 2016

FONSECA, Tiago Dutra; Franzini, Milena de Oliveira. Delação premiada: metástase política. Boletim IBCCRIM, n. 156, p. 9, nov. 2005.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

\_\_\_\_\_. O Estado-Nação e a Violência . São Paulo: Editora USP. 2001

\_\_\_\_\_. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada: no combate ao crime organizado. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, 204 p.

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia?. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Col. Justiça e Direito).

HABERMAS 2013. HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, 2ª reimpressão. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v. (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

\_\_\_\_\_. Teoria do Agir Comunicativo. Sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução de Flávio Köthe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 – Série Estudos Alemães). 1984

\_\_\_\_\_. Problemas de legitimação no Estado moderno. In: HABERMAS, Jürgen. Para a reconstrução do materialismo histórico. 2.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 220-1

HANSEN, Gilvan Luiz. “A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva Habermasiana”. In: Direito e Filosofia – Diálogos. Zulmar Fachim e Clodomiro José Bannwart Júnior (coord.). Campinas: Editora Millennium, 2011, pp.99-120.

\_\_\_\_\_. HANSEN, 2014. Gilvan Luiz HANSEN, Gilvan Luiz SOCIOLOGIA JURÍDICA, 72. A gestão de pessoas em instituições do Poder Judiciário EDITORA IMPETUS 2014

LARSON, Aaron. How does plea bargaining work? Disponível em: <[www.expertlaw.com](http://www.expertlaw.com)>. acessado em 5 de janeiro de 2017.

LOPES JR, Aury Lopes Junior, Direito Processual Penal (2015)

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado: anotações à lei 9.034/1995 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997

MISSE, Michel. Malandros, Marginais e Vagabundos). Tese de Doutorado disponível em <http://necvu.tempsite.ws/images/tese%20michel.pdf>, 1999

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A mais nova previsão de delação premiada no direito brasileiro. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: Acesso em: março 2016. 73.

MUNIZ, Jaqueline. Os Rumos da Construção da Polícia Democrática. IBCCRIM, ano 14, no. 164, 2006.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984. ISSN 2318-8235.

Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009>>. Acesso em: 14 dec. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v79i0p161-180>

PINTO, José Marcelino de Rezende Pinto tese de doutorado Administração e Liberdade: Um estudo do Conselho de Escola à luz da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas (Pinto, 1994). [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103863X1995000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103863X1995000100007)

PIZZI & MONTAGNA, 2004) William T. PIZZI y Mariangela MONTAGNA, “The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy”, Michigan Journal of International Law, vol. 25, 2004. Traducido al español por Aníbal Gálvez Rivas y Marianella Melgar Maraza, egresados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la asociación civil Impulso Legal Peruano, EM [http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la\\_batalla.pdf](http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/la_batalla.pdf)

SALAS, Luis R. J. “El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa”. Disponível em: <[www.mpd.gov.ar/General/Trabajos](http://www.mpd.gov.ar/General/Trabajos)>. Acesso em: 15 maio 2012.

SANTOS, Marcos Paulo: Colaboração (Delação) Premiada (2016) Páginas: 176 Edição: 1ª Ano: 2016 ISBN: 978-85-442-1149-6

SANTOS – 2007 Santos, Fabio Eulalio A fundamentação da moral em Jürgen Habermas / Fabio Eulalio dos Santos – 2007 144 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Curso de Pós-Graduação em Filosofia.

ZAFFARONI, O Inimigo no Direito Penal. Tradução de Sérgio Lamarão, 2ª edição – Rio de Janeiro: Revan, 2007.