UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

RENAN POSELLA MANDARINO

LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE À VERDADE NO PROCESSO PENAL

FRANCA
2016

RENAN POSELLA MANDARINO

LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE À VERDADE NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Marisa Helena D´Arbo Alves de Freitas

FRANCA

2016

Mandarino, Renan Posella.
Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal / Renan Posella Mandarino. – Franca : [s.n.], 2016.

266 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientadora: Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

1. Direito penal. 2. Processo penal. 3. Transação penal. I. Título.

CDD – 341.5

unesp

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA

Câmpus de Franca

ATA DA DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE RENAN POSELLA MANDARINO, DISCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS.

Aos 31 dias do mês de agosto do ano de 2016, às 15:00 horas, no(a) Sala de Defesa da Pós-Graduação, reuniu-se a Comissão Examinadora da Defesa Pública, composta pelos seguintes membros: Profª Drª MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS - Orientador(a) do(a) Departamento de Direito Público / Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Prof. Dr. FERNANDO ANDRADE FERNANDES do(a) Departamento de Direito Público / Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Prof. Dr. EDUARDO SAAD DINIZ do(a) Universidade de São Paulo, sob a presidência do primeiro, a fim de proceder a arguição pública da DISSERTAÇÃO DE MESTRADO de RENAN POSELLA MANDARINO, intitulada **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. Após a exposição, o discente foi arguido oralmente pelos membros da Comissão Examinadora, tendo recebido o conceito final: Aprovado com distinção. Nada mais havendo, foi lavrada a presente ata, que após lida e aprovada, foi assinada pelos membros da Comissão Examinadora.

Marisa H. D. Alves de Freitas

Profª Drª MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS

Prof. Dr. FERNANDO ANDRADE FERNANDES

Prof. Dr. EDUARDO SAAD DINIZ

unesp

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA

Câmpus de Franca

ATESTADO DE APROVAÇÃO - DEFESA

Atestamos que **RENAN POSELLA MANDARINO**, RA nº: 175555-1, RG nº 32.163.591-7, expedido pela SSPSP/SP, defendeu, no dia 31/08/2016, a dissertação intitulada **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**, junto ao Programa de Pós Graduação em DIREITO, Curso de Mestrado Acadêmico, tendo sido 'APROVADO'.

Atestamos ainda que a obtenção do título dependerá de homologação pelo Órgão Colegiado competente.

Franca, 31 de agosto de 2016

Mauro Lúcio Ferreira
Supervisor Técnico de Seção
Seção Técnica de Pós-Graduação

RENAN POSELLA MANDARINO

LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE À VERDADE NO PROCESSO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____
Profa. Dra. Marisa Helena D´Arbo Alves de Freitas

1º Examinador:_____

2º Examinador:_____

Franca, ____ de _____ de 2016

AGRADECIMENTOS

Todo estudo é fruto do contexto em que o autor está inserido, das suas relações construídas e das suas decisões tomadas no transcorrer do tempo. Há que se reconhecer que diversas pessoas foram imprescindíveis para a concretização desse trabalho, de maneira que o autor é apenas “parte do conteúdo”. Enquanto mestrando, somos uma “esponja jurídica”, que procura absorver a vasta qualidade dos ensinamentos proporcionados pela academia. Assim é que agradeço a todos os professores da UNESP/Franca que me proporcionaram a visão crítica do direito, possibilitando analisar os problemas jurídicos sob diferentes perspectivas.

Desde já, admito que os agradecimentos são injustos: se expressamos nomes, ficamos sujeitos à indelicadeza de se esquecer de alguém, se omitimos nomes, podemos passar a impressão de ingratidão. Apesar de reconhecer a injustiça, não posso deixar de agradecer as pessoas que foram primordiais no decorrer do mestrado.

A Luiz Antonio Soares Hentz, pelos diálogos, pelos conselhos e pela amizade iniciada nos corredores do fórum e que permanece até hoje. Primeira pessoa a vislumbrar algum recôndito potencial acadêmico em mim.

A Marisa Helena D´Arbo Alves de Freitas, minha orientadora de longas datas, parceira de pesquisa e madrinha de casamento, pessoa pela qual nutro profunda admiração pela dedicação ao ensino jurídico e pela qualidade ímpar como docente. Agradeço o apoio, a amizade e, principalmente, por me despertar a possibilidade de trilhar novos rumos na docência e na pesquisa do Direito.

A Fernando Andrade Fernandes, grata surpresa do mestrado, agradeço por contribuir com minhas reflexões científico-jurídicas. Contribuições estas que foram o “divisor de águas” da minha pesquisa, especialmente através dos ensinamentos contidos no livro *O processo penal como instrumento de política criminal*, obra de leitura cativante e que nunca perde sua atualidade, pelo contrário: com o passar dos anos, a precisão crítica dos fundamentos do autor se torna mais assente no direito processual penal. Fica registrada a satisfação imensurável de ter sido seu aluno.

A Paulo César Correa Borges, pessoa dedicada e totalmente comprometida com a instituição, agradeço pelos diálogos edificantes nos encontros em congressos, nas aulas e, principalmente, pelos apontamentos feitos na minha qualificação.

A Eduardo Saad-Diniz, professor comprometido com a ciência jurídico-penal, cuja qualidade de docente e de pesquisador alimenta os mais nobres predicados. Agradeço por aceitar participar da banca de dissertação e pela prestatividade no decorrer dos estudos.

A Ana Gabriela Mendes Braga, pelas aulas, pelos debates, pelas indicações de livros, pelos diálogos e pela parceria desenvolvida no decorrer da pós-graduação.

A Carlos Eduardo de Abreu Boucault, pessoa de sensibilidade e de generosidade singular, pelos diálogos, pelas sugestões de leitura e pelas provocações jurídicas, ao demonstrar que “há tantas formas de se ver o mesmo quadro...”.

Aos funcionários da UNESP, principalmente a Laura Odette Dorta Jardim, pessoa de prestatividade ímpar, sempre disposta a me ajudar.

Ao Núcleo Quente/Duro do Mestrado (Helena Henkin, Theuan C. Gomes da Silva, Paula Gonçalves Alves, Ivan Pinheiro de Figueiredo, Pedro Borato, Jéssica R. Sponchiado), pela amizade intensa e sincera que nunca esperava encontrar. Em especial, à minha amiga Larissa Rosa, com quem dividi minhas maiores angústias e felicidades no decorrer do mestrado.

A Leonardo Melo, Fernanda Sganzerla, Gustavo Yoshi Fujinohara, João Gabriel Sales e Fernanda, amigos leais, obrigado pela disposição em me ajudar nos bastidores desta pesquisa.

À minha noiva Bruna Oliveira Araújo, por sempre me apoiar nas decisões e por avivar em mim a afetividade genuína do amor. Meu coração é seu lar. Agradeço por compreender a ausência e a solidão contemplativa provocada pela elaboração da dissertação.

Agradeço à minha família, pelo elo afável entre nós. Mãe (Ly), obrigado pelo amor sublime e pelo companheirismo construído ao longo da vida. Vamos continuar nossa caminhada sempre juntos. Nandinha, sou eternamente grato pela nossa irmandade, sem o seu arrimo não conseguiria chegar até aqui. Vó Alice (*in memoriam*), uma inspiração para continuar a vida sem reclamações, obrigado por me ensinar os valores humanos mais significativos. Vô Orides (*in memoriam*), pelo laço de ternura estabelecido no tempo permitido por Deus, homem que provou para mim que “família não é sangue, é sintonia”.

Por derradeiro, não apenas agradeço, como dedico cada palavra escrita neste trabalho ao meu pai Fernando Mandarino (*in memoriam*), meu parceiro incondicional, que nunca mediu esforços para minha felicidade. Pai, cedo ou tarde, a gente vai se encontrar.

“Y es que en el mundo traidor
nada es verdad ni mentira:
todo es según el color
del cristal con que se mira”

Ramón de Campoamor,
Trecho de *Las dos Linternas*, da obra *Doloras*

MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. 2016. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2016.

RESUMO

A prova no processo penal é produzida através da reconstrução analógica dos fatos pelas partes, juiz e colaboradores da justiça, através da percepção e interpretação individual sobre determinada realidade. A verdade processual está vinculada à produção probatória, de maneira que a persecução penal se orienta pela "necessidade" de alcançar a verdade. Entretanto, a busca pela verdade colide com os limites constitucionais, legais e linguísticos. Os acordos de delação premiada são técnicas investigativas colaborativas utilizadas para desvelar crimes de alta complexidade. Seu intuito é promover a participação dos acusados na busca da verdade. O objetivo central da pesquisa é a análise dos limites probatórios da delação premiada frente à formação da verdade no processo penal. Para examinar o problema proposto, necessário contextualizar o processo penal no cenário da sociedade contemporânea, permeada esta pelo risco e eficientismo, e esmiuçar o sistema de provas utilizado para a formação da verdade. Há a investigação da natureza jurídica e das normas referentes à colaboração premiada, com destaque para o modelo negocial e as influências norte-americanas no sistema processual penal brasileiro, analisando os limites probatórios a que os acordos premiais estão submetidos no processo judicial. A metodologia procedimental é a bibliográfica e o método de abordagem é o hipotético-dedutivo. A hipótese trabalhada é a de que, a partir da utilização dos acordos de delação premiada, teria sido estabelecida uma nova verdade processual, de caráter negocial. Ao assumir que o instituto da colaboração premiada se insere no contexto da sociedade pós-moderna, a conclusão a que se chega é que o modelo negocial orienta a busca da verdade no processo, porém, não apenas isso. A finalidade dos pactos premiais vai além da busca da verdade, pois almeja também gerenciar os riscos nos sistemas sociais.

Palavras-chave: delação premiada. verdade. risco. justiça penal negocial. garantias processuais.

MANDARINO, Renan Posella. **Evidentiary limits of plea bargaining front of criminal procedure**. 2016. 266 f. Thesis (Master of Criminal Law) – Faculty of Humanities and Social Sciences, University of São Paulo State, Franca, 2016.

ABSTRACT

The evidence in the criminal procedure is produceded by analog reconstruction of facts bt the parties and collaborators of justice, through the perception and individual interpretation about particular reality. The truth is linked to the production procedure evidence, so that the criminal prosecution is oriented by the "need" to reach the truth. However, this search for truth collides with the constitucional, legal and linguistic limits. The plea bargaining are collaborative investigative techniques used to unveil the crimes of high complexity. Its ai mis to promote the participarion of the accused in the search for truth. The main objective of this research is to analyse the evidentiary limits os plea bargaining front to the formartion of truth in criminal procedure. To examine the problem proposed, in the first chapter, the criminal procedure is contextualized in the contemporary society, filled with risk and State efficiency. In the second chapter, find out system proof anda the formation os truth in criminal procedure. Then, the investigantion focuses on the legal nature and the rules concerning the plea bargaining, including negotiation model and american influences in the brazilian cirminal procedure system. Finally, it examines the limits to the use of the premial agreements are submittes in the lawsuit. The procedural methology is the bibliographical anda the method of approach is the hypothetical-deductive. One hypothesis suggests that, from the use of plea bargaining, agreements have been established a new truth procedure, negoating character. To assume the plea bargaining institute in the contexto of posmodern society, the conclusion of reach is that the negoating model guides the search for truth in the process, but not only that. The purpose of pacts premials goes beyond the pursuit of truth, because it aims to also manage the risk in social systems.

Keywords: plea bargaining. truth. Risk. negotial criminal justice. procedural guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

CAPÍTULO 1 PÓS-MODERNIDADE E PROCESSO PENAL 15

1.1 Configuração da sociedade contemporânea 15

1.2 O risco e o eficientismo do Estado 22

1.2.1 Ulrich Beck 24

1.2.2 Anthony Giddens 32

1.2.3 Niklas Luhmann 37

1.2.3.1 Aspectos relevantes do sistema luhmanniano: autopoiese, comunicação e diferenciação funcional 39

1.2.3.2 Projeção sistêmica dos riscos 45

1.2.3.3 Günther Jakobs: subjetividade, comunicação e confiança sistêmica no direito penal 49

1.2.4 Eficientismo estatal: a busca pela promoção da segurança e pela redução dos riscos 51

1.3 Conceito, natureza jurídica e finalidade do processo penal 54

1.3.1 O risco no processo penal 61

1.3.2 Eficientismo e garantismo do processo penal 69

1.4 A deformação do processo penal: a participação dos imputados na solução do conflito na criminalidade moderna 72

CAPÍTULO 2 SISTEMA DE PROVAS E A FORMAÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL 75

2.1 Conceito e finalidade da prova 75

2.2 Valoração das provas 80

2.3 Fundamentos filosóficos sobre a verdade 85

2.3.1 Verdade correspondência 86

2.3.2 Verdade coerência 88

2.3.3 Verdade pragmática 90

2.3.4 Verdade semântica 92

2.3.5 Popper: a verdade na epistemologia da modernidade 94

2.3.6 Bachelard: os percalços da verdade científica 97

2.3.7 Foucault: a verdade e as formas jurídicas 98

2.4 A formação da verdade nos sistemas processuais penais 106
2.4.1 Sistema inquisitorial 107
2.4.2 Sistema acusatório 111
2.5 Limites à atividade probatória e o mito da verdade material 115
2.6 Linguagem e verdade: a reconstrução analógica dos fatos e a racionalidade interpretativa do julgador no processo penal 122
2.6.1 Wittgenstein: os jogos de linguagem 123
2.6.2 Heidegger: a verdade ontológica e os caminhos da hermenêutica 126
2.6.3 Gadamer: a verdade hermenêutica 128
2.6.4 Habermas: a verdade e o consenso 130
2.6.5 A reconstrução analógica dos fatos e a racionalidade interpretativa do julgador no processo penal 134
2.7 A colaboração das partes na busca da verdade e o ônus da prova no processo penal 140

CAPÍTULO 3 DELAÇÃO PREMIADA 145
3.1 Aspectos gerais do instituto do direito penal premial 145
3.1.1 A sedução do "prêmio" e a dimensão ética do processo penal 145
3.1.2 Origem histórica do instituto da delação premiada 148
3.2 Conceito e natureza jurídica da delação premiada 150
3.3 Normatização da delação premiada no direito brasileiro 156
3.3.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) 156
3.3.2 Lei nº 9.080/95: a delação premiada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) e na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90) 159
3.3.3 Lei de Lavagem de Capitais ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores (Lei nº 9.613/98) 161
3.3.4 Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas Ameaçadas e Acusados ou Condenados Colaboradores com a Justiça (Lei nº 9.807/99) 162
3.3.5 Lei de Entorpecentes (Lei nº 11.343/06) 163
3.3.6 Acordos de leniência (Lei nº 12.529/2011 e Lei nº 12.846/2013) 165
3.3.7 Lei de Combate à Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013) 168

3.4 Aproximações e distanciamentos entre o acordo de delação premiada e a confissão 170
3.5 O modelo consensual de justiça criminal e a delação premiada 176
3.5.1 Consensualidade e a justiça penal negociada 177
3.5.2 Características do consenso no processo penal contemporâneo 179
3.5.2.1 Oportunidade, legalidade e a obrigatoriedade da ação penal 183
3.5.2.2 A paradoxalidade do consenso: o processo penal entre a verdade consensual e a verdade material 185
3.5.2.3 Renúncia aos direitos e garantias fundamentais: a verdade como "business" 186
3.5.3 A expansão dos modelos negociais no cenário da justiça criminal brasileira 189
3.6 Americanização do sistema processual penal brasileiro e o seu alinhamento à justiça penal colaborativa 193
3.6.1 Aspectos gerais da *Common Law* e da *Civil Law* 193
3.6.2 A estrutura do processo penal norte-americano 196
3.6.3 Justiça penal negociada norte-americana 200
3.6.3.1 Justiça penal colaborativa: plea bargaining e a (in)compatibilização com a delação premiada no processo penal brasileiro 205
3.6.3.2 Direito penal econômico e a influência norte-americana na justiça penal colaborativa: criminal compliance e o whistleblowing systems 208

CAPÍTULO 4 LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE À VERDADE NO PROCESSO PENAL 213
4.1 A "prova líquida" da criminalidade moderna e a colaboração premiada 213
4.2 A delação premiada e as limitações constitucionais na busca da verdade 218
4.2.1 A presunção de inocência e o direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*) 220
4.2.2 A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos 225
4.2.3 O direito ao contraditório e à ampla defesa 227
4.2.4 A necessidade de individualização da pena: o nexo retributivo entre pena e delito 232
4.2.5 A ausência de isonomia processual 233
4.3 Eficiência probatória da delação premiada 234
4.3.1 Os limites à livre apreciação da prova 236

4.4 O pernicioso uso da linguagem na construção da verdade e o limite probatório da delação premiada 238
4.5 O ônus da prova e a delação premiada: o processo penal rumo a uma verdade negociada? 241
4.6 Delação premiada para além da verdade processual: riscos, segurança e a confiança sistêmica 243

CONCLUSÃO 247

REFERÊNCIAS 250

INTRODUÇÃO

A modernização, ocorrida na virada do século XXI, trouxe diversas transformações nas relações sociais. A racionalidade técnico-instrumental sedimenta a ideia de uma sociedade configurada pela alta velocidade das informações e dominada pela lógica da exiguidade temporal. Risco, incerteza e insegurança são marcas indeléveis da contemporaneidade. A sociedade pós-moderna convive com o "paradigma imunológico", no sentido de criar mecanismos para reagir defensivamente contra os riscos (HAN, 2015, p. 12).

Por ser uma ciência de cunho social, ao direito são aplicáveis tais características da pós-modernidade, especialmente no sistema processual penal. As incertezas da dinâmica processual permitem afirmar que o processo é uma atividade de risco, construído pelo uso da técnica e aproveitamento de oportunidades. Há, no processo, *situações jurídicas* que levam ao sucesso ou insucesso da demanda.

O mundo moderno é decididamente ambíguo, permeado por paradoxos. O que não é diferente com o processo penal, pois se de um lado ele propõe à contenção do poder, através das garantias constitucionais, de outro legitima o poder punitivo através do discurso de busca da verdade real e se instrumentaliza com novos aparatos e epistemologia inquisitória, com a finalidade de proporcionar a ilusória *segurança jurídica*.

A dinâmica do processo penal se assenta na *fragmentação* e na *incerteza*. Ao assumir que o processo penal é uma atividade de risco, cujo resultado é imprevisível, o Estado cria mecanismos para proporcionar uma maior *eficiência* das práticas punitivas e repressivas, com a finalidade de ampliar a *funcionalidade* na administração da justiça para a elucidação dos delitos. Para alcançar tal finalidade, o processo penal flexibiliza, fragmenta seu procedimento probatório para facilitar o alcance da verdade, acarretando uma espécie de *deformação* procedimental do processo penal.

Em razão do *eficientismo penal*, vislumbra-se que a deformação da atividade processual penal vem aumentando sua incidência progressivamente. Se antes sua incidência se restringia às infrações de menor potencial ofensivo, conforme se verifica nos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995c), hoje seu alcance se estende aos delitos de natureza média e grave.

No âmbito da criminalidade moderna[1], essa deformação processual fica evidente na utilização do instituto da delação premiada, o qual pode ser compreendido como a comunicação do ato criminoso feito por réu (coautor, partícipe, acusado ou indiciado) que voluntariamente (pelo menos, de *lege ferenda*) deseja colaborar na investigação ou até mesmo no processo e, em contraprestação, o Estado beneficia o delator com a redução, isenção ou substituição da pena privativa de liberdade. Diante da complexa natureza de alguns delitos, o Estado penal flexibiliza sua responsabilidade na busca da verdade dos fatos e a transfere ao sujeito passivo da dinâmica processual, passando aos investigados o dever de trazer elementos de prova hábeis para compreensão do crime. Consequentemente, há uma participação efetiva dos imputados na solução do conflito criminal, papel este que, ao longo da história, sempre foi de competência exclusiva e legitima do poder punitivo estatal.

O objetivo central da pesquisa é a análise dos limites probatórios da delação premiada frente à formação da verdade no processo penal. A colaboração premiada estabelece uma tensão constante com os direitos fundamentais, especialmente com os direitos constitucionais relativos à matéria de provas do processo penal, tais como o direito ao silêncio, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, a presunção de inocência, direito ao contraditório e ampla defesa, necessidade de individualização da pena, ausência de isonomia processual e outros tratados no decorrer do trabalho.

Além dos limites constitucionais, existem os limites de natureza legal e linguística. As limitações legais referem-se às normas procedimentais para realização dos acordos. As limitações linguísticas aludem ao caráter narrativo e ao senso interpretativo inerente ao referido meio de prova, trazendo duas peculiaridades interessantes: primeiramente, as declarações são prestadas por um sujeito intimamente interessado no deslinde da demanda; em segundo lugar, há uma contraprestação (prêmio, benefícios) que incentiva a participação do sujeito e, de outro lado, provoca a inércia estatal na busca de provas.

A partir dos acordos premiais pode-se asseverar que, no mínimo, há uma sensível alteração no ônus da prova, posto que o imputado assume a responsabilidade de apresentar as provas da coautoria ou da participação, o que modifica também a dialeticidade da dinâmica processual. Nesse sentido, algumas provocações são feitas no desenvolvimento do estudo: sob a perspectiva da delação premiada como meio de prova para instruir ação penal, qual a

[1] Chamamos de criminalidade moderna os delitos de grande fluidez e difusão probatória, cuja prática envolve alto nível de organização e sofisticados mecanismos tecnológicos. São delitos que exigem investigações mais minuciosas, diante da complexa estrutura da conduta de seus agentes, conforme se verifica na *criminalidade do colarinho branco*: crime organizado (criminalidade associativa), corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, etc.

verdade que o processo penal contemporâneo se destina a desvendar: uma verdade material? Uma verdade formal? Ou, até mesmo, uma verdade negociada? Aprofundando as provocações: será que existe alguma finalidade probatória além de promover a verdade (desvelamento dos fatos)?

A verdade no processo advém da reconstituição histórica dos fatos feitos por um indivíduo. Na delação premiada, os fatos são descritos narrativamente, com as percepções e interpretações do sujeito comunicativo, sobre as quais incidirá a convicção do julgador. Este, por sua vez, reinterpreta as informações colhidas, apresenta sua percepção pessoal dos fatos e lhes atribui o sentido normativo e valorativo.

Com a delação premiada, potencializam-se as práticas "pseudoconsensuais" para a busca da verdade, a qual se daria com o mínimo de formalidade e o máximo de eficiência. A acusação estimula os acusados a participarem positivamente da persecução penal. Isso prejudica a dialeticidade inerente à atividade processual, pois o processo penal é um lugar de embate, de posições antagônicas e, principalmente, oportunidade de resistência do acusado.

A opção político-criminal do uso da delação premiada para consecução de provas visa à economia processual, a reduzir custo do delito e, principalmente, a "imunizar" os riscos de uma demanda penal chegar ao insucesso na comprovação da conduta delituosa.

A metodologia procedimental é a bibliográfica e o método de abordagem é o hipotético-dedutivo. A hipótese trabalhada é a de que, a partir da utilização dos acordos de delação premiada, teria sido estabelecida uma nova verdade processual, de caráter negocial. Para examinar o problema proposto, o primeiro capítulo aborda o processo penal contextualizado no cenário da sociedade contemporânea, permeada esta pelo risco e eficientismo. O segundo capítulo averígua o sistema de provas e a formação da verdade no processo penal. Em seguida, a investigação centraliza na natureza jurídica e nas normas referentes à colaboração premiada, com destaque para o modelo negocial e as influências norte-americanas no sistema processual penal brasileiro. Por fim, o estudo analisa os limites a que estão submetidos o uso dos acordos premiais no processo judicial.

Ao observar as modernas técnicas de investigação, especialmente as de natureza colaborativa, depreende-se que o processo penal se encaminha para um modelo menos dialético e mais negocial para materialização da verdade. Pode-se dizer que os meios de provas vão além da busca da verdade. O direito processual penal se comunica com outros sistemas sociais e as provas promovem estabilização de expectativas deles. Nova "era", novas "provas", novos caminhos se abrem para o processo penal com a delação premiada.

CAPÍTULO 1 PÓS-MODERNIDADE E PROCESSO PENAL

1.1 Configuração da sociedade contemporânea

Para melhor compreensão dos principais elementos subjacentes à sociedade moderna, imprescindível retomar a expressão de Habermas (2001, p. 168): "[...] a palavra *modernus* foi utilizada no final do século V para diferenciar um presente tornado cristão de um passado pagão." A modernidade irrompeu um humanismo radical, no sentido de desatar as amarras que vinculam o homem aos discursos de índole teológica, ao liberá-lo para construir o seu próprio mundo. Houve uma supressão das crenças metafísicas: Deus deixa de ser o prescritor do destino cosmos e, em seu lugar, o homem torna-se a criatura hábil a explorar o âmbito de sua liberdade para determinar o seu modo de vida.

A modernidade impingiu suas ideologias a partir da transição teórica operada por René Descartes, o qual rompeu com o pensamento medieval dominado pela Escolástica e estabeleceu a autonomia da razão. A supressão do conhecimento metafísico e a consolidação da racionalidade trouxeram enormes repercussões filosóficas e culturais nas sociedades ocidentais entre os séculos XVIII e XIX. Conhecido como período humanitário, essa época foi marcada pelo desenvolvimento das ideias liberais do iluminismo, da Revolução Industrial e do capitalismo.

Descartes pode ser indicado como um referencial marcante para essa mudança de pensamento. Ele reconhece a existência de Deus, porém, insere o homem como sujeito de liberdade e autonomia no uso de sua razão. Deus permanece como fundamento da realidade, no entanto, agora, este fundamento se dá por meio da subjetividade do homem (CUNHA, 2012, p. 8).

O florescimento da cultura iluminista, juntamente com os avanços da ciência e da tecnologia, cria uma situação paradoxal: ao mesmo tempo em que transforma, lança o homem numa situação angustiante, já que no passado sua identidade era "dada", agora deverá ser "construída" por si mesmo. O ser humano é paciente e agente da própria transformação. Há responsabilidade direta da humanidade na construção de sua história.

Num primeiro momento, diante da produção em larga escala provocada pela Revolução Industrial, a sociedade moderna foi marcada pela prevalência do *homo faber* sobre o *homo oeconomicus*, com o comportamento humano direcionado para o funcionamento das indústrias. O antropocentrismo, inerente à época, delineava a ideia de homem dominador

absoluto da natureza, onipotente e pretensamente o reflexo de Deus no mundo. O pensamento iluminista pregava a liberdade como fator fundamental para o desenvolvimento das relações econômicas e sociais, buscando compreender o homem como sujeito emancipado dos contextos socialmente integrantes, culturais e institucionais. Ademais, havia uma prevalência das ciências empíricas e o dogma ilimitado no progresso material da humanidade, como reflexo do industrialismo e do positivismo naturalista.

Era uma sociedade guiada pela racionalidade instrumental, que trouxe amplas consequências para a interpretação do processo de modernização das sociedades ocidentais. Max Weber, autor pioneiro em desvelar o processo de racionalização instrumental, preocupou-se em examinar o surgimento da modernidade a partir do predomínio da razão à ação teleológica, no sentido de que o indivíduo orienta sua ação pelos fins, meios e consequências secundárias:

> Racionalização, nessa esfera, significou principalmente transformação profunda na própria finalidade do saber científico: não se trata mais de contemplar o mundo para poder nele se situar a partir de um sentido, mas de intervir nele para poder dominá-lo em benefício do homem. Portanto, a racionalização exige, acima de tudo um saber empírico tecnicamente utilizável, que faz do mundo circundante o material da ação manipulatória do homem. (OLIVEIRA, M. A., 1993, p. 48).

Com a Escola de Frankfurt, intensificaram-se as contribuições sobre o processo de racionalização na sociedade moderna. Max Horkheimer e Theodor Adorno, no contexto de sua teoria crítica, para designar o estado em que os processos racionais são plenamente operacionalizados, pontua que a razão instrumental nasce quando o sujeito do conhecimento toma a decisão de que “conhecer” é dominar e controlar a natureza e os seres humanos. A razão ocidental, caracterizada pela sua elaboração dos meios para obtenção dos fins, se hipertrofia em sua função de tratamentos dos meios e não na reflexão dos fins.

> Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhada pelo positivismo, enfatiza-se a sua não-referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo pragmatismo, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônomos. A razão tornou-se algo inteiramente aproveitado no processo social. Seu valor operacional, seu papel de domínio dos homens e da natureza tornou-se o único critério para avaliá-la. (HORKHEIMER, 2002, p. 29).

Na medida em que a razão se torna instrumental, a ciência deixa de ser uma forma de acesso aos conhecimentos verdadeiros para tornar-se um instrumento de dominação, poder e exploração, através do processo de reificação da vida humana. Esse posicionamento de Horkheimer e Adorno tem como pano de fundo a recuperação filosófica marxiana da práxis

feita por Georg Lukács, para quem a sociedade moderna orienta sua atividade econômica com a finalidade de produzir bens baseada na troca de valores. É uma atividade fungível, em que tudo se torna objeto "trocável", inclusive a força de trabalho humano, que assim se faz mercadoria. Modernidade significa, portanto, a *mercantilização universal*. A produção é fundamentalmente lastreada no trabalho de produtores individuais, que têm na troca o mecanismo de socialização de suas atividades. Além disso, Lukács compreende que todas as relações interpessoais passam a ser concebidas como realidades pertencentes ao mundo dos objetos, de maneira que a interação humana é regida pela *objetivação universal* (OLIVEIRA, M. A., 1993, p. 77).

Theodor Adorno e Max Horkheimer (2006, p. 36) se contrapõem a essa filosofia da história que liga a teoria da reificação à teoria da consciência de classe e, por sua vez, elaboram a crítica da razão instrumental, que retoma a tese da reificação, mas interpretada como *categoria histórico-universal* (diferente da ação teleológica weberiana), isto é, uma característica essencial do projeto civilizatório que especifica a modernidade, alicerçada na perspectiva da dominação da razão sobre a natureza. Para eles, o sentido fundante da modernidade é o domínio sobre a natureza externa objetivada e uma natureza interna reprimida, no sentido de que a razão destrói a humanidade que ela mesma havia tornado possível ao longo de sua história.

A ciência é a expressão da supremacia da razão, que troca a aspiração ao conhecimento teórico do mundo por sua utilização técnica. Toda a racionalidade (direito, moral, arte, ciência) é reduzida a um problema de *tecnificação*, que desembocará no ceticismo ético e na crença absoluta da técnica como fonte exclusiva da verdade: o conhecimento como fonte de poder. Por isso, a conclusão crítica de Horkheimer e Adorno à racionalidade técnico-instrumental é extrema: a razão é despojada de qualquer pretensão de validade própria e totalmente assimilada ao poder. Razão torna-se sinônimo de dominação e, por isso, o avanço do processo de racionalização significa o avanço da perda de sentido e da liberdade da vida humana. Modernidade é, no fundo, a identificação entre razão e dominação.

O domínio da técnica é elemento fundamental para a configuração do segundo formato da modernidade. A partir do século XX, mais especificamente após a 2ª Guerra Mundial, vislumbra-se a revolução tecnológica e, consequentemente, a alteração no modo específico de relacionamento do homem moderno com a realidade. Acentua-se a existência do *homo oeconomicus*: sujeito que passa a concentrar seus interesses no consumo, na produção globalizada e na aferição de lucro, abstraindo de si as dimensões culturais do comportamento

humano, como as dimensões morais, éticas, religiosa, políticas, dentre outras. Com a tecnicização, aumenta-se também o acesso e a velocidade das informações, o que faz romper o equilíbrio na dinâmica "homem-natureza". A natureza torna-se mero objeto de exploração massiva para satisfação pessoal do sujeito.

Até então, a técnica era tomada como atividade humana e também como meio destinado à consecução de um fim. Tal é a determinação instrumental da técnica moderna, no sentido de que a ação do sujeito é causa eficiente, através da aplicação de seu conhecimento, na construção de algo e na produção de um resultado, denominada por Aristóteles de *póiesis* (CUNHA, 2012, p. 34-36).

Contudo, Martin Heidegger (2002, p. 18) estabelece uma conexão com a verdade e enfatiza que a técnica não é uma atividade na perseguição de fins, mas, sobretudo, uma atividade de descobrimento da realidade:

> À esfera da causalidade pertencem meio e fim, pertence a instrumentalidade. Esta vale como o traço fundamental da técnica. Se questionarmos, pois, passo a passo, o que é propriamente a técnica conceituada, como meio, chegaremos ao descobrimento. Nele repousa a possibilidade de toda elaboração produtiva. A técnica não é, portanto, um simples meio, a técnica é uma forma de desencobrimento. Levando isso em conta, abre-se diante de nós todo um outro âmbito para a essência da técnica. Trata-se do âmbito de descobrimento, isto é, da verdade.

Imbuída por uma sociedade moderna "tecnicizada", a ciência passa a ser compreendida como o aparato de manipulação da realidade. Há uma substituição da busca da "verdade" pela maximização da "utilidade", num processo de objetivação da realidade. O sentido da realidade manifesta-se como objetividade, a capacidade de ser posto diante do homem, de ser usado pelo homem em sua autorrealização. A realidade deve ser uma *verdade útil*[2] e emerge como tudo o que se pode contrapor à unidade vazia, que é a subjetividade, horizonte que necessita de material para conseguir conteúdo e, através dele, sua autodeterminação. Sujeito-objeto é a polaridade característica da consciência tecnológica inerente à modernidade (OLIVEIRA, M. A., 1993, p. 122-123).

Vislumbra-se uma alteração profunda nos valores inerentes à convivência entre os sujeitos sociais, principalmente com a emancipação do homem e a valorização do individualismo. A socialidade passa a se legitimar utilitariamente, de tal sorte que a sociedade emerge como associação mecânica de indivíduos para o alcance satisfatório de suas

[2] Michel Foucault critica a racionalidade moderna e a formação da verdade. Para o autor, o saber moderno é fundamentalmente marcado pela vontade da verdade, provocada pelo acúmulo indefinido de conhecimentos. A verdade leva em consideração três eixos centrais: o saber, o poder e a ética. A posição foucaultiana será detalhada no capítulo 2.

necessidades. Todas as questões do comportamento humano reduzem-se a problemas técnicos, fundados no cálculo custo-benefício e na busca pela eficiência. Inicia-se, portanto, uma racionalidade calculada (*ratio calculatrix*):

> O importante para nós agora é constatar que, nesta sociedade, o valor supremo passa a ser o da eficácia calculadora, o do resultado mensurável materialmente: toda decisão, todas as transformações dos processos de trabalho e de organização, todo o emprego de forças disponíveis, tudo passa a ser justificado pela sua eficácia na dominação da natureza. E todo problema que não possa ser equacionado em termos dessa eficácia é visto como falso problema [...]. Para a sociedade moderna, a luta contra a natureza é sagrada, a racionalidade calculadora é o valor a partir do qual ela reflete e se orienta. Doravante, todas as comunidades tradicionais se encontram confrontadas, queiram ou não, com este valor único da sociedade moderna. Todos os valores históricos e o sagrado de cada comunidade são submetidos a uma crise e deverão se justificar diante do sagrado da técnica, diante do valor da eficácia calculadora, para poder sobreviver. Temos assim configurado o conflito entre sociedade moderna e comunidade histórica. (HERRERO, 1984, p. 6-7).

O quadro que se apresenta é de uma sociedade que se esquece do natural e enaltece a previsibilidade do resultado e o lucro. Com o advento do *homo oeconomicus*, quanto mais se puder instrumentalizar, para retirar da natureza em favor de seu lucro, melhor. É a *ratio calculatrix*, matriz da razão instrumental calculadora: a intensidade com que se explora a natureza é proporcional ao lucro que dela se pode auferir (FERNANDES, P. S., 2014, p. 2).

Percebe-se, portanto, que a sociedade contemporânea convive com uma espécie de "crise" da racionalidade moderna, de maneira que o processo civilizatório mostra-se hoje uma ilusão, sedimentada por uma razão perversa e dominadora. A racionalidade tornou-se *cínica*, pois, por trás da máscara do esclarecimento e da liberdade, existe a institucionalização e a concretização de uma racionalidade reificante, instrumental, que domina não somente a natureza e os homens, mas ameaça a própria vida humana. A razão, que inicialmente emergiria para combater a metafísica e promover a emancipação do indivíduo, na modernidade reduzir-se-ia ao controle técnico da natureza e os homens a acessórios da máquina produtiva e do aparelho de dominação (STRECK, 1999, p. 19-30).

Para superar esse "cinismo" moderno, Jürgen Habermas e Karl Popper[3] propõem novas formas de compreensão acerca da interação entre os sujeitos de um corpo social. Habermas pergunta se não se faz necessário explicitar outros processos de racionalização para poder pensar integralmente o processo de evolução social que provocou o aparecimento das sociedades modernas, o que ele denomina de *racionalidade comunicativa*. Esta se projeta na relação idealizada entre sujeito-sujeito e no abandono da antiga polaridade sujeito-objeto. A

[3] A crítica ao processo de racionalização moderna proposta por Habermas e Popper terão grande influência na compreensão da verdade, tema que será minuciosamente abordado no capítulo 2.

ação comunicativa se orienta por normas intersubjetivamente válidas, que vinculam as expectativas recíprocas de comportamento de sujeitos inseridos num processo de interação. Nesse sentido, a racionalização significa precipuamente a destruição de relações de poder que inadvertidamente se intercalam nas estruturas de comunicação e impedem o desenvolvimento consciente dos conflitos e da regulação consensual. Racionais, nessa perspectiva, são sujeitos capazes de passar do nível de ação não-problematizada para o nível das argumentações reflexivas (HABERMAS, 1987, v. 1, p. 115-119).

Popper, imbuído pela *racionalidade crítica*, refuta a possibilidade de qualquer fundamentação racional, mesmo na esfera da razão teórica, pois toda tentativa de fundamentação última, lógico-formal, de sentenças desemboca num regresso ao infinito ou num círculo lógico. O autor destrói a ideia de que a ciência possa oferecer conhecimentos *certos* e respostas *definitivas* às questões. O conhecimento não passa de cadeia de problemas e soluções provisórias interligadas. Não existe fundamentação definitiva de sentenças e, por conseguinte, o saber é apenas conjectural e provisório (OLIVEIRA, M. A., 1993, p. 53-54).

A visão crítica de Popper traduz o terceiro formato da sociedade moderna, mais especificamente o pensamento ocidental contemporâneo. Com a hipertrofia das políticas neoliberais, o capitalismo ascendente após a queda do Muro de Berlim (1989) e o colapso da União Soviética, constata-se uma crise nas ideologias das sociedades ocidentais no final do século XX. Dissolve-se a referência à razão como garantia de possibilidade de compreensão do mundo através de esquemas totalizantes, absolutos. Essas características, iniciadas no final do século XX e que permanecem até o presente momento, configuram a sociedade *pós-moderna*.

Há um aprofundamento no domínio da técnica, direcionando seu uso para superar os critérios espaciais e temporais. A produção econômica é massificada e almeja estimular o consumo global. A globalização neoliberal pós-moderna aparece como a nova roupagem do capitalismo internacional, com o Estado intervindo cada vez menos na esfera privada e nas atividades políticas e econômicas. O Estado, na sociedade contemporânea, é visto como uma instituição anacrônica, uma pequena entidade nacional diante do mundo globalizado.

Para Ulrich Beck (2008, p. 37, tradução nossa), o processo de globalização consiste na:

> [...] ramificação, densidade e estabilidade de suas recíprocas redes de relações regionais-globais empiricamente comprováveis e de sua autodefinição dos meios de comunicação, assim como dos espaços sociais e das citadas correntes icônicas nos planos cultural, político, militar e econômico.[4]

[4] *la ramificación, densidad e estabilidad de sus recíprocas redes de relacione regionales-globales empiricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, asi como de los espacios sociales y de la citadas corrientes icónicas em los planos cultural, politico, militar y económico.*

A globalização é um fenômeno plural e complexo tendente a unir as sociedades em torno de valores comuns de mercado transnacionais, com as atividades funcionando como unidades em tempo real no conjunto do planeta. A globalização age de forma surpreendente: não tem limites de tempo/espaço, reduz as fronteiras jurídicas e burocráticas entre as nações, isenta os capitais financeiros de fiscalizações do governo, fraciona as atividades produtivas em países diversos. Reduz a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede. Há uma maior repartição e especificação de tarefas, fungibilidade da ação humana por aparatos tecnológicos e interdependência dos processos sociais.

Zygmunt Bauman (1999, p. 7-9) adverte que a globalização não pode ser compreendida simplificadamente como sinônimo de modernização, de revolução da sociedade. Os processos globalizadores não têm a unidade de efeito que se supõe comumente. Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A globalização tanto divide como une; divide enquanto une, de maneira que as causas de divisão são idênticas às que promovem a unidade do globo.

O fator “globalizador” ou “localizador” dependerá das condições de existência e da classe social de cada população. O que para alguns parece globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é o destino indesejado e cruel. É notável que “ser local” na sociedade contemporânea é sinal de privação e degradação social. As comunidades cedem suas ações e sentidos aos interesses dos intelectuais e elites globalizados. Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão.

A globalização demonstra seu lado perverso ao aumentar a exclusão social e debilitar a cidadania. Os lucros auferidos pela exploração do mercado econômico são obtidos a partir da degradação salarial, da rotatividade no emprego, da informatização da produção e do consequente fechamento dos postos de trabalho e do aviltamento das relações trabalhistas. O ganho de produtividade a esse preço energiza as relações entre marginalidade econômica e marginalidade social, ao torná-las cada vez mais interpenetrantes (AMARAL, C. P., 2007, p. 54-55).

Essa visível paradoxalidade provocada pela globalização é fruto da intensa complexidade que gere as relações sociais na pós-modernidade. Certo é que essa abertura do sistema social (econômico, cultural, político, jurídico, etc.) provocou um esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais e, como consequência natural, estabeleceu

rupturas no universo jurídico, principalmente no que tange aos direitos sociais e os direitos humanos.

Na medida em que os direitos humanos foram concebidos para resguardar a dignidade humana das ingerências do Estado e sendo necessária a atuação do Poder Público para instrumentalizar essas garantias, isso não seria realizável em um Estado de debilitada soberania. Idêntico processo de degradação ocorre com os direitos sociais, pois estes, para serem concretizados, precisam das políticas de caráter distributivo a ser implementadas pelos governos. Essa realização dos direitos sociais fica comprometida, uma vez que o Estado passa a condicionar suas atividades pelas regras do mercado, privatizando alguns setores públicos.

Em meio a tantas incertezas e relativismos provocados pela globalização, ao Estado sobram poucos papeis e um deles é preservar a ordem pública e promover a segurança. Nesse sentido, o Estado incorporou uma política criminal voltada à solução das situações criadas pela ausência de políticas distributivas e compensatórias no âmbito social, criminalizando e perseguindo situações marginais criadas pela globalização. Amplia-se o caráter repressivo com a intenção de disseminar o medo e, com isso, fortalecer a ideia de um Estado estabilizado e seguro, apto a atender às expectativas sociais.

Portanto, as diversas percepções e designações para o processo de modernização da sociedade contemporânea (*sociedade pós-moderna, sociedade da informação, sociedade tecnológica, sociedade pós-industrial*) estão estreitamente conectadas com o risco. Há uma busca incessante por segurança e prevenção nas relações sociais, com a finalidade de controlar, inclusive, perigos potenciais. Hipertrofia-se a intervenção estatal no controle dos perigos e a promoção de um maior eficientismo do Estado com o escopo de suprimir o risco.

1.2 O risco e o eficientismo do Estado

O delineamento anteriormente feito das principais características da sociedade moderna leva a seguinte conclusão: a velocidade, a inovação, a incerteza e o desequilíbrio que assolam a atualidade se enraízam na passagem histórica do *tempo cíclico* da Idade Média para o *tempo linear* da Idade Moderna.

A cosmovisão que estruturava o medievo com as noções de finitude, esfericidade e hierarquização foi substituída pela noção de velocidade, pela ausência de fronteiras, vinculadas às novas descobertas que marcaram o início da época moderna. No período medieval, percebia-se a noção de tempo cíclico caracterizado pela reiteração. As novas

técnicas que permitiram o indivíduo deslocar-se em prolongadas viagens marinhas, alterando a concepção de tempo-espaço, o desmoronamento da estrutura hierárquica das instituições católicas e das suas formas de pensar o mundo e a formação dos Estados Nacionais são fatores que substituíram ou renovaram todo o sistema de valores humanos da época e deram ensejo à noção de tempo linear (STOCK, 2005, p. 203).

O tempo linear é o tempo da velocidade, do futuro em aberto, marcado pela irrepetibilidade dos eventos, em cujas séries elaboram-se projetos de realização histórica, no qual o futuro é um projeto do presente, assim como este é o futuro daquilo que o homem projetou desde o passado. O tempo linear fundamenta o pensamento moderno ocidental, delineado pelas marcas indeléveis da instantaneidade.

Stuart Hall (1999, p. 73) sustenta que, com a aceleração dos processos globais, vislumbra-se que "[...] o mundo é menor e as distâncias mais curtas, que os eventos em um determinado lugar têm um impacto imediato sobre pessoas e lugares situados a uma grande distância." Essa nova vertente do espaço-tempo imbuída pela instantaneidade, processo de aceleração[5] e o surgimento de novas tecnologias anunciam uma sociedade de risco. Nesta não seria mais possível limitar o âmbito de impacto da atividade humana.

O conceito de risco coloca em dúvida a noção de tempo passado, presente e futuro, uma vez que o passado perde o poder de determinar o presente. O espaço deixa de ser algo atomizado e passa a ser local e global.

Os riscos produzidos num certo "local" terão consequências no contexto "global", emergindo disso o sentimento de insegurança, que se assenta na imprevisibilidade e incontrolabilidade das ações humanas. A valorização do descartável, do imediatismo e da instantaneidade passou a ter maior relevância na sociedade atual e permitiu a atrofia do sentido da duração e da reflexão.

Interessa, portanto, analisar as principais teorias do risco, enquanto característica inerente à sociedade contemporânea. O suporte teórico será formado por três autores, os quais fornecerão subsídios para compreensão do risco na dogmática processual penal.

---

[5] Byung-Chul Han aborda com originalidade o problema da crise temporal. Refuta que a sociedade contemporânea enfrenta uma aceleração do tempo, mas sim uma *atomização* e *dispersão temporal*. Essa pulverização temporal faz com que qualquer instante pareça igual a outro e não exista nem um ritmo, nem um rumo, que confira significado às nossas vidas: "[...] aquilo que experimentamos como aceleração é somente um dos sintomas da dispersão temporal." Com isto, Han se refere que a crise remete à *dissincronia*, que significa a falta de um ritmo ordenador nas relações sociais. Não é que o tempo tenha sofrido uma aceleração, ao contrário, ele perdeu o seu ritmo: "O sentimento de que a vida se acelera tem, na realidade, origem na percepção de que o tempo anda aos tropeços sem qualquer rumo." (HAN, 2016).

1.2.1 Ulrich Beck

Como toda teoria tem um “patrono”, pode-se dizer que a expressão “sociedade de risco” foi cunhada por Ulrich Beck, em 1986, na obra que leva esse nome. O autor apresenta uma análise minuciosa acerca dos riscos, sua definição, seu surgimento, sua criação e distribuição, em conformidade com a contemporaneidade social.

Sociólogo da Universidade de Munique, Beck assevera que a pós-modernidade põe em confronto, de maneira angustiante e desagradável, o conteúdo geral da modernidade com o esquema clássico da sociedade industrial, como se houvesse uma fratura dentro da modernidade, que resulta dos contornos da sociedade industrial tradicional. Nasce, assim, uma nova figura denominada “sociedade (industrial) de risco”, numa lógica em que se pressupõe a existência da sociedade de risco em substituição a da sociedade de classe (AMARAL, C. P., 2007, p. 76).

Diante da complexidade do atual corpo social, o risco é um elemento permanente em toda atividade e relações pessoais. Concomitantemente, é uma sociedade regida pela velocidade e dominada pela lógica do tempo curto, de maneira que toda essa aceleração potencializa o risco.

Beck (2010) se apoia em argumentos empíricos, a partir de uma análise sociológica com preocupações ecológicas e científicas, que tem como ponto axial o fato de existir uma sociedade de riscos verdadeiramente global, num mundo em que não haveria mais divisão de classes, nem de fronteiras, apenas divisão de riscos. Sua proposição está sustentada em juízos científicos e universais, que podem ser sintetizados nas seguintes premissas: a) com o advento do processo de modernização, a produção de riqueza gera riscos; b) a distribuição dos riscos não obedece proporcionalmente à distribuição e se irradia para todos os grupos sociais; c) o desmoronamento dos esquemas tradicionais da sociedade industrial foi impulsionado por uma forte onda de individualismo nascida no pós-guerra; d) o individualismo mina de inseguranças o processo de modernização, através de diversos fatores decorrentes; e) a modernização é um processo complexo, sujeito a constantes reavaliações e transformações, em que o desenvolvimento democrático destrona o saber científico e a ação política de seus respectivos monopólios; f) a relativização do saber científico e da ação política forma um círculo vicioso na produção de riscos.

A modernização da sociedade provocou um salto tecnológico de racionalização e de transformação do trabalho e da luta de classes. Houve uma mudança dos caracteres

sociais, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. Toda trama social é reconfigurada, inclusive, com a alteração das “fontes de certeza” das quais se nutre o indivíduo. Na modernidade, a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos tecnologicamente produzidos (BECK, 2010, p. 23).

A partir da Segunda Guerra Mundial, houve uma reestruturação do sistema mundial, com uma maior penetração da racionalidade técnica nas esferas da vida. A modernidade dissolveu a sociedade agrária estamental e elaborou os contornos estruturais de uma sociedade industrial. Hoje, com a “nova” modernização, conhecida também por “pós-modernidade”, houve a dissolução da sociedade industrial e inserção da sociedade tecnocrata.

O processo de modernização pode parecer algo novo, porém, ao fazer um paralelismo com o passado, o sociólogo salienta que da mesma maneira que no século XIX a modernização dissolveu a sociedade agrária estamental e elaborou a imagem estrutural de uma sociedade industrial, a modernização dissolve hoje o perfil tradicional da sociedade industrial e faz com que na continuidade da modernidade apareça outra figura social. Se no século XIX houve um desprestígio dos privilégios e da significação social religiosa, no século XXI se promove o *desencantamento* da compreensão da ciência e da técnica, própria da sociedade industrial clássica (BECK, 2010, p. 12-13). O mesmo sucede com as formas de vida e de trabalho, a família e as imagens estereotipadas do masculino e do feminino.

Essa dinâmica proposta por Beck (2010, p. 229) ficou conhecida como “modernização reflexiva”, termo este utilizado para designar as transformações da sociedade atual, seus processos de crise e as consequências advindas delas.

O autor distingue dois conceitos de modernização: a *modernização simples*, que ocorreu durante o período industrial, e a *modernização reflexiva*, que, longe de significar uma interrupção violenta do processo de desenvolvimento, traduz-se na “vitória” da própria modernização ocidental. Essa vitória da modernização significa que a intensa expansão técnico-econômica ocorrida durante a modernidade simples não se dissociou da criação de riscos. Assim, a modernidade reflexiva pode ser definida como o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em

autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica (MACHADO, M. R. A., 2005, p. 29-30).

Se a modernização simples ou ortodoxa significou, num primeiro momento, a desincorporação e, depois, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva também envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de outra modernidade.

Em outras palavras, podem-se identificar dois estágios distintos nesse processo: o da *reflexividade* e o da *reflexão.* A confrontação das bases da modernização com as suas consequências precede e deve ser distinguida do aumento do conhecimento e da cientificação no sentido de reflexão sobre a própria modernização. A reflexividade refere-se à transição autônoma indesejada e despercebida do modelo de sociedade industrial para o da sociedade de risco. Pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente sua irreflexão e sua não-intencionalidade (aliás, para Beck (2010), é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco).

Acentua-se a ideia de que a sociedade contemporânea está cada vez mais reflexiva, no sentido de estimular a crítica ativa e a autoconfrontação. Quanto mais se avança o processo de modernização das sociedades, mais ficam dissolvidas, consumidas e ameaçadas as bases do modelo industrial. De maneira cumulativa e latente, os fenômenos da sociedade de risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial.

A modernidade reflexiva envolveria um processo de *individualização* e de *destradicionalização*, em que a "tradição" da sociedade industrial muda seu "status" e é constantemente contestada pela modernidade ocidental. A capacidade de autodeterminação do homem (individualização) e a supressão das formas sociais tradicionais e institucionais de segurança, ou seja, essa crise das ficções de segurança da sociedade industrial (destradicionalização), implicam na configuração da atual civilização dos riscos.

Em síntese, a sociedade do risco é fruto, basicamente, da diferenciação entre *modernização da tradição* e *modernização da sociedade industrial*, ou seja, uma distinção entre modernidade simples e modernidade reflexiva. Sustenta que as certezas da modernidade se diluíram e agora o homem se defronta com novos desafios, numa libertação progressiva. A modernidade reflexiva representa uma época da modernidade que se desvanece. Mas também significa o surgimento de um novo lapso histórico.

Esse nascer do novo tempo não é gerado por interesses políticos ou via revolução, mas obedece aos *efeitos colaterais latentes*[6] do processo de modernização da sociedade industrial ocidental, ou seja, o trânsito da época industrial à época do risco se realiza anônima e imperceptivelmente. A modernização reflexiva questiona a rigidez e a impossibilidade de superação dos conceitos da sociedade industrial. Não visa à autodestruição, mas à autotransformação da modernidade industrial. Diante dessa "inconstância" da sociedade contemporânea, o mundo atual é obrigado a lidar com um novo tipo de risco, absolutamente difuso e imprevisível, contra o qual não há possibilidades de defesa (ALEXANDRE, 2000, p. 159-160).

Nessa construção, o processo de reflexividade descrito pelo autor deve ser entendido como confrontação das bases do paradigma da modernidade com as consequências da modernização. Contudo, esse confronto derivou do superdensenvolvimento da modernidade industrial, que gerou efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial. O cerne analítico desse processo de reflexividade está justamente no fato de que é a categoria dos *efeitos colaterais*, e não a *racionalidade instrumental*, o motor da história social. Produz-se uma modernidade usando de auto-impulso e autodinâmica independentemente da vontade, do pensamento dos homens e de racionalidade.

A acumulação de conhecimento proporcionado pela ciência não conduziu, como se esperava, a uma maior certeza sobre as condições de vida. Pelo contrário, a sociedade contemporânea apresenta um estado que poderia ser qualificado como "incerteza fabricada", reprodutor do medo e da insegurança (MACHADO, M. R. A., 2005, p. 36).

O pensamento de Ulrich Beck se estrutura sobre três vértices. O primeiro considera que a sociedade industrial tem depredado copiosamente a natureza e a cultura, como deterioração imprescindível à modernização. O segundo eixo reconhece a "crise do controle": a relação da sociedade com as ameaças provocadas por ela mesma resulta num transbordamento dos riscos por cima dos fundamentos das ideias de segurança. O terceiro admite a deterioração, decomposição e desencanto dos fluxos de sentido coletivo, como a fé no progresso e a consciência de classe, tão presentes na cultura da sociedade industrial. Nesta, os problemas sociais são reconhecidos, mas não são passíveis de gerar impacto nas instituições, organizações e subsistemas. Eles não ameaçam a capacidade dessas estruturas

[6] Os riscos aparecem sob a categoria de efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, em contraposição ao conceito de ação racional direcionada a um fim (racionalidade técnico-instrumental). Por representarem consequências secundárias, constituem efeitos não pretendidos, não previstos ou não passíveis de serem previstos, de um ato humano inicialmente dirigido a fins positivamente valorados.

para monitorar e regulamentar os fenômenos sociais. Diferentemente da sociedade de risco, há uma harmonia pré-ordenada de controle, denominada de “fé inocente” (MACHADO, M. R. A., 2005, p. 34).

Beck (2010, p. 7-10) analisa o risco a partir do acidente nuclear de Chernobyl. Cita o exemplo da poluição causada por uma siderúrgica entre o século XIX e XX, sociedade predominantemente industrial, argumentando que o lixo produzido tinha consequências relevantes em nível local, para as pessoas que ali trabalhavam e para a comunidade local, que bebia a água e respirava o ar contaminado. Entretanto, essa ameaça, mesmo considerando todas siderúrgicas do mundo, não alcançava populações inteiras, o universo todo. Com o acidente nuclear de Chernobyl em 1986, acabaram-se as zonas protegidas da modernidade e, o grande desafio, passa a ser viver com a descoberta do perigo, com a instabilidade das atividades humanas.

Em razão da catástrofe ambiental, que serviu de paradigma para construção da teoria do risco, o autor dirige sua crítica à *racionalidade científica*, a qual passa a determinar a lógica da racionalidade social através do progresso da dominação técnica. Essa lógica fundamenta as características do risco (BECK, 2010, p. 34-36).

Primeiramente, aponta o *caráter difuso do risco (ubiquidade dos riscos)*. As novas ameaças ultrapassam limites espaciais e sociais e também excedem limites temporais, pois são irreversíveis e seus efeitos (toxinas) no corpo humano e no ecossistema são cumulativos. O risco atinge a todos indistintamente, sem qualquer tipo de barreira social ou geográfica como meio de proteção contra tais perigos (LOPES JUNIOR, 2006, p. 51).

Nesse ponto, Beck ressalta a existência de uma categoria que ele atribui o nome de *irresponsabilidade organizada*. O intenso desenvolvimento técnico-econômico da sociedade moderna foi responsável pela considerável gama de interconexões causais e da crescente substituição de ações individuais por padrões de ações coletivas, o que determinou a ramificação e a diluição das responsabilidades. O autor leva em conta os danos ambientais para explicar que a complexidade organizativa e os comportamentos em massa dificultaram o estabelecimento de uma relação entre o estágio de degradação e os fatos individuais causadores da poluição.

A partir dessa análise, ficam claras as causas do paradoxo contemporâneo: quanto maior a percepção sobre a ocorrência da degradação, maior é a expansão da regulação acerca da responsabilidade por tal ato; porém, mesmo assim, não se consegue alocar e individualizar as responsabilidades adequadamente. A responsabilização perdeu forças diante da causalidade

cumulativa, pois diversos fatores atuam em conjunto para a difusão do risco e impedem a definição do nexo de causalidade. Beck remete à imagem de um labirinto de princípios e regras de responsabilidade que se revelam regras de não-responsabilização. A coalizão das empresas, dos políticos e dos especialistas cria os perigos da sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo, constrói um conjunto de discursos de isenção de tal responsabilidade (MACHADO, M. R. A., 2005, p. 61-70).

Em segundo lugar, os riscos seriam de *percepção subjetiva*. O ponto de impacto dos riscos ecológicos pode não estar ligado ao seu ponto de origem e transmissão. Os movimentos são, muitas vezes, invisíveis e insondáveis para a percepção cotidiana, o que dificulta ou impossibilita a identificação do nexo causal. É preciso diferenciar a atenção cultural e política despertada pelos riscos de sua efetiva disseminação. Nesse sentido, as certezas da sociedade de classes são as certezas da cultura da visibilidade. Essas evidências do tangível deixam de valer nas sociedades de riscos. O visível incorre nas sombras de ameaças invisíveis. Aquilo que escapa à percepção já não coincide com o irreal, podendo chegar mesmo a possuir um grau elevado de concretude em termos de ameaça (BECK, 2010, p. 54).

Em terceiro lugar, *situações de risco não são necessariamente situações de classe (institucionalizado)*. A "classe" dos afetados não se opõe a uma "classe" dos não afetados. Com a generalização dos riscos na modernidade, desencadeia-se uma dinâmica social que não pode mais ser abarcada e concebida em termos de classe (BECK, 2010, p. 47).

Em quarto lugar, a *natureza global dos riscos*. A sociedade do risco introduz a ideia de superação de uma etapa da caminhada humana. Os riscos se apresentavam de uma forma limitada, eis que descendiam de condutas humanas de resultados previsíveis. Pelo estágio civilizatório atual, se faz notável a dificuldade de prognóstico sobre a exata dimensão e extensão dos riscos, o que revela a vultuosa complexidade da modernização da sociedade. O risco é ao mesmo tempo global e local, característica conhecida como "glocalidade". Diante de sua potencialidade e gravidade, a racionalidade técnico-instrumental não é capaz de conter os riscos (BECK, 2010, p. 43-44).

Contido na globalização dos riscos, há que se considerar o *efeito bumerangue*. Os riscos cedo ou tarde alcançam inclusive aqueles que produziram ou lucraram com eles. A produção de riscos da modernização acompanha a curva do bumerangue. O uso de produtos químicos na agricultura intensiva de caráter industrial não somente faz aumentar dramaticamente a concentração de chumbo no leite materno e nas crianças, como também solapa a base natural da própria produção agrícola: cai a fertilidade das lavouras, desaparecem

espécies indispensáveis de animais e plantas, aumenta o perigo de erosão do solo. Esse efeito circular de ameaça pode ser generalizado: sob a égide dos riscos da modernização, cedo ou tarde se atinge a "unidade entre culpado e vítima" (BECK, 2010, p. 44-45).

Como consequência da globalização dos riscos, aponta-se como quinto aspecto, a *incalculabilidade* e *imprevisibilidade do risco*. Os riscos da modernidade não podem ser delimitados no tempo, pois são reproduzidos no presente, mas se projetam no futuro. Há uma imprevisibilidade quanto ao tempo de produção e duração dos efeitos decorrentes do risco.

O sexto aspecto é que os riscos são de *procedência humana*. No passado, os riscos não restavam confinados à ação do homem, vez que existia outra esfera de riscos (até hoje não superados por completo) que emanavam da imponderabilidade das forças da natureza. Com a modernização, os riscos naturais apresentam-se cada vez mais previsíveis e controláveis, reduzidas as possibilidades de concretização do perigo. Contudo, com as atividades técnico-cientificas, oriundas da conduta humana, os riscos tornaram-se incomensuráveis. Nesse momento nasce a ilusão do Estado Segurança, pois os riscos contemporâneos são qualitativa e quantitativamente distintos, assumindo consequência transgeracionais (CÂMARA, 2008, p. 130).

Beck argumenta, ainda, que a passagem da "sociedade de classe" para "sociedade de risco" seria capaz de alterar os sistemas de valores preexistentes, cujo eixo axiológico residiria na igualdade. Se no passado reconhecia-se a existência de profundas desigualdades que precisam ser superadas (sociedade desigual), com o trânsito para a sociedade de risco anuncia-se a mudança do sistema axiológico da sociedade desigual para o sistema de "sociedade insegura".

Tal argumento deve ser analisado com parcimônia. Não parece plausível afirmar a existência de uma efetiva superação da sociedade de classes, sob pena de se incidir em uma visão demasiadamente eurocêntrica. O universalismo dos perigos, que conduziria a uma relativização das diferenças e dos limites sociais, não pode ser aceito como verdade absoluta. É o que afirma Guilherme Costa Câmara (2008, p. 132, grifo do autor):

> [...] co-existem porque não são excludentes os dois sistemas axiológicos: o da *sociedade de classes* e do da *sociedade do risco.* Em termos mais gráficos: ao lado da comunidade do medo (tenho medo!) que caracteriza a *sociedade do risco*, mormente nos países periféricos e semi-periféricos, subsiste a comunidade da miséria (tenho fome!) típica da sociedade de classes, situação esta que não converge para uma síntese dialética (de resto impraticável), antes, convoca uma soma de resultado tenebroso.

Sob outro olhar, Bauman (2001, p. 40-47) faz uma análise interessante sobre a dissolução da sociedade de classes proposta por Beck, a partir da perspectiva do processo de individualização. Salienta o filósofo que a antiga modernidade "desacomodava" para "reacomodar". Enquanto a desacomodação era destino socialmente sancionado, a reacomodação era tarefa posta diante dos indivíduos. Classe e gênero eram "fatos da natureza" e a tarefa reservada à autoafirmação da maioria dos indivíduos era adaptar-se ao nicho alocado, comportando-se como os demais ocupantes. Com a modernidade reflexiva, não são mais fornecidos lugares para a "reacomodação" e os lugares que podem ser perseguidos e postulados mostram-se frágeis. As pessoas estão em constante movimento, longe do descanso, da "satisfação final".

O fenômeno da emancipação social explica o sentido e alcance a que Beck se referiu na substituição da sociedade de classe pela sociedade de risco. A modernidade fluida[7] permitiu o individualismo exacerbado, com as pessoas almejando a realização pessoal em curto espaço de tempo, com urgência da satisfação pessoal. A demora é um retardo doloroso e insuportável. A instantaneidade das relações, dos objetos e das atividades, através de uma cultura indiferente à eternidade e que evita a durabilidade, evidencia ainda mais a criação de riscos (BAUMAN, 2001, p. 143-149).

A sociedade moderna convive com a incerteza e insegurança. É como se o medo tivesse adquirido a capacidade de se autoperpetuar e autofortalecer, com ímpeto próprio. A insegurança moderna não deriva de uma carência de proteção, mas na falta de clareza de seu escopo, num universo social que foi organizado em torno da procura incessante de proteção e da busca frenética por segurança. Difunde-se na sociedade a convicção de que, com habilidades técnicas adequadas, a "segurança total pode ser alcançada" e, caso ela falhe, culpa-se o ato iníquo da maleficência humana (BAUMAN, 2007, p. 63).

Os argumentos de Beck ganhou a adesão de outros filósofos e sociólogos, tais como Scott Lash, Christoph Lau e, principalmente, Anthony Giddens, que enriquece a proposta inicial de Beck.

[7] Locução proposta por Zygmunt Bauman. Também conhecida como modernidade líquida. O "fluido" e o "líquido" são elementos metafóricos para demonstrar o estágio atual da era moderna. Os líquidos não mantêm sua forma com facilidade; não se fixam no espaço e não perdem tempo. Representam o grau difuso e dinâmico da sociedade moderna (BAUMAN, 2001, p. 143-149).

1.2.2 Anthony Giddens

Giddens (1990) também analisa criticamente a dinâmica da sociedade de risco. Descreve a emergência das ilimitadas transformações ambientais como decorrente da intensa reflexividade nas práticas sociais. O desenvolvimento das forças de produção teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente. Para ele, a sociedade vem sofrendo as consequências da modernidade com o irrestrito uso da racionalidade científica e dos danos ambientais gerados pelas práticas industriais.

Contudo, chama a atenção a peculiar visão do autor acerca da sociedade contemporânea: o momento atual não deve ser denominado de pós-modernidade, pois ainda vivencia-se a modernidade, numa fase final, em que as consequências estão *radicalizadas* e *universalizadas*[8]. A tendência a denominar de pós-moderno o atual período de organização social é fruto de uma insuficiente análise da natureza da própria modernidade. Através de uma investigação institucional do desenvolvimento social moderno, o sociólogo britânico apresenta os contornos de uma ordem social nova e diferente, que chama "pós-moderna", mas que não se confunde com o que é atualmente chamado de "pós-modernidade" (AMARAL, C. P., 2007, p. 81).

O risco para Giddens nasce a partir da sua *teoria da estruturação*, na qual sustenta que toda ação humana é realizada no contexto de uma estrutura social pré-existente, regida por um conjunto de normas e/ou leis que são distintas das de outras estruturas sociais. A ação humana é, ao menos parcialmente, pré-determinada com base nas regras variáveis do contexto em que ela ocorre. No entanto, a estrutura e as regras não são permanentes, mas são sustentadas e modificadas pela ação humana.

Através de sua concepção estruturalista, o discurso do sociólogo britânico centra na análise das instituições sociais modernas. As transformações dos efeitos colaterais invisíveis em questões globais (devastação da natureza e destruição em massa) não significaram apenas um problema ambiental, mas uma flagrante crise institucional da sociedade industrial apta a gerar um novo modelo social, denominada sociedade mundial do risco. Esta se refere à época em que o lado negro do progresso domina as estruturas sociais e os riscos, que hoje as

[8] Assim como Ulrich Beck, Giddens defende que o dinamismo da sociedade advém da modernidade reflexiva: as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas mesmas práticas, alterando a própria constituição de seu caráter. Os conceitos existentes na modernidade são radicalizados, no sentido de que surgem inúmeros riscos e de um perfil diverso daqueles existentes nas sociedades tradicionais. A renovação do conhecimento não permite que se estabilizem os riscos e, portanto, eles tornam-se onipresentes nas instituições da sociedade moderna (GIDDENS, 1990, p. 41).

ameaçam, foram produzidos pela própria civilização no processo de desenvolvimento da primeira modernidade.

A produção social de riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social dos riscos, de maneira que os riscos emergem dos efeitos colaterais de produtos ou processo industriais inerentes ao desenrolar da modernização. Factível o seguinte cenário: se, por um lado, a emergência da sociedade do risco deu-se sob a bênção das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, por outro, os riscos individual, social, político e ecológico hoje desafiam a estrutura dessas instituições (MACHADO, M. R. A., 2005, p. 36).

Para compreensão do risco é fundamental a ideia de que o dinamismo da modernidade é resultado da *separação do tempo e do espaço* e de sua recombinação em formas que permitem o zoneamento tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe dos sistemas sociais*; e da *ordenação e reordenação reflexiva* das relações sociais à luz das contínuas entradas (*inputs*) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos (GIDDENS, 1990, p. 25).

A cisão entre tempo e espaço é pressuposto essencial para o processo de desencaixe, pois possibilita a organização racionalizada (traço distintivo da sociedade moderna) e é permeável às inserções que condicionaram a historicidade a um passado histórico-mundial unitário, linear. Por desencaixe dos sistemas sociais entende-se o "[...] deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço." (GIDDENS, 1990, p. 29).

Anthony Giddens (1990) elenca sete formas de se caracterizar o risco na sociedade moderna. O primeiro aspecto, sustentado também por Beck, seria a *globalização do risco*. A partir do processo de globalização, dois fenômenos em especial favoreceram demasiadamente a incrementação dos riscos e os tornaram mais intenso e expandido: a desigualdade social e o progresso tecnológico.

Em segundo lugar, ele identifica essa mesma globalização do fenômeno risco com relação *à expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos*. A intensidade de uma atividade perigosa poderia resultar em danos incalculáveis e atingir uma quantidade de pessoas indeterminada, como, por exemplo, a guerra nuclear.

Diante dos fenômenos produzidos pelo processo de globalização, estabelece-se uma distinção entre riscos incontroláveis (provocado ou criado) e riscos controláveis (exterior). O risco controlável é o imposto pela natureza ou pela tradição. O risco incontrolável resulta da intervenção humana, mais especificamente do impacto do desenvolvimento tecnológico sobre

o meio ambiente; o risco criado se refere a situações de que não há experiências históricas, como por exemplo, o aquecimento global. Os riscos criados pela ação humana não devem ser compreendidos apenas na perspectiva ambientalista, pois a globalização estimula a criação de uma massa de excluídos econômica e socialmente, interessados na obtenção do conforto proporcionado pelas novas tecnologias. Sem acesso a estas, referida desigualdade gera violência, o que não deixa de ser um risco socialmente criado. O risco provocado resta caracterizado pela amplitude e inevitabilidade.

Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 37) analisa essa dupla natureza dos riscos apontada por Giddens e salienta que a preocupação da modernidade não é o controle efetivo das instituições sobre os "riscos criados" (já que seria inviável), mas de manejar as consequências negativas do próprio desenvolvimento técnico e as incertezas produzidas pela própria modernização:

> Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, consequentemente, causou o surgimento de outros riscos, que escaparam do controle das instituições. A emergência de riscos incontroláveis, nesse panorama moderno de busca por controle e ordem, aponta a possibilidade de ter havido uma falha no funcionamento das normas e instituições desenvolvidas na sociedade industrial. Verifica-se a incoerência dos mecanismos de segurança, dos cálculos dos riscos e da cultura do seguro, que, mesmo prometendo segurança e tranquilidade, permitiram a produção desses riscos e agora se veem impossibilitados de bloqueá-los. Em seguida, o desencantamento atinge a ciência e toda a burocracia racional – a administração estatal, a política, o direito – que sempre legitimaram a criação desses riscos.

Em terceiro, como consequência desse binômio controlável-incontrolável, o autor afirma que os riscos são provenientes da *socialização da natureza*, isto é, a forma dada à natureza pela ação humana. Nas sociedades tradicionais e também no processo de industrialização, o homem tinha a preocupação com os fenômenos naturais, originados pela natureza exterior, como por exemplo, a má colheita, pragas e inundações. Com a modernidade, houve uma supressão das preocupações relativas ao que a natureza provocava contra aos homens e, em contrapartida, aumentou a preocupação com o que os seres humanos poderiam fazer contra a natureza e o meio ambiente em que a sociedade está inserida.

Como quarto risco, *os mercados de investimentos financeiros* apresentam uma instabilidade que pode atingir um número inestimável de pessoas. Seriam os riscos ambientais institucionalizados.

O quinto aspecto seria a *sabedoria de existência de risco*: a consciência do risco e sua distribuição viabilizam o homem agir contra os perigos enfrentados. Todavia, em razão da velocidade das informações científicas, as incertezas ainda não decifradas no caminho do

conhecimento leva o homem a questionar o que o desconhecido ainda mais poderia proporcionar em termos de periculosidade.

Em sexto, a *popularidade do risco*: um dos aspectos fundamentais da separação entre o mundo pré-moderno e o moderno é a aceitação dos riscos pela população leiga, na medida em que no passado a vivência dos riscos era conjugada com a proteção divina ou a magia. Apesar do conhecimento sobre a existência dos riscos, a que se considerar inevitável a convivência com variados e inúmeros riscos.

Por derradeiro, refere-se à *consciência das limitações periciais*: haveria riscos não revelados pelos detentores do conhecimento técnico sobre determinado assunto, pois, mesmo para eles, nenhum sistema perito pode ser integralmente incontestável. Permanência constante de certo grau de controvérsia, desconfiança sobre as informações fornecidas e um bombardeamento de informações são elementos da sociedade contemporânea que não permitem saber qual a atividade mais segura. O risco é socialmente construído e agravado pela periculosidade dos avanços científicos (ALEXANDRE, 2000, p. 155-156).

As instituições sociais modernas são desenvolvidas a partir de dois mecanismos: a criação de *fichas simbólicas*, cujo principal item é o dinheiro, devido à sua ampla fungibilidade na economia monetária moderna; e o estabelecimento de *sistemas peritos*, sistemas de alto e crescente desenvolvimento técnico ou capacidade profissional. Esses sistemas removem as relações sociais do contexto real, como por exemplo, o ato de dirigir pelas vias públicas, sem que o piloto tenha participado da construção do sistema viário, mas dele participando, frequentemente, como usuário.

Tanto as fichas simbólicas como os sistemas peritos da modernidade dependem da *confiança*[9]: a expectativa do indivíduo ao despender determinada quantia em dinheiro é a confiança de que outra pessoa honrará seu valor com seu conhecimento técnico e de maneira eficiente para consecução do resultado.

[9] Giddens (1990) recorre a Luhmann (1996) para entender o significado de “confiança”, mas não concorda plenamente com ele. Conforme será analisado no próximo tópico, Luhmann trata da confiança como um mecanismo privilegiado para a construção do sistema social, de maneira que ela não é somente um mecanismo psicológico assentado nos estados de consciência dos indivíduos, pois toda comunicação social está permeada por uma forte carga de confiança que vige independentemente dos humores dos indivíduos. Ambos concordam que a confiança está rotineiramente incorporada nas atividades comuns do dia-a-dia e são reforçadas pelas situações do cotidiano, pautadas em relações impessoais. Contudo, diferentemente de Luhmann, Giddens defende que o conceito de “crença” e “confiança” não são conceitos diversos. Confiança é um tipo específico de crença.

Ainda acerca da *confiança*, há uma importante observação: o autor não concorda que as noções de *risco* e *perigo* sejam iguais[10]. Perigo existe em circunstância de risco e é relevante para a definição do que é risco. São definições próximas, mas não se confundem. O risco pressupõe o perigo, mas não a consciência do perigo. Logo, a diferença não está na atitude de um indivíduo para pesar (risco) ou não pesar (perigo) conscientemente as alternativas ao adotar uma ação específica. O indivíduo pode estar consciente do risco, mas não do perigo.

A confiança está relacionada à não visualização de uma atividade no tempo e no espaço. Algo não fundamentalmente vinculado ao risco, mas à conotação de credibilidade que advém dos resultados contingentes. Confiança não é fé, ela deriva da fé e é o elo entre fé e crença:

> Confiança é uma crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). (GIDDENS, 1990, p. 41).

A modernidade trouxe transformações nas relações pessoais, precisamente no tocante à constituição da confiança e da identidade pessoal. Todo corpo social é regido por padrões de normalidade, com a finalidade de que os indivíduos possam estabelecer relações de confiança mútua. A diferença é que, segundo Giddens (1990, p. 85-102), na "sociedade de risco", com os referenciais abstratos criados pela ciência, instalam-se dificuldades para se estabelecer elos de ligação pessoal. Os atores sociais modernos "confiam" (sem conhecimento) nas informações fornecidas pelos peritos (tecnicistas). A confiança tem uma de suas firmes bases na aceitação tácita de circunstâncias.

Giddens (1990, p. 125) identifica que o ser humano interage a maior parte do tempo com pessoas que nem sequer conhece, numa relação de confiança e de impessoalidade. A intimidade deixou de ser tratada com espaço amorfo, restrito às indeterminações e às subjetividades do ser social. Nela há um conteúdo científico próprio, com direito a definições estatísticas ou probabilísticas proporcionadas pelos estudos concebidos para determinar a vida íntima. Todas as práticas sociais são "reflexivas", com as decisões humanas tomadas a partir de padrões técnicos e de recorrência incessante às informações previamente vinculadas por

[10] Luhmann (2006) também diferencia os termos, porém sob a perspectiva das decisões dos sujeitos individuais: risco vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as consequências que dela possam advir. Perigo é quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo.

um técnico no assunto. Tamanha carga reflexiva de informações, ao invés de aplacar o risco, pode confundir o cidadão e gera crises na identidade pessoal.

Giddens transita, assim, entre o pensamento de Beck e o de Luhmann, razão pela qual torna convidativo analisar a complexa estrutura da teoria luhmanniana acerca dos riscos.

1.2.3 Niklas Luhmann

A proposta de Niklas Luhmann é considerada, nos últimos anos, como uma das projeções mais originais para abordar a dinâmica da sociedade contemporânea. Sua referência à *teoria sistêmica* é complexa, pois envolve uma série de conceitos específicos, com linguagens e expressões próprias do autor.

Sociólogo e jurista alemão, Luhmann defende que a sociedade não está mais organizada ao redor de um só centro, mas, ao contrário, opera de maneira *multicêntrica*, mediante redes de relações crescentemente diferenciadas e interligadas, o que obriga a configurar formas não hierárquicas de coordenação coletiva.

Sua teoria recebeu veementes críticas: como compreender uma sociedade que não está composta de homens? Como pensar a sociedade como um sistema e evitar considerações antropológicas? Além desses questionamentos, os críticos acusam ser uma teoria social que despreza a ética e toda forma de moralização social, bem como ser um referencial teórico de pouca investigação empírica. Luhmann rebate as opiniões contrárias e supera os apontamentos feitos pelas teorias clássicas da sociologia.

Para examinar os riscos na sociedade moderna, imprescindível compreender o significado de *sociedade* para Luhmann e suas principais características. Sociedade constitui um sistema, no qual há diferença entre sistema e meio; esse sistema é caracterizado pela *autorreferência* e pela *autopoiese*. A *comunicação* é o elemento constitutivo do corpo social, posto que é a partir dela que se estabelece uma rede de relações que vai aumentando em uma espiral evolutiva não teleológica, marcada pela observação e *redução de complexidade* do entorno do sistema.

A sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado sobre a base de uma *diferenciação funcional*. Com a aceleração da evolução industrial e tecnológica, assim como o crescimento dos organismos voltados para a administração social, a gestão econômica, política e cultural de alcance global, conduziu-se à criação de uma

sociedade complexa, caracterizada pela diferenciação funcional, expressada na crescente autonomia de sistemas parciais (ou subsistemas), com radical divisão do trabalho e especialização do conhecimento concomitantemente ao surgimento de novas formas de institucionalização para reduzir a complexidade do sistema social.

A teoria dos sistemas proposta por Luhmann rompe com os postulados clássicos da sociologia, ao reduzir a relevância do conceito de "ação" e de "sujeito". Nesse sentido, Niklas Luhmann aprimora a teoria de Talcott Parsons. Este apresenta uma interessante visão acerca do funcionalismo estrutural dos sistemas, ao apresentar o conceito de interpenetração entre os sistemas, ou seja, a interiorização dos objetos sociais e normas culturais pela personalidade do indivíduo. Com isso, Parsons estabelece a noção de abertura: para existir parâmetros de interação sistêmica (*outputs* do sistema), seriam necessários padrões de certeza oferecidos pelos demais subsistemas sociais (*inputs* do sistema). Contudo, a teoria dos sistemas abertos supera parcialmente o problema do postulado clássico (relação sujeito-objeto), pois o conhecimento do agir social foi considerado resultado de uma construção conceitual de um sujeito cognoscente, cuja "ação" teria um viés apenas heterorreferencial, o que Parsons denominou de *realismo analítico*. Luhmann suplanta a tradição humanista clássica de analisar a sociedade através do binômio sujeito-objeto e estabelece uma crítica radical à teoria do conhecimento, denominada de *construtivismo radical*. Luhmann substitui a noção de "ação" por "comunicação", admitindo, assim, tanto os processos heterorreferenciais como os autorreferenciais (GONÇALVES, 2013, p. 31-44).

Luhmann (2010, p. 250-269) faz a distinção entre dois sistemas: o social e o psíquico[11]. O sistema social é o macrossistema, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos que exclui o homem concreto. Expressam-se em organizações, interações e na sociedade. A relação de sentido que une as ações é comunicacional.

O sistema psíquico é orientado pelos pensamentos e consciência (e não pela comunicação), em que também ocorre a autopoiese, pois pensamentos reproduzem outros pensamentos. A relação de sentido que une as ações no sistema psíquico é "[...] organicamente fundamentada, através de ações reais e possíveis de um sujeito." (AMARAL, C. P., 2007, p. 89).

[11] A sociedade não é formada por pessoas ou de relações entre pessoas, mas exclusivamente constituída de *comunicação*. Assim, as pessoas estão no ambiente do sistema social, ou seja, é um subsistema, denominado de sistema psíquico. Saliente-se que há um único sistema social mundial. Isto porque, as sociedades são compostas por comunicação e não podem ser limitadas no espaço, levando em conta a tecnologia moderna, pode-se concluir pela ausência de fronteiras separando diversas sociedades.

Pode-se dizer que os sistemas[12] sociais são compostos de subsistemas de comunicação e a sociedade é o sistema social mais abrangente. Um sistema é definido pela fronteira entre ele mesmo e o ambiente (designado por Luhmann de *entorno*), separado de um exterior infinitamente complexo. O interior do sistema é uma zona de redução de complexidade: a *comunicação* no interior do sistema parcial opera selecionando apenas uma quantidade limitada de informação disponível no exterior. O critério pelo qual a informação é selecionada e processada é denominado de *sentido*. Por exemplo: no subsistema jurídico, a comunicação é a norma.

Cumpre detalhar alguns conceitos para melhor compreensão da teoria dos sistemas.

1.2.3.1 Aspectos relevantes do sistema luhmanniano: autopoiese, comunicação e diferenciação funcional

Para desenvolver sua teoria, Luhmann (2010) recorre ao conceito de autopoiese das ciências biológicas, graças aos estudos realizados pelos biólogos Humberto Maturana e Franciso Varela. Na sua origem, a teoria surgiu como tentativa de respostas para algumas perguntas da biologia e da filosofia para a vida. Os renomados biólogos argumentam que mesmo um organismo obtendo materiais externos para a produção de uma célula, esta só pode ser produzida dentro de um organismo vivo. Assim, o organismo vivo é capaz de produzir as suas próprias células. A produção de células é um trabalho realizado dentro do organismo por ele mesmo, processo que se denomina de *autopoiese*.

Essa teoria afirma que qualquer sistema vivo é composto por unidades e uma clausura organizacional radical, ou seja, a autonomia de cada organismo vivente biológico está numa unidade de sua própria organização *autorreferencial*, organização esta que vive através de *clausura operativa*, isto é, numa rede de processos de produção sistêmica.

Vislumbram-se dois sistemas: os vivos e os não-vivos. Os sistemas não-vivos são inaptos para autorreprodução e, portanto, não podem ser classificados como autopoiético. Dependem do ambiente para subsistirem. Assim, por exemplo, uma máquina que estraga não

[12] Sistema é um conjunto de elementos relacionados entre si em uma ordem unitária e coerente, onde o todo é mais do que a mera soma das partes. Na perspectiva luhmanniana, o sistema é um conjunto de elementos que se relacionam entre eles mesmos e com o ambiente, mutável que enfrenta um ambiente complexo. Os sistemas são compostos de *sistemas parciais ou funcionais*, também conhecidos como *subsistemas*. Os sistemas sociais diferenciados dentro de um sistema são designados como *subsistemas* e o sistema social mais amplo possível é a *sociedade*, na qual se diferenciam os subsistemas e recebe o nome de *sistema social global* ou *sociedade*. No desenvolvimento do trabalho as expressões *sistemas*, *subsistemas* e *sistemas parciais* serão utilizados como sinônimas.

é capaz de consertar-se sozinha, a partir de elementos internos. Precisa que uma pessoa queira consertá-la. E será essa pessoa, não o sistema, quem decidirá que peça irá repor para fazer com que a máquina volte a funcionar. O sistema vivo, ao contrário, é composto de operações vitais, que servem para manter o sistema em funcionamento (células, animais, corpo humano) e, portanto, seria autopoiético.

Percebe-se que Maturana e Varela justificam a validade da teoria autopoiética e explicam a compatibilidade entre a identidade e mudança, entre o fechamento e abertura no âmbito dos sistemas vivos (CALGARO; PEREIRA, 2010, p. 277 -278).

Luhmann (2010, p. 101-126), numa análise interdisciplinar, observou que a autopoiese pode existir não somente em organismos biológicos, vegetais ou animais, mas também em sistemas que operam com suporte nos sentidos. Então, o que distingue a autopoiese biológica da autopoiese social são basicamente os elementos que compõem o sistema. No caso da autopoiese biológica, os elementos sistêmicos são as células e os organismos vivos; e, no caso da autopoiese social, os elementos sistêmicos são os atos comunicativos.

Palavra de origem grega *auto* "próprio" e *poiesis*[13] "criação", "construção". O sistema será autopoiético quando reproduzir sua estrutura e todos os elementos que o compõem, num processo operacionalmente fechado, incluindo o último elemento não mais passível de decomposição que, no sistema social, é a comunicação. Vale lembrar que o sistema é formado apenas por elementos produzidos internamente. Só as estruturas internas do sistema podem delimitar o que existe dentro dele e o que é possível. Em outras palavras, autopoiese significa que cada sistema produz, somente a partir de si, seu pressuposto de cognição e suas operações (GONÇALVES, 2013, p. 65).

Na perspectiva luhmanniana, a sociedade seria um sistema *autorreferente* e *autopoiético* de todas as comunicações significativas[14]. Os elementos que a compõem são

[13] *Poiesis* na acepção aristotélica: ver primeiro tópico deste capítulo.

[14] Após Niklas Luhmann ter realizado a transposição da teoria da *autopoiesis* ao domínio das ciências sociais, Gunther Teubner apresenta uma dimensão jurídica da autopoiese. Para ele, a chave para o entendimento da autonomia do Direito é a relação de três níveis da auto-observação, da auto-constituição e da autorreprodução (LIRA, 2013, p. 119). Apesar de ambos os autores compartilharem do entendimento de que o sistema é autorreferente (operativamente encerrado) e auto-organizativo (autoestrutura e produz seu próprio ordenamento, utilizando a interação com os elementos do sistema para construir, estabilizar e alterar suas próprias de acordo com seus critérios), Teubner (1989, p. 53) admite a autopoiese parcial e compreende os subsistemas em graus, ao conceber o subsistema jurídico como "[...] um sistema autopoiético de segundo grau, automatizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoiético de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo." Isso quer dizer que a compreensão de Teubner é de que os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidades, realidade jurídica, constituem-se a si mesmo de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de

comunicações e não unidades orgânicas, como homens ou normas. A sociedade se diferencia de um *entorno* e é justamente o resultado da diferença entre o sistema social e seu entorno que constituirá o objeto da sociologia. O sistema constrói sua identidade e delimita seu sentido orientado pelo entorno. Neste estão todos os demais sistemas sociais e psíquicos.

Constantemente a sociedade busca reduzir a complexidade[15] de seu entorno, com o escopo de se manter em funcionamento. Isso é feito através de uma *diferenciação funcional*. Mediante esta, o sistema especializa suas respostas seletivas em conjuntos ordenados ao cumprimento de determinadas funções, isto é, ordena a *contingência* e as possibilidades do entorno em conjuntos de problemas funcionalmente equivalentes. Para executar as funções, os sistemas desenvolvem gradativamente *códigos* mediante os quais reconhecem e dão sentido às operações que lhes são próprias (LUHMANN, 2010, p. 53-55, 61, 133-137).

Com o desenvolvimento da sociedade moderna, surgem formas radicais de especificação funcional, responsável pela especialização de respostas comunicativas sobre o entorno social. Isso faz com que aumente a formação de diferentes *subsistemas sociais* (sistemas sociais parciais) para reduzir a complexidade do entorno e solucionar os problemas que se aglutinam ao redor de uma determinada função. Logo, quanto mais evoluída e complexa for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional.

Eis aqui uma característica marcante na teoria luhmanniana: o paradoxo. Enquanto a criação de subsistemas reduz a complexidade de seu entorno, ao mesmo tempo, aumenta a complexidade de sua própria estrutura. Assim é que a sociedade contemporânea é mais complexa que as anteriores e, por isso, mais eficiente em resolver problemas, pois somente através de uma estrutura complexa é possível reduzir a complexidade social.

Mediante a diferenciação funcional, a sociedade consegue aumentar sua capacidade de comunicação, ao diminuir a redundância e ordenar o seu entorno para o agrupamento de problemas que funcionalmente[16] se equivalem.

A *comunicação* é processo vital na teoria dos sistemas autopoiético, elemento central da funcionalidade do sistema. Toda e qualquer comunicação que possa existir é interna aos subsistemas sociais e, em última análise, à sociedade (sistema social global). O sistema social

---

meios. Logo, a teoria dos sistemas autopoiético oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito graças à conjugação dos seguintes elementos: autorreferência, paradoxo, indeterminação, estabilidade através de valores próprios.

[15] A redução de complexidade ocorre quando o sistema social desenvolve um modelo de reação padronizado, em razão dos diferentes elementos provenientes do ambiente. Todavia, a um mesmo estímulo provindo do ambiente, o sistema social poderá reagir diferentemente, a depender do estado em que se encontre.

[16] Para Luhmann, a dinâmica do sistema social é feita através das funções desempenhadas neles, muito mais que a interação dos indivíduos ou entre eles.

operacionalmente fechado não recebe informação do ambiente, mas devido a esse fechamento pode abrir-se ao ambiente para observá-lo sem por em risco sua própria identidade.

A comunicação é o elemento que viabiliza a interação entre os subsistemas no contexto do sistema social e está ligada aos grandes avanços tecnológicos (subsistema tecnológico), principalmente no campo da informação, de onde são emanados os principais influxos aos demais subsistemas. Essa interação entre os subsistemas (como por exemplo, econômico, político, social, jurídico, tecnológico, etc.), mantém o desenvolvimento do sistema social.

O homem é colocado fora dos sistemas, porém ele se aloca no entorno. Nesse ponto, Luhmann responde as críticas apontadas contra sua teoria, ao afirmar que o ser humano desempenha papel importante. Um sistema não pode existir sem o entorno, com isso o sujeito não resta menosprezado, pois os subsistemas sociais cumprem suas funções em prol do indivíduo, ao permitir seu desenvolvimento e possibilitar que conheça seu entorno. O entorno, por sua vez, tem sua relevância determinada pela infinidade de comunicações que possibilita para a sociedade (AMARAL, C. P., 2007, p. 93).

O sujeito não se perde no entorno do sistema, apenas modifica sua posição hierárquica que gozava na antiga teoria da sociedade clássica. Para Luhmann, ao considerar o ser humano como unidade concreta e orgânica, não será possível considerar o indivíduo como parte do sistema social. Isso porque cada homem possui uma identidade distinta, o que impede de compreendê-lo como elemento interno do sistema.

Diferentemente da teoria do agir comunicativo de Habermas, em Luhmann, a comunicação não se limita à ação comunicativa, uma vez que isso representaria reduzir o social a um ato individual, ao plano da consciência. Na realidade, não se exclui totalmente a ação, mas há sua decomposição em *seleção* e *ação*. Ao selecionar as ações, a comunicação possibilita a redução da complexidade do sistema, posto que limita as incontáveis opções a uma quantidade menor e determinada. Para poder conectar comunicações, o sistema as identifica mediante seleções de ações, quais sejam: a informação, objeto da comunicação; a expressão ou transmissão, modo de se comunicar; compreensão ou incompreensão, finalidade da comunicação (LUHMANN, 2010, p. 293-302).

Cada informação que permeia o entorno é traduzida em dados para o subsistema específico, a fim de viabilizar a construção de sentido. Por isso, os subsistemas atuam de forma independente e possuem um âmbito específico de comunicação direcionado por um código determinado. Cada subsistema se abre e se fecha para o entorno conforme seu

respectivo código. As aberturas e fechamentos operacionais consistem no funcionamento do subsistema a partir do código respectivo ao sistema: quando o subsistema se abre, mostra-se permeável à complexidade de seu entorno, em certo momento e sob determinadas condições, para em seguida fechar-se. Essa capacidade de abertura e fechamento, de interpenetrações recíprocas ocorre por meio do *acoplamento estrutural*[17] (LUHMANN, 2010, p. 128).

Outro conceito importante relativo à comunicação é a *complexidade*. Esta pode ser compreendida como a totalidade de eventos possíveis ligados ao homem. São as inúmeras funções do sistema social com muitas potencialidades, tendo cada parte do sistema inúmeras possibilidades. Dessa maneira, o indivíduo utiliza os subsistemas sociais para reduzir a complexidade, o que lhe permite atribuir significado aos acontecimentos.

Uma pequena alteração num subsistema pode produzir efeitos significativos em outros subsistemas, desde que essas mudanças tenham sido adequadamente codificadas pelo sistema que deve mudar. Em razão do acoplamento estrutural entre os subsistemas, a sociedade torna-se cada vez mais especializada e diferenciada, capaz de selecionar não apenas ações e informações, mas *expectativas de ações*.

Nesse ponto é que o referencial teórico luhmanniano começa a fornecer notáveis subsídios para a compreensão do risco. Sempre que o subsistema, frente à complexidade externa, gerar seleções, estas se traduzem em expectativas, que Luhmann denomina de *contingência*.

A contingência imbrica-se com a noção de complexidade. Para um problema determinado existirão múltiplas respostas possíveis, cuja escolha será contingente, ou seja, passível de erros, "frustrações". Nas palavras de Luhmann (2010, p. 316), "[...] contingência é algo que não é necessário nem impossível, algo que é (era ou será) assim como é, mas também pode ser diferente." Em outros termos, seria uma variedade de alternativas de ações pautadas pelo grau de liberdade de escolher entre elas. Esse livre arbítrio gera insegurança e incertezas para o observador do sistema e, consequentemente, o próprio sistema aumenta sua complexidade interna para responder às expectativas e irritações provocadas pelos relacionamentos de contingência dos outros sistemas.

A capacidade de os sistemas psíquicos selecionar e reduzir a complexidade internamente é mais limitada, pois o acoplamento de sistemas psíquicos diferentes se produz

[17] O acoplamento estrutural é o encaixe entre os entornos dos subsistemas. É a base que estimula a "irritação" entre os sistemas parciais. Quando o sistema produz "irritações" com o ambiente, ele está selecionando as diversas ações possíveis que estão à disposição no ambiente. Essas irritações provocam a comunicação. Assim, por exemplo, a conduta que gera uma reação no subsistema jurídico, ao produzir uma norma regulamentadora no subsistema social, o faz através do acoplamento estrutural.

em uma *dupla contingência*[18]. Na interação entre sujeitos não se pode criar a expectativa de uma resposta, pois o comportamento do outro indivíduo obedece às expectativas que se transformam conforme a subjetiva particularidade da situação vivida. Por isso, na relação entre homens há "[...] expectativas de expectativas, isto é, dupla contingência." (AMARAL, C. P., 2007, p. 97).

Para explicar a situação da dupla contingência, tanto na perspectiva dos sistemas psíquicos ou sociais, deve ser observada a relação entre *Alter* e *Ego.* Quando a mensagem de uma informação de *Ego* é compreendida por *Alter*, engata-se nova comunicação, pois aquilo que foi compreendido pode ser aceito ou recusado. Essa disposição múltipla de alternativas de ação torna o processo comunicativo incerto, que gera dupla expectativa (GONÇALVES, 2013, p. 67-69).

Cada subsistema aplica mecanismos de *adaptação*[19] diante dos novos eventos e da complexidade externa. É um ciclo autopoiético: as irritações produzidas no entorno é percebida pelo subsistema como problemas, inicia-se a adaptação do sistema às informações externas e, com a adaptação do sistema, este produz mais complexidade interna. Sempre que o subsistema reduz a complexidade do mundo e do entorno, simultaneamente, ele aumenta a complexidade interna.

Para conseguir êxito na adaptação, o sistema promove uma diferenciação de funções, divididas e estabelecidas conforme os subsistemas criados para o desempenho delas. Assim, os sistemas se relacionam tanto com o sistema social global, ao estabelecer as funções, quanto com os demais subsistemas através da troca de prestações, em relações reflexivas.

Luhmann (2010) afirma que a sociedade moderna é *funcionalmente diferenciada*, no sentido de que não há relação hierárquica entre os sistemas mais importantes (o político, o jurídico, o econômico, o científico, o educacional e o religioso), mas sim, diferentes naturezas, cujas diferentes funções determinam maior importância em cada época.

---

[18] Esse fenômeno não deve ser observado apenas na perspectiva dos sistemas psíquicos. A dupla contingência é também o fato de o sistema social operar normativamente de maneira fechada, mas ao mesmo tempo operar cognitivamente de maneira aberta, "[...] na qual a assimetria entre o sistema e o seu ambiente os força a uma recíproca adaptação e mudança." (LUHMANN, 2010, p. 317).

[19] Os mecanismos para adaptação são *variação*, *seleção* e *estabilização*. A variação se refere a uma variante qualquer que provoca uma nova seleção (a linguagem é a variante mais relevante). A seleção se dá através dos meios de comunica generalizados simbolicamente. A partir de variações, o sistema realiza suas seleções. A estabilização permite que o sistema se mantenha como uma identidade em equilíbrio dinâmico, num entorno complexo. É com a estabilização que o sistema passa a escolher, ao eleger uma resposta que designa como útil para as contingências e complexidades.

Referidos sistemas evoluem paralelamente, pois o aumento da complexidade de um sistema produz aumento de complexidade nos outros sistemas, na medida em que o sistema que evoluiu é ambiente para os demais.

A partir dos conceitos específicos das expressões da teoria de Niklas Luhmann, torna-se mais palatável a compreensão dos riscos para o autor.

1.2.3.2 Projeção sistêmica dos riscos

O risco é fruto das decisões individuais. Para Luhmann, a liberdade de escolha provoca no sujeito a busca por decisões que visem sempre a um melhor aproveitamento das oportunidades. Risco é produto da liberdade e do conhecimento moderno frente à contingência dos sistemas.

A diferença entre *risco* e *perigo* é obscurecida, pois em ambos reside o interesse por *segurança*, que se traduz na possibilidade se evitar o risco ou evitar o perigo. Contudo, a diferença é notável: risco é um elemento *sui generis* das sociedades funcionalmente diferenciadas, a ideia de risco implica que os danos futuros sejam vistos como consequência de uma decisão. O perigo se origina de decisões imputáveis a fatos externos, à sorte ou a intervenções não dependentes da vontade humana, portanto, elemento não integrante das sociedades modernas funcionalmente diferenciadas. A intervenção humana nas hipóteses de perigo se encaminha para a gestão do dano ou até mesmo para sua prevenção, mas não permite vincular causalmente o dano a uma decisão, o que impossibilita a atribuição de responsabilidade ao indivíduo (LUHMANN, 2006, p. 64-69).

Com tal distinção, Luhmann estabelece uma conclusão importante em relação aos danos: no caso de perigo, os danos são imputados ao entorno e, no caso de risco, os danos são imputados a eventuais decisões realizadas em contextos de contingência, compreendida esta decisão como forma de redução da complexidade resultante da interação dos sistemas.

Quanto à constituição de sua natureza, o risco possui caráter híbrido. Pode ser tanto objetivamente determinado, com a probabilidade quantificada e representada do acontecimento de um dano futuro, quanto subjetivamente definido, com a produção ontológica e cognitiva para gerir os riscos.

No panorama objetivo, o risco se reduz à determinação estatística das probabilidades do advento do prejuízo. É um critério de medição exato, que afasta qualquer valoração subjetiva e dispensa a ingerência indevida de variáveis psicológicas. O risco objetivo opera

através das regras de aprendizagem e das leis naturais, determinadas pelo subsistema científico e tecnológico (LUHMANN, 2006, 45-47).

No panorama subjetivo, os riscos são construídos pela percepção daquilo que os agentes têm deles. É um padrão de medida que não pode ser firmado com precisão, pois os riscos são provocados pelos subsistemas que operam menos com normas naturalísticas e mais com expectativas generalizadas, decidindo autorreferencialmente sobre eles. É o caso do direito, economia e política. São determinações de riscos necessariamente débeis no momento de se estimar, delimitar e aceitar o ato danoso. Leva em consideração o entorno social e a distribuição coletiva das ameaças e danos.

Por isso ele é híbrido, pois mesmo que o risco ingresse no subsistema sob a forma de informação exata, em termos de probabilidade veiculada pelo subsistema tecnológico, essa informação sofrerá processos decisórios autorreferenciais do respectivo subsistema, isto é, ficará submetida à ordem cognitiva diversa.

Ao inserir o risco na projeção sistêmica, ele adquire duas características essenciais: comunicação e autorreferencialidade. O risco existe apenas na sociedade na qual é construído, posto que em seu entorno ele é percebido somente de forma tênue, residual. Frente à natureza híbrida do risco, que provoca a imprevisibilidade das decisões e a impossibilidade de decidir de maneira integralmente racional, toda comunicação se converte em risco.

Luhmann faz uma interessante observação: a não-comunicação não protege o sistema da incidência do risco, posto que pode ser convertida em uma *omissão*, o que também não deixa de ser uma decisão. O risco de não se atentar para um dano futuro (omissão) ou o risco de ter-se decidido de maneira equivocada ou reprovável socialmente (ação) produzem a mesma irritação nos sistemas (AMARAL, C. P., 2007, p. 105).

Baseado nos critérios de comunicação, o risco pode ser entendido como o produto de uma seleção realizada numa sociedade contingente, orientada à redução da complexidade. Entendendo a complexidade como o conjunto dos possíveis estados e acontecimento de um sistema, depreende-se que o tratamento do risco somente pode ser assumido de forma autorreferencial por cada subsistema.

Cada subsistema adota soluções com distintos conteúdos e operações diversas frente ao risco, pois se veem impelidos de promover alguma estratégia de prevenção. Na sociedade moderna, a consciência do risco se desenvolve progressivamente: quanto mais se sabe, mais racionalmente se calcula o risco e, quanto mais complexo for esse cálculo, mais

diferenciações vinculadas ao risco podem ser feitas. Como consequência, surgem novos riscos e amplia-se a necessidade de prevenção.

O risco é um fenômeno de *contingência múltipla*, pois envolve tanto uma escolha racional, de atribuição cognitiva, como também uma escolha social, vinculada à comunicação e a elementos historicamente diferenciados. Por essa razão, o risco oferece diferentes perspectivas para os diversos subsistemas observadores, de maneira que seus efeitos são incertos.

A única certeza é que toda decisão inevitavelmente gerará um dano, independentemente do tipo ou momento em que ele ocorra. O dano futuro depende de uma decisão a ser tomada no presente. A partir do momento em que houve uma decisão, via comunicação (ação ou omissão) entre os sistemas, o risco restará configurado.

Nas palavras de Luhmann (2006, p. 74): "[...] não existe nenhuma conduta livre de risco." Disso, decorrem duas importantes consequências: a primeira é que a segurança absoluta nunca será atingida; a segunda é que os riscos são inevitáveis quando tomadas decisões.

Diante da inevitabilidade do risco, Luhmann substitui a dicotomia *risco-segurança* por *risco-perigo*. O conceito de segurança jamais pode ser completo, pois a imprevisibilidade é sempre iminente. A *segurança* é uma ficção social que surge como verdadeira válvula de escape no cálculo dos riscos, pois sempre existe alguma imprevisão que pode ocorrer ou uma expectativa que é frustrada. Esse é outro motivo pelo qual Luhmann não mistura os conceitos de risco e perigo.

Nesse contexto, a *prevenção* é um elemento que transita entre a decisão e o risco, razão pela qual pode ser praticada tanto para fazer frente ao perigo como diante do risco. A prevenção pode ser definida como "[...] uma preparação contra danos futuros não seguros, buscando desde logo que a probabilidade de que tenham lugar diminua, ou que as dimensões do dano se reduzam."[20] (LUHMANN, 2006, p. 75, tradução nossa).

As precauções podem ser tomadas tanto contra danos oriundos de decisões não próprias, isto é, de situações inseguras do cotidiano (perigos), como de decisões próprias (riscos). A prevenção influi na disposição do risco, de maneira que é sempre projetada para verificar que o curso do processo causal segue controlado. Por exemplo, as pessoas estão mais dispostas a participar de um processo cujo resultado é incerto quando existe a proteção legal

[20] *"[...] uma preparación contra daños futuros no seguros, buscando ya sea que la probabilidade de que tengan lugar disminuya, o que las dimensiones del dano se reduzcan."*

ou contratual de um seguro. É o caso dos bancos, que estão mais propensos a distribuir créditos àquele que possui uma melhor garantia para dar em troca.

Ao assimilar risco, segurança e prevenção, Luhmann (2006, p. 241-245) conclui que a autorreferencialidade do risco provoca um paradoxo: quando um sistema decide empreender ações de prevenção destinadas a diminuir o risco, através de medidas percebidas como eficazes para controlar possíveis danos futuros, nessa operação ingressam necessariamente distinções que envolvem risco. Mesmo que essas decisões não sejam adotadas, os danos podem aumentar e com isso incrementar o risco ao qual está exposto o sistema. Em síntese, a diminuição do risco num subsistema pode provocar o aumento do risco noutro subsistema.

Ao refutar a existência da segurança absoluta, Luhmann observa que há um mecanismo de redução da complexidade social que permite dar segurança presente a partir de planificações e orientações dirigidas ao futuro, fenômeno denominado de *confiança*.

A confiança é uma aposta que se faz no presente sobre o futuro e que se fundamenta no passado (LUHMANN, 1996, p. 20). Em outras palavras: uma pessoa pode confiar que outra cumprirá, no futuro, uma promessa feita no presente, a partir da análise das experiências que tenha tido no passado com essa mesma pessoa. Contudo, não existe certeza. Existe uma credibilidade baseada em expectativas criadas em situações pretéritas. A pessoa pode trair a confiança depositada nela e frustrar as expectativas, porém, mesmo assim, a depender da gravidade do descumprimento ou de razões justificáveis, a confiança não se abala e a situação pode ser revertida.

Inegavelmente, as expectativas frustradas geram desconfiança. Porém, a confiança pode transformar-se com maior facilidade em desconfiança, enquanto a desconfiança requer muito mais para transformar-se em confiança (LUHMANN, 1996, p. 123-133).

Com a confiança, não se obtém garantia absoluta capaz de assegurar a certeza plena, mas apenas se ampliam as possibilidades de redução temporal da complexidade. Isso significa que a confiança cumpre a função de *aumentar a potencialidade sistêmica* para o tratamento da complexidade social. Por intermédio da confiança, o sistema “ganha” tempo, isto é, prolonga-se o lapso temporal para construção de estruturas sistêmicas mais complexas.

Essa flexibilidade inerente à confiança é o que Luhmann designa de “incerteza tolerável” (GONÇALVES, 2013, p. 255), isto é, a confiança aumenta as possibilidades de ação no presente, orientando-se para um futuro que, ainda que permaneça incerto, se faz confiável.

Assim é que para promover a *estabilização das expectativas* deve se desenvolver a confiança (e não a segurança). É um instrumento de redução da complexidade justamente por superar a informação disponível e generalizar as expectativas de comportamento, substituindo a insuficiente informação por uma segurança internamente garantida ao subsistema (LUHMANN, 1996, p. 39-41).

A contribuição de Beck (2010), Giddens (1990) e Luhmann (2006), apesar de ser proposta sob pontos de vistas diferentes, converge no reconhecimento do risco como elemento inerente à sociedade contemporânea, principalmente a partir do incremento da globalização. Os três autores abandonam a discussão da modernidade versus pós-modernidade e admitem a reflexividade da sociedade de risco.

Destaca-se a tecnologia como elemento essencialmente participativo na criação dos riscos. O risco é um elemento caracterizado pela sua inevitabilidade e, portanto, necessita ser gerenciado ou adotar esquema de prevenção. A compreensão de que o risco é, ao mesmo tempo, inexorável e gerenciável permite e impulsiona a adoção de estratégias para sua contenção.

Diversos setores da sociedade desenvolvem planos de ação com o escopo de administrar o risco. O setor fundamental para promoção da segurança e supressão dos riscos é o Estado. Apesar dos três eminentes autores admitirem que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições de controle, é notável que a prevenção dos riscos jurídicos ainda está enraizada na confiança de uma atuação eficiente do ente estatal.

Contudo, antes de aprofundar o tema sobre o eficientismo estatal, cumpre apontar as imbricações da teoria luhmanniana com o direito penal, a partir do pensamento desenvolvido por Günther Jakobs. A pretensão não é exaurir o conteúdo imanente ao funcionalismo sistêmico do referido autor, mas apenas de visualizar a aplicabilidade das ideias de Luhmann pertinente à subjetividade, comunicação e confiança no sistema jurídico-penal, o que facilitará o entendimento de alguns pontos a serem abordados no decorrer do trabalho.

1.2.3.3 Günther Jakobs: subjetividade, comunicação e confiança sistêmica no direito penal

A partir das características apresentadas acerca da teoria sistêmica de Niklas Luhmann é possível estabelecer alguns pontos de convergência com o funcionalismo jurídico-penal de Günther Jakobs. Este autor traça uma compreensão transcendental normativista da

teoria do sistema e apresenta um inovador sistema dogmático jurídico-penal construído com fundamento na teoria sociológica de Luhmann.

Jakobs atribui ao direito uma função prevalentemente sistêmico-social, cuja norma seria fonte de *estabilização de expectativas* e *orientação de condutas*. Sua proposta, à semelhança de outros autores como Otto e Amelung, se baseia na superação simplista do conceito de bem jurídico, ao redefinir a sua compreensão e o seu papel político-criminal e dogmático: o direito penal não pode se circunscrever à mera tutela de bens jurídicos, antes terá de assumir a função simbólica de um ordenamento normativo preordenado à orientação da conduta e estabilização da confiança. A lesão de um bem jurídico terá de ser interpretada como um dano social (ANDRADE, 1991, p. 110).

Nessa perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs, o crime não se reduz a um mero ataque a bem jurídico. É um ataque ao bem-comum que possibilita a convivência no seio de uma sociedade organizada segundo o direito; em outros termos, um ataque à confiança que constitui o alicerce da sociedade. Logo, a confiança sistêmica constitui o referencial material do juízo da *danosidade social*, pois somente a confiança é fundamento convincente para assegurar o livre desenvolvimento das relações sociais.

Para Jakobs, a função da pena estatal é a prevenção geral positiva, de maneira que o direito penal se legitima no reconhecimento normativo. O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como *falha de comunicação*, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. O direito penal está orientado a garantir a identidade normativa e a constituição da sociedade. Com isso afirma que a aplicação de uma pena é uma confirmação da configuração da sociedade (AMARAL, C. P., 2007, p. 161).

Na esteira de Luhmann, Jakobs considera que o direito penal e a pena têm sentido do ponto de vista de *manutenção da ordem social*. Logo, o direito penal atua como um sistema específico para promover a estabilização social, a orientação de condutas e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas.

Seguindo as diretrizes de Luhmann, Jakobs traz o conceito de *dessubjetivação da pessoa*, ao ponderar que agente não é quem pode produzir ou impedir um evento, mas quem pode ser por ele responsabilizado. Para além de figurar como centro e fim do direito, a pessoa é, enquanto suporte do juízo de culpa, convertida num mero subsistema psíquico.

Assim é que sem uma sociedade em funcionamento, faltam condições empíricas da subjetividade, ou seja, um sujeito livre estará presente exatamente na medida em que haja comunicação entre os sistemas:

> [...] sem uma sociedade em funcionamento não há mais que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais. [...] em algum âmbito o sujeito deve entrar em sociedade, para pode delimitar-se e compreender-se como sujeito, pois uma subjetividade isolada é tão imaginável quanto outras coisas isoladas. (JAKOBS, 2003, p. 16-17).

No sistema jurídico prevalece a *comunicação instrumental*, ou seja, a psique do indivíduo ordena todo mundo exterior de acordo com o código com o qual ela opera. O sujeito existe apenas diante de uma funcionalidade, de maneira que "[...] para o indivíduo o mundo exterior não é mais que um gigantesco corpo que é organizado pela psique." (JAKOBS, 2003, p. 48).

Em síntese, o sujeito se concebe mediado pelo normativo, mais precisamente o correspondente complexo de normas (sistema jurídico) é que constitui critérios para definir o que se considera uma pessoa. Logo, a normatividade é o instrumento de comunicação entre o sistema jurídico e o sistema psíquico, de maneira que a cominação de pena é o que trará o restabelecimento da confiança sistêmica para o desenvolvimento social.

1.2.4 Eficientismo estatal: a busca pela promoção da segurança e pela redução dos riscos

O termo "eficiência" foi muito utilizado na evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Após a época em que foram afirmadas as garantias no Estado Liberal, sobreveio período em que se exigiram do Estado Social atividades eficientes para assegurar o bem comum nos planos social e econômico. Entretanto, com as práticas do neoliberalismo, alterou-se a concepção de "eficiência".

Como consequência do processo de modernização, o modelo político-econômico prevalecente na sociedade contemporânea é o denominado *neoliberal global*. Com o intuito de combater o Estado de bem-estar social e o Keynesianismo, já bastante desgastado e rejeitado pelas classes dominantes, o neoliberalismo surge como o novo paradigma que preceitua a liberdade econômica, o individualismo e a contenção da intervenção estatal.

A partir da segunda metade do século XX, Hayek, autor que desenvolveu a gênese do pensamento neoliberal, apresentou manifesto contra os Estados totalitários e contra

qualquer limitação estatal dos mecanismos de mercado. O conteúdo do texto consistia num forte ataque ao movimento dos proletariados, que representava um obstáculo ao sistema de acumulação. Com a Crise do Petróleo em 1973 e o Consenso de Washington em 1990, houve um recondicionamento das instituições financeiras globais, de maneira que o neoliberalismo se tornou uma prática global (MARCELLINO JUNIOR; ROSA, 2015, p. 14-16).

O resultado das condutas neoliberalistas é uma intensa implementação de políticas privatizantes e uma redução da máquina estatal. O Estado atua somente para preservar os interesses do mercado econômico. Nesse modelo, o mercado é mitificado, pois se trata de uma ficção que exerce papel simbólico estratégico no imaginário coletivo, ou seja, ele é um instrumento que legitima a racionalidade econômica (MARCELLINO JUNIOR; ROSA, 2015, p. 17).

O mercado representa o ambiente onde os *homo oeconomicus* se relacionam e interagem movidos por uma razão que os conduzem a buscar e maximizar seus interesses pela lógica do consumo. O mercado ideal é aquele que funciona sobre uma base competitiva, que "respeita" a individualidade de cada um e repele a ação estatal e o Estado Social.

Dois elementos marcam esse modelo político-econômico: o *eficientismo* ou *ação eficiente*, e a *aceleração do tempo*, sempre aliada à tecnologia. Apesar de o neoliberalismo suprimir a intervenção estatal nos assuntos de cunho econômico, político e social, inegavelmente o Estado ainda possui um papel relevante na manutenção das estruturas jurídicas, visto que tal via é fundamental para preservar os interesses do mercado globalizado. Assim, o eficientismo e a ação eficiente se refletem diretamente na realização da atividade estatal, principalmente no que tange à promoção de segurança pública[21].

A eficiência se tornou um parâmetro ético-instrumental também do Estado. Conforme Hayek, a eficiência dirige-se ao exame das metas administrativas preestabelecidas em normas derivadas das leis e dos contratos firmados. O princípio da eficiência desloca a racionalidade do Estado de material a uma racionalidade instrumental, adequada significativamente à economia globalizada importada da esfera privada, inserindo ao Estado objetivos e valores como custo-benefício e aumento de economicidade, antes exclusivamente buscada pelos economicistas (STOCK, 2005, p. 206).

[21] Destaca José de Faria da Costa (2006, p. 90) que a pós-modernidade se caracteriza pelo paradoxo do mote "menos Estado" com o mote "glória ao Estado punitivo". Vislumbra-se uma duplicidade de sentido nas práticas neoliberais, pois há incitação para suprimir o Estado social e o Estado interventor, mas também há estimulo para ampliar o Estado punitivo e o Estado securitário. "Abandonam-se as funções de Estado que nos interessam e exaltam-se aquelas que nos vão de feição."

Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 17-20) diferencia os vocábulos *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*. Eficiência é a ação, força, virtude, de produzir um efeito. A eficácia é qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, com a finalidade de fornecer um bom resultado. Efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança. Centra-se na qualidade do resultado.

Ao aplicar tais conceitos na atividade da administração pública, a eficiência é relativa ao bom uso dos meios ou recursos (financeiros, materiais ou humanos) disponíveis para se atingir um resultado. É a capacidade do meio gerar a produção de um resultado, através da otimização da relação meio-fim.

A eficácia prende-se ao atingimento de determinadas finalidades, isto é, observa se as ações do projeto público alcançaram o resultado previsto. Releva-se o efeito, não a ação. Por sua vez, eficiência e a eficácia são caminhos a serem percorridos na busca da efetividade, que é o "resultado verdadeiro" almejado pela administração pública. Esse resultado é analisado fora do âmbito interno e estrito de manifestação ou atuação do ente estatal.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2002, p. 692) aponta que a ação eficiente, utilizada como paradigma gerencial do Estado, provocou um verdadeiro giro epistemológico entre *meios* e *fins*, através da completa subversão da relação da causalidade pela relação de *meios*. A lógica da eficiência inadmite projetos finalísticos como a criação de políticas públicas para a concretização da justiça social, eis que defende a perspectiva da relação custo-benefício.

Outro ponto a ser destacado é a *aceleração*. O tempo ganha uma nova dimensão na sociedade moderna. A velocidade constitui um fenômeno próprio dos tempos atuais, de maneira que o Estado "eficiente" está ligado à ideia de um Estado "célere", que ofereça respostas instantâneas à sociedade. Por se ligar ao conceito de ação, a máquina estatal deve agir de modo rápido e preciso para produzir resultados que satisfaçam à população. Eficiência se contrapõe à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão (FERNANDES, A. S., 2008, p. 22-23).

Aceleração do tempo e o eficientismo são práticas estatais que também se inserem no contexto da atividade punitiva. Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 11) pontua que:

> Com a hipertrofia dos problemas sociais de cunhos penais, amplia-se a busca por uma maior eficiência na administração estatal nessa questão, intentando-se alcançar uma maior racionalidade do problema, por via da qual se obtenha o descongestionamento das instâncias formais responsáveis pelo seu controle. Consequência direta dessas influências foi o desenvolvimento de teorias eficientistas acerca da questão penal, as quais deixaram as suas marcas nos setores que dela se ocupam, mormente atuando nas reformas empreendidas nas estruturas dogmáticas, materiais e processuais.

Através do monopólio da administração punitiva, ao Estado é atribuída a competência para definição de crimes e sanções, bem como a exclusividade na persecução criminal. Esse objetivo foi traçado a fim de se difundir a ideia de que desse modo se atendia a uma necessidade de segurança para os cidadãos, os quais teriam a segurança de que apenas sofreriam a interferência do Estado na sua esfera privada quando houvesse a anterior previsão legal (crime) e a determinação do alcance dessa interferência (sanção).

Adequada significativamente à economia globalizada, a eficiência busca inserir na seara estatal objetivos e valores como custo-benefício e aumento da economicidade, antes exclusivamente buscados pelos economicistas. Logo, o processo penal também se adequa à lógica de mercado, ao conferir respostas imediatas aos conflitos, bem como reduzir os riscos de uma punição injusta.

Salienta Jesús-María Silva Sánchez (2004a, p. 2) que a eficiência do direito penal está conectada com a análise econômica do direito, através da utilização de técnicas como a análise custo/benefício na elaboração das políticas jurídicas e na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do direito ou a consideração de eficiência econômica como valor jurídico.

Nota-se que o eficientismo estatal possui uma bipotencialidade: ao mesmo tempo em que promove, ainda que simbolicamente, a segurança do cidadão com a criação de leis penais severas, também deve reduzir o risco de condenar alguém injustamente e proporcionar um processo penal amplamente democrático.

1.3 Conceito, natureza jurídica e finalidade do processo penal

Cleunice Pitombo (2003, p. 20) afirma que o processo penal é o instrumento (que se qualifica de técnico, público, ético e político) de fazer operar a jurisdição penal, por meio de procedimento determinado; assim, é meio para a consecução, ou distribuição de específica tutela jurisdicional justa. E salienta a autora: tutela jurisdicional justa só se obtém com a estrita observância, pelos juízes e tribunais, das normas constitucionais e ordinárias adequadas.

Diante das diferentes perspectivas teleológicas do processo no sistema jurídico-penal é possível compreender a dupla face do processo penal, o qual pode ser entendido tanto como instrumento adequado à realização da justiça penal, com o exercício estatal do *ius puniendi*,

como também, numa perspectiva garantista, meio de tutelar as liberdades jurídicas do cidadão (PITOMBO, 2003, p. 08).

Essa dicotomia se fundamenta na natureza jurídica do processo penal, ou seja, no que ele representa e constitui. Trata-se de averiguar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos (juiz, acusador e réu), a finalidade jurídica e a estrutura complexa que cerca o processo. Contudo, ao se examinar mais profundamente a natureza jurídica do processo penal, depreende-se que a citada "tutela jurisdicional justa" nem sempre é obtida.

Dentre as diversas teorias que buscaram explicar a natureza jurídica do processo penal, três se destacam. A primeira posição, defendida por Oskar Von Bülow, estabelece o rompimento do direito material com o direito processual e a consequente independência das relações jurídicas verificadas nessas duas dimensões. É o definitivo sepultamento das ideologias privatistas em torno do processo, as quais concebiam o processo como contrato ou acordo. Com a *teoria do processo como relação jurídica*, criada em 1868, Bülow inaugura o estudo acerca do conceito de partes, que representou uma evolução no conteúdo democrático-liberal do processo, num momento em que o processo penal era visto como simples intervenção estatal com fins de defesa social. Para Bülow, o processo é uma relação jurídica de natureza pública, que se estabelece entre as partes (Ministério Público e réu) e o juiz, através de uma reciprocidade de direitos e obrigações fundamentais na dinamicidade processual. Nessa concepção, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônomo e independente da relação de direito material (BÜLOW, 1964, p. 293).

A teoria de Bülow produziu sensíveis avanços no processo penal, principalmente porque o imputado deixou de ser mero objeto processual e tornou-se verdadeiro sujeito desta relação, com direitos subjetivos próprios e em condição de exigir a adequada prestação jurisdicional. Outra contribuição foi a teorização acerca dos pressupostos de existência e validade do processo, que seriam elementos essenciais para nascimento e desenvolvimento válido da demanda penal.

A segunda posição surge como uma crítica pontual sobre o posicionamento de Bülow, através da *teoria do processo como situação jurídica*, criada por James Goldschmidt (1935), o qual apontou que o erro de Bülow foi afirmar que no processo penal haveria uma efetiva relação jurídica isonômica entre as partes.

Para Goldschmidt, o direito é um produto cultural, partindo de uma dúplice natureza da norma jurídica, o que de fato remonta à teoria dos imperativos. Por um lado, a norma destina-se aos cidadãos, de outro, destina-se a orientar a decisão do magistrado.

O processo é uma atividade que tem por objetivo perseguir a formação da coisa julgada, ou seja, um conjunto de situações processuais pelas quais as partes caminham em direção a uma sentença definitiva favorável. Trata-se de uma concepção de processo que abandona a ideia de "segurança jurídica" das decisões judiciais e da certeza abstratamente considerada na realidade processual protagonizada pela teoria da relação jurídica. Há uma preocupação latente com o estado de incerteza trazido pelo processo, o que é usualmente visto na prática judiciária na possível busca pela verdade material. O conceito de situação jurídica é essencialmente processual (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 50-53).

Goldschmidt ataca os pressupostos da relação jurídica e, em seguida, nega a existência de direitos e obrigações processuais, ou seja, o próprio conteúdo da relação. Os pressupostos processuais não representam pressupostos do processo na medida em que deixam de condicionar o nascimento da relação jurídico-processual para serem concebidos como pressupostos da decisão sobre o mérito.

Roberto Delmanto Junior (2004, p. 31), compartilhando do mesmo ponto de vista de Goldschmidt, refuta a existência de relação jurídica no âmbito processual. No processo penal não só as partes em sentido processual, mas todos os sujeitos que assumem papéis na ação judiciária, o fazem em face de direitos, deveres e ônus que lhe são respectivamente outorgados, impostos e gravados, os quais jamais derivam de normas processuais. Logo, uma "relação" só pode ser denominada de "jurídica" se estiver regrada por disposições do direito material, ou seja, com o condão de gerar direito para uns, obrigações ou deveres correlatos para outros. Enfatiza Delmanto que nem mesmo pode ser admitido o conceito de *pretensão* e de *lide* no processo penal, pois inexiste a satisfação de um interesse próprio perante um interesse alheio e, portanto, não pode o Ministério Público exigir do acusado espontânea submissão a uma pena.

O processo é instrumento da prestação jurisdicional que se concretiza na ação judiciária: os direitos, ônus e deveres.

> Assim, a *relação processual* que se estabelece entre os sujeitos que assumem papéis na persecução penal é, na verdade, o resultado prático que desponta do efetivo exercício dos poderes, deveres e direitos dispostos em nossa Lei Maior ao tratar das relações entre o Estado e o cidadão, que se realiza por meio de ação judiciária, a qual, para ser legítima, deve respeitar os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Magna Carta, que impõem limites à atuação persecutória estatal (DELMANTO JUNIOR, 2004, p. 35, grifo do autor).

Ricardo Jacobsen Gloeckner (2015, p. 240-257) aprofunda o tema em debate e reforça as críticas à visão civilista refletidas no processo penal. Pontua ser inaplicável o

conceito de *ação* ao processo penal contemporâneo, pois ação pressupõe a satisfação de um direito subjetivo, ou seja, seria uma faculdade concedida pela ordem jurídica a uma pessoa que assim exteriorizaria sua vontade, dentro dos limites impostos, para a realização de qualquer atividade ou finalidade.

Gloeckner (2015, p. 255) repudia a categoria de *direito subjetivo de punir* do Estado, que seria então o objeto da relação jurídico-penal. O objeto do processo penal não é uma *pretensão punitiva*, uma vez que ao acusador não se lhe adjudica direito próprio, mas sim uma *satisfação jurídica de pretensões*, mais especificamente de uma pretensão acusatória. O autor elabora um conceito de "teoria da acusação" no lugar da "teoria da ação":

> A primeira lição que permitiria a inauguração de uma teoria da acusação consistiria na diferenciação em relação aos parâmetros civilísticos [...]. A ação penal compreenderia esta mera provocação da jurisdição mediante uma declaração petitória. O objeto do processo, que não se confunde com a ação (declaração petitória impulsionadora) possuiria assim um elemento objetivo (fato punível) e outro subjetivo (o acusado sobre quem recai a suspeita de um delito), inconfundível com o exercício do poder punitivo quando presentes os requisitos que autorizem a emissão, por parte do juiz, de um decreto condenatório.

Consigne-se, portanto, que o conceito de ação é intransponível ao processo penal. O Estado-acusação não exerce um direito; trata-se de um poder limitado e regulado, que gerará um dever judicial de exame. Ademais, no processo penal é inviável afirmar que o réu teria a possibilidade de exercer a "ação" no mesmo patamar do Ministério Público. O acusado é submetido ao processo, proveniente de uma acusação e não do exercício de um direito público subjetivo de exigir tutela jurisdicional. A acusação não exercita direito que lhe seja próprio, o que se permite aferir que o poder de acusar se assemelha muito mais a um direito potestativo.

Em associação às críticas estabelecidas acima, a teoria da situação jurídica abdica de uma montagem tradicional da dinâmica processual, pois ao contrário de direitos subjetivos, no processo existirão "chances processuais", as quais se aproveitadas poderão conduzir a uma expectativa de sentença favorável. Em caso negativo, a perda de uma chance processual poderá conduzir à perspectiva de uma decisão desfavorável. Por essa teoria, o encadeamento dos atos processuais é instável, pois se atrelam à carga probatória para o acusador e ao uso da técnica pela defesa para repudiar a prova e liberar-se de tal carga (GLOECKNER, 2010, p. 54-55).

Frise-se que o aproveitamento de uma chance nem sempre exige uma ação. O direito ao silêncio esboça a proteção a um interesse processual através da omissão. Isto é, determinados atos processuais devem ser praticados ou propositalmente omitidos para que se

consiga influenciar psiquicamente o juiz ou então, para que se possa livrar de uma carga que pairava sobre o sujeito. A dinâmica processual se dá sempre com vistas à sentença, como consequência de constante transformação e mutação de "cargas processuais".

Com isso, chega-se facilmente ao conceito de situação jurídica: "[...] estado de uma pessoa, no que diz respeito a seu direito, sob o ponto de vista da sentença judicial que se espera com a observância à lei." (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 50-53).

Os direitos processuais das partes ficam como que "suspensos" relativamente à decisão judicial, a depender do aproveitamento das chances e da liberação de cargas processuais. Estas surgem como verdadeira antítese em relação ao dever. Dá-se como uma necessidade de se evitar um prejuízo processual, que em última instância causará, ao final do processo, uma sentença desfavorável. A prática de um ato processual visa a evitar um prejuízo. Existe uma relação bastante estreita entre "cargas processuais" e "possibilidades". Isto porque cada possibilidade imporá à própria parte a carga de aproveitá-lo convenientemente, ao revés de perder a chance com a inexecução do ato ou até mesmo a sua prática de forma insatisfatória.

A concepção agonística de processo defendida por Goldschmidt permite o desenvolvimento de uma estrutura altamente receptiva ao princípio dispositivo, o qual prevê o dever de o juiz julgar conforme alegado e provado pelas partes. Através de uma concepção individualista e liberal do Estado, a vinculação a um processo de cunho dispositivo representa uma espécie de "[...] autogoverno democrático do cidadão livre e responsável pelas suas ações." (CALAMANDREI, 1951, p. 2). As partes são uma realidade viva do processo e não instrumentos para satisfazer o interesse público. Abandona-se a concepção paternalística e autoritária do Estado, extinguindo as práticas inquisitoriais através da utilização de poderes instrutórios *ex officio*.

Afeita a um regime dialético e agonístico, no qual as partes pretendem convencer o juiz de suas argumentações, a sentença representaria o reflexo das imagens recolhidas da situação processual. Para haver justiça não basta ter razão, mas é preciso fazê-la valer, isto é, conhecer e saber manobrar a técnica no curso das situações jurídicas. No processo não existe distinção entre ciência e técnica: a técnica é elemento da construção dogmática. Esta é a realidade do processo de tipo dispositivo. O sistema acusatório tem como uma de suas maiores vantagens garantir um espaço psíquico ao acusado (GLOECKNER, 2010, p. 83).

A crítica pelo viés da inércia e da falsa noção de segurança é o que torna genial a teoria do processo enquanto situação jurídica:

> Foi GOLDSHMIDT quem evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual. Essa dinâmica é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 69-70, grifo do autor).

Nessa perspectiva de "situação" (em movimento), o processo daria origem a "expectativas", "chances", "cargas" e "liberação de cargas" e o aproveitamento ou não dessas chances originaria o ônus ou bônus. Logo, as expectativas de uma sentença favorável irão depender normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas). Produzir uma prova adequada, refutar uma alegação, juntar documento no devido momento, recorrer adequadamente de uma decisão são exemplos de aproveitamento de uma chance.

Diante do princípio da presunção de inocência, a carga (atribuição) probatória está sob responsabilidade do órgão acusador, de forma a se afirmar que o processo penal vai além da noção de situação jurídica e pode ser compreendido como uma assunção de riscos, ou seja, à luz da epistemologia da incerteza que marca a atividade processual e o fato de a sentença ser uma ato de convencimento, a não produção de elementos de convicção para julgamento favorável ao interesse da acusação faz com que o réu acabe por potencializar o risco de uma demanda ser julgada improcedente. Não há carga para defesa, mas a prevalência constante do risco, razão pela qual coexistem as noções de carga para o acusador e risco para a defesa.

O âmbito processual é um contexto de imbricações instáveis de atos, de modo que não há juízos puramente seguros e certos, nem mesmo com o trânsito em julgado, pois a coisa julgada é uma construção técnica do direito. O direito material é um universo de entes irreais, construído à semelhança da racionalidade pura, enquanto que o universo do processo identifica-se com as realidades e concretizações.

Aury Lopes Junior (2014, p. 79) ratifica o papel fundamental de Goldschmidt na compreensão da natureza e finalidades do processo penal:

> O maior mérito do autor, infelizmente ainda a ser reconhecido, foi ter evidenciado o fracasso da unidade epistemológica do direito (processual), com a inserção de categorias sociológicas (expectativas, perspectivas, chances); a epistemologia da incerteza (e a imprevisibilidade do processo); a noção de fluidez, dinâmica e movimento; e ter denunciado o fracasso da teoria geral do processo (o erro da transmissão mecânica de categorias). Por fim, ao incorporar o risco (muito antes de

> BECK, GIDDENS e todos os sociólogos do risco!), evidencia a falácia da noção tradicional de “segurança jurídica” fomentada pela inércia da relação jurídica de BÜLOW.

Esse é o posicionamento teórico que incita a discussão do presente trabalho: a “verdade” perquirida e obtida através da persecução penal é consequência do seguro conjunto probatório ou do aproveitamento de chances para libertação das cargas processuais e diminuição dos riscos?

A terceira posição é proposta por Elio Fazzalari, a *teoria do processo como procedimento em contraditório,* pode ser considerada como um aprofundamento dos estudos propostos por James Goldschmidt. O autor supera a visão formalista-burocrática do procedimento ao resgatar a importância do contraditório na orientação dos atos procedimentais até o provimento final com a sentença. Acrescenta, ainda, que o contraditório é o núcleo imantador e legitimador do poder jurisdicional, possuindo duas dimensões: como direito à informação e à reação das partes ao promover a igualdade de tratamento e oportunidades. Fazzalari critica o ativismo judicial, ao admitir que esta é uma postura característica do sistema inquisitório e não do poder jurisdicional. Ao julgador compete somente manter a regularidade na produção dos significantes probatórios pelas partes. Não cabe ao magistrado legitimar a busca da verdade material para ser o protagonista do processo, proferindo prisões de ofício ou mesmo ter iniciativa probatória. No momento da instrução probatória, sua conduta deve ser imparcial, pois a essência do processo está na simétrica paridade de participação dos interessados, mais especificamente no papel das partes e do contraditório (LOPES JUNIOR, 2014, p. 84).

Esse modelo processual reside na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com as não menos necessárias funcionalidade e eficiência do sistema punitivo. Insustentável num regime constitucional fundado na regra do Estado Democrático de Direito, no qual prepondera a preocupação para com a tutela da dignidade da pessoa humana, a abdicação à regra do devido processo legal e dos princípios que lhe são correlatos, em especial o da *nula poena sine judicio* (FERNANDES, F. A., 2001, p. 66).

A principal crítica na posição de Fazzalari está na previsão idealística de paridade de participação dos interessados, como também defendido por Bülow. Oportuno dizer que a realidade processual penal não reforça essa isonomia de participação. Há uma verticalização na relação jurídica-processual entre acusação, defesa técnica e julgador, o que reforça o risco de uma decisão judicial equivocada.

A acepção de processo penal como “tutela jurisdicional justa” é assaz perniciosa. O referencial axiológico “justo” deve ser utilizado com cautela ao se elaborar seu conceito. Melhor seria conceituar processo penal como instrumento hábil para provocar a jurisdição penal através de procedimento específico, o qual é constituído por um conjunto de atos instáveis guiados à obtenção de um resultado jurisdicional.

O direito processual opera com construções técnicas artificiais e constantemente recorre a mitos como “segurança jurídica”, “verdade material”, “reversibilidade de medidas”. Em outros momentos, ousa correr atrás do tempo pedido, com a finalidade de acompanhar a velocidade da moderna sociedade. É o que se constata na antecipação de tutela, medidas cautelares, simplificação dos ritos procedimentais, etc.

Frente aos principais argumentos teóricos que explicam as “incertezas” que permeiam o processo penal, aufere-se que o risco é um elemento inerente à persecução criminal. A verdade a ser produzida na demanda penal está intrinsicamente relacionada à maior ou menor produção do risco decorrente dos atos processuais.

1.3.1 O risco no processo penal

A proposta de Beck (2010), Giddens (1990) e Luhmann (2006) não é apresentar uma abordagem estritamente jurídica. Contudo, a teoria do risco desenvolvida por tais pensadores guardam intrínsecas relações com o direito.

Por ser uma ciência de cunho social, ao direito são aplicáveis as características da sociedade de risco, especialmente ao sistema de justiça criminal. As incertezas da dinâmica processual permitem afirmar que o processo é uma atividade de risco, construída pelo uso da técnica e aproveitamento de oportunidades. Há, no processo, “situações jurídicas” que levam ao sucesso ou insucesso da demanda.

A modernidade é decididamente ambígua e permeada por paradoxos. O que não é diferente com o processo penal, pois se de um lado ele propõe a contenção do poder, através das garantias constitucionais, de outro legitima o discurso de persecução ao inimigo e se instrumentaliza com novos aparatos e epistemologia inquisitória, com a finalidade de proporcionar a ilusória “segurança jurídica” (KHALED JUNIOR, 2013, p. 234).

Na perspectiva da produção de provas, necessário desconstruir o mito da verdade material. A finalidade da atividade probatória consiste em formar a convicção do julgador sobre a existência de um fato punível e da participação de seu autor, com todas as

circunstâncias, tal como aconteceu na realidade histórica anteriormente ao processo. Em nenhum momento existe a certeza da autoria e materialidade arquitetada nos autos da demanda. A acusação e a defesa podem ser verdadeiras ou não; uma testemunha pode ou não dizer a verdade, assim como a decisão pode ser acertada ou injusta, o que evidencia sobremaneira o risco no processo. As instabilidades processuais nem sempre permitem formular juízos seguros acerca da culpabilidade do acusado.

A verdade no processo penal é uma construção de procedência humana que visa ao convencimento do julgador. E por ser a mente humana falível, a certeza que se obtém nos provimentos jurisdicionais não é absoluta. A busca pela verdade, eventualmente maquiada ou redimensionada como certeza, permanece apta a legitimar a atuação inquisitória do magistrado (KHALED JUNIOR, 2013, p. 394).

Vislumbram-se duas características do risco no tocante à construção da verdade: *procedência humana* e *percepção subjetiva do risco*. A atividade probatória é produzida majoritariamente com a participação humana: testemunhas, peritos, assistentes técnicos, vítimas, etc., e destinada a uma figura também humana, o juiz. Além disso, o fundamento da decisão condenatória ou absolutória consistirá no grau de persuasão subjetiva que o julgador depreender da racionalidade das provas apresentadas.

Na perspectiva luhmanniana, o risco é eminente na atividade jurisdicional, pois o procedimento se desenvolve a partir de decisões dos sujeitos processuais. A convicção do magistrado é por excelência uma ordem de incerteza. A sentença é um ato de confiança nas provas existentes no processo, pois o juiz irá construir sua história do fato criminoso ao eleger os significados que lhe parecerem válidos.

Inexorável, portanto, que “certeza” e “incerteza” vigorem no processo penal: o primeiro, numa dimensão subjetiva e o segundo, numa dimensão objetiva:

> [...] enquanto a certeza fortalece a crença nos poderes cognitivos do sujeito racional para apreender a essência do real, a incerteza expressa a dimensão de risco e produção de danos inerente ao processo penal; motivo pelo qual agrega mais um significativo elemento ao nosso propósito de rompimento com ambição de verdade processual. (KHALED JUNIOR, 2013, p. 402-403).

O próprio Estado, no plano legislativo, reconhece que o processo penal é um sistema que goza de imperfeições e refuta a ilusória concepção de verdade material. Dois institutos reforçam essa afirmação: a reparação do dano por erro judiciário ou por prisão indevida (art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal) e a revisão criminal (art. 621 a 630 do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1988, 1941).

Marisa Helena D´Arbo Alves de Freitas (2001, p. 48) considera que a assunção do risco das atividades estatais é uma consequência das finalidades exercidas pelas funções legislativa, executiva e jurisdicional. A responsabilidade do Estado fundamenta-se não apenas na obrigação de obediência às leis e aos deveres impostos pelo ordenamento jurídico; assenta-se em um princípio mais substancial de justiça distributiva, no sentido de que qualquer dano injustificado seja repartido equitativamente por todos os administrados.

Constitui-se em um instrumento de justiça social, indo, contudo, além de meio técnico-jurídico de composição patrimonial do conflito de interesses entre o ofendido e o ofensor, configurando uma forma de autolimitação jurídica do poder do Estado, consequente da progressiva juridicização da atividade estatal, corolário do Estado de Direito contemporâneo. Risco e solidariedade são suportes da teoria objetiva da responsabilização estatal, que conduz a uma situação ideal de justiça distributiva (FREITAS, 2001, p. 72, 88).

Nesse sentido, o Estado se responsabiliza tanto por danos oriundos da omissão, quanto da ação dos agentes públicos. Estes danos se revestem do caráter de antijuridicidade, diante da ilicitude da conduta. Se o agente público, devendo agir para impedir evento lesivo, omite-se, esta omissão resulta danos pelos quais o Estado deve responder e ressarcir o prejuízo injusto.

A responsabilidade objetiva do Estado, insculpida no artigo 37, §6º da Constituição Federal, apresenta duplo caráter, revelando-se, ao mesmo tempo, instrumento garantidor dos direitos dos indivíduos e limitador ou controlador da atuação estatal (FREITAS, 2001, p. 69).

Imbuído desse duplo caráter é que se garantiu constitucionalmente ao condenado o dever de o Estado indenizá-lo por erro judiciário. O Estado assume, expressamente, a responsabilidade pelo risco de dano provocado por uma decisão judicial que menospreze a verdade, ou seja, que agasalhe o falso e a mentira, resultando numa condenação indevida de um cidadão. Além da evidente garantia, a responsabilização do Estado nesse caso serve para limitar as possíveis arbitrariedades no exercício da função jurisdicional.

No mesmo sentido é o caso das prisões indevidas. A Constituição Federal obriga o Estado a indenizar a vítima de dano provocado por sua indevida atuação. Da mesma maneira que se legitima a atuação do Estado em benefício da sociedade através da utilização de prisões cautelares ou da aplicação de penas privativas de liberdade, com o escopo de promover a segurança pública, legitima-se também a garantia dos direitos que a ordem constitucional deferiu ao cidadão, tais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Luiz Antonio Soares Hentz (1996, p. 125-131) orienta que pouco importa se a prisão está ou não sedimentada numa sentença penal. A disciplina da reparação do dano pela prisão indevida é uma categoria autônoma, a qual se estende a todos os casos em que suceder privação de liberdade individual sem o amparo em condenação definitiva. Submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua ilicitude (ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ou de quem impõe sua vontade).

O legislador constituinte, ao promulgar o texto quis enfatizar a importância dos direitos e garantias básicos para o Estado brasileiro. Argumenta Hentz (1996, p. 127) acerca da possibilidade de indenização por prisão indevida no texto constitucional:

> O instituto principal, numa projeção ainda da dignidade da pessoa humana, proclamada como fundamento do Estado Democrático de Direito que se instaurava, pode ser visto como o soerguimento da pessoa humana à estatura de único e verdadeiro destinatário das ações estatais. Desse modo, da atuação do Estado não poderá advir à coletividade senão benefícios. E a prisão de alguém, sem correspondência com a condenação legítima emanada do órgão estatal com poderes para tanto, fere não só o direito abstratamente considerado, mas também 'in concreto' a esfera de direitos do cidadão protegidos constitucionalmente, como se dá com a liberdade.

O fundamento da indenização centra-se na assunção de responsabilidade a que o Estado adere por força da legislação constitucional. A proteção da coletividade justifica o risco da prisão indevida. Depreende-se que a concepção de risco tem conotação generalizada, pois imprescindível atentar para a ocorrência de dano *in concreto*. Retoma-se, aqui a ideia de justiça distributiva, pois a finalidade da reponsabilidade objetiva do Estado é partilhar entre toda a coletividade os encargos sofridos pelo particular e para que o lesado não sofra sozinho o dano causado pelo serviço público (HENTZ, 1996, p. 108-109).

Outro instituto que demonstra a imperfeição do sistema de provas e realça a noção de risco no processo penal é a revisão criminal, que é uma garantia constitucional, cujo fundamento consiste na defesa do condenado em face de sentença que aplicou erroneamente o direito ou apresentou deficiências na apreciação dos fatos. A revisão criminal é uma ação de impugnação para desconstituir sentença ou acórdão penal condenatório transitado em julgado que apresentar decisão contrária à lei ou à evidência dos autos, decisão fundada em provas falsas ou, ainda, quando houver novas provas que inocentem o condenado. Tal instrumento, de uso restrito à defesa, aguça ainda mais a ilusão da segurança jurídica. Se o próprio texto

legal prevê medida para desconstituir a coisa julgada, ainda que em caráter excepcional, não há como aceitar a existência de uma verdade plena e segura.

A coisa julgada é uma mera construção técnica do direito para formalizar o fim das possibilidades recursais. Hipoteticamente, o escopo seria o de conferir segurança jurídica à sentença penal, já que selaria a culpa ou a inocência do indivíduo. Todavia, a coisa julgada possui um fundamento essencialmente político: trata-se da necessidade de reconhecer que a sociedade acredita na justiça e na verdade expressa no julgado, confiando que a observância das fórmulas processuais e o respeito às garantias ínsitas ao devido processo legal têm o condão de minimizar ao máximo os erros judiciários, os quais, embora inevitáveis, representariam exceções (DELMANTO JUNIOR, 2004, p. 344).

Contudo, a peculiaridade da coisa julgada penal é que ela somente ostenta o absolutismo nos casos de decisão que profere a absolvição ou extinção de punibilidade. Este é o cenário denominado *coisa julgada material*: fica impedida a rediscussão, em outra ação judiciária, da matéria contida na decisão transitada em julgado.

Nas hipóteses de sentença penal condenatória, a coisa julgada é relativizada. Veda tão somente que determinada matéria seja novamente discutida no mesmo processo, porém, o conteúdo declaratório da sentença que julgou procedente a ação penal pode ser desconstituído por meio de ação de revisão criminal ou, excepcionalmente, através de *habeas corpus*. Figura-se aqui a *coisa julgada formal*.

A revisão criminal é a prova inequívoca de que o processo é uma atividade de risco. É a expressa assunção da fragilidade do poder punitivo e da desmistificação da verdade material (PITOMBO, 2003, p. 67).

Não há como sustentar o argumento de que a coisa julgada é garantia constitucional para manter a certeza e segurança de uma relação jurídica. Nesse sentido, afirma Roberto Delmanto Junior (2004, p. 345, grifo do autor):

> Constata-se, desse modo, que os referidos fundamentos da coisa julgada, consistentes na confiança no sistema judiciário e na exatidão de suas decisões são mitigados no âmbito penal, por questões éticas e políticas. Ao admitir a desconstituição da decisão condenatória transitada em julgado, por meio de ações de revisão criminal e de *habeas corpus*, o Estado, que não é onipotente e pode errar, reconhece as próprias limitações. Abordados os fundamentos jurídicos e político da coisa julgada, pode se afirmar com segurança que ela nada mais é do que um *fenômeno de natureza estritamente processual*.

Além da busca da verdade, constata-se que outros elementos do risco incidem no processo penal. Alicerçado na *teoria da situação jurídica*, Aury Lopes Junior (2006, p. 61)

aponta que a dinâmica do processo é um “estado de guerra”: durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios de súditos é estática, constitui um império intangível. Entretanto, quando há guerra, a composição do conflito ocorre através do uso das espadas, com aplicações de estratégias tanto por parte do Estado para cumprir seus interesses, como por parte dos acusados no uso de suas garantias constitucionais para não sucumbir ao poder punitivo. Os direitos convertem-se em expectativas, possibilidade e obrigações, e todo direito pode ser aniquilado como consequência do mau aproveitamento de uma oportunidade ou descuido de uma obrigação. A guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.

Nessa ótica contenciosa e estrategista, fica evidente o *caráter global dos riscos* no processo, pois não há uma exata dimensão e extensão do risco pelo mau uso da racionalidade técnica, que pode atingir tanto a acusação quanto à defesa. As nulidades e o reconhecimento da ilicitude das prova são bons exemplos para a compreensão do *efeito bumerangue*.

A forma que reveste os atos processuais constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir. Os participantes da dinâmica processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de se perder em providências inúteis ou desviadas do escopo da persecução penal. A decretação de nulidade implica na perda da atividade processual realizada e constitui uma sanção àquele que infringiu as regras procedimentais. O mesmo ocorre quando a prova viola normas legais ou garantias constitucionais, de natureza processual ou material. A prova ilícita será inadmitida e desentranhada do processo.

As nulidades e a inadmissibilidade da prova ilícita são sanções ao mau emprego da técnica processual. A parte que produzir provas ou atos contrários à lei, ao invés de aproveitar a chance de realizar um ato processual, poderá ter seus interesses prejudicados. Cite-se, como exemplo, as interceptações telefônicas. A ânsia de colher elementos de prova, ainda em sede cautelar, com o objetivo de flagrar alguma prática criminosa, coloca em risco o valor probatório da interceptação caso ela seja realizada em dissonância aos preceitos da Lei 9.296/96 (BRASIL, 1996b). Poderá ser reconhecida a ilicitude das provas e a contaminação das provas derivadas, o que poderá levar à improcedência da ação penal. Observe-se que risco do ato processual “volta” contra quem o produziu, “acompanhando a curva de um bumerangue”.

Calamandrei (1951, p. 6), na sua visão de “processo como um jogo”, pondera que as partes devem conhecer as regras do jogo e observar como elas funcionam na prática, eis que a atividade processual trabalha com a realidade. Ademais, as partes devem procurar entender as reações e resistências da parte contrária, pois o triunfo da justiça não depende somente da razão, mas de saber expor os motivos, encontrar quem entenda e queira fazer justiça. Há uma busca constante da convicção do magistrado, fazendo-o compreender a demanda.

Não existe um controle estático e seguro sobre o desempenho dos participantes do processo. As expectativas de uma sentença favorável dependerão da prática com êxito dos atos processuais realizados pela parte interessada. Diante do aproveitamento de uma “chance”, a parte pode liberar-se de uma “carga processual” e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não liberar-se, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva). A perspectiva de uma sentença desfavorável dependerá, em muitos casos, da não realização de um ato processual que resulte num prejuízo pela inércia. A justificativa está no princípio do dispositivo. A não liberação de uma carga leva à perspectiva de um prejuízo processual, sobretudo de uma sentença desfavorável, e depende sempre que a parte interessada não tenha se desincumbido de um ônus (carga) processual.

Uma prova pode ou não ser lícita; um ato processual pode ser válido ou inválido: isso dependerá, essencialmente, da forma com o que foi empreendida a técnica pelas partes no decorrer de cada ato processual. Ao se assumir que o sistema processual penal se insere num contexto de incertezas e relatividades, a resistência ao poder punitivo, com uso adequado das garantias constitucionais, pode ser um caminho viável para a redução dos riscos no processo. Resistência essa que deve ser efetiva, devendo o defensor se recusar a repetir fórmulas prontas do direito e a utilizar modelos e “pedidos padrão”. Inconcebível uma defesa meramente processual, que não opõe qualquer resistência ao sistema punitivo.

Imprescindível uma resistência efetiva, com a criação e o fomento de práticas defensivas contra o estado de dominação. Mesmo nas relações de poder, como é a relação processual, há necessariamente possibilidade de resistência.

Essa relutância deveria ser utilizada desde a fase inquisitiva, justamente para reequilibrar as “forças” entre o poder punitivo e o investigado. Na investigação pública atual, o acusado e seu defensor são meros espectadores, coadjuvantes, com participação tímida perante as autoridades policiais e ministeriais.

No mínimo, deveria haver um obrigatório acompanhamento defensivo durante as investigações, para evitar o perecimento de informações relevantes, que podem desaparecer com o tempo. Além disso, a participação compulsória da defesa técnica na fase inquisitiva poderia contribuir para evitar abusos durante o ato de interrogatório[22].

O sistema de garantias mínimas tem papel fundamental na redução dos riscos, não para resgatar a ilusão da segurança jurídica, mas para assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais. A grande barreira é efetivar isonomicamente as garantias, pois o processo penal apresenta uma situação verticalizante no acesso à justiça penal. Parca quantidade de acusados consegue se opor tecnicamente às arbitrariedades do poder punitivo, à padronização das decisões judiciais (muitas vezes, sem fundamentação), à massificação e mecanização dos procedimentos, etc. Essas práticas, que Giddens, Beck e Luhmann denominam de "reflexividade"[23], se não forem rechaçadas, reforçarão o risco no processo penal.

Ademais, imperioso enfatizar que a celeridade processual potencializa os riscos. Certas dinâmicas são incompatíveis com a aceleração que a velocidade está a exigir. Uma velocidade que, quando assumida no imaginário jurídico, provoca reflexos dramáticos nas práticas punitivistas. Para a efetividade do contraditório, há um imprescindível dispêndio de tempo e de recursos financeiros que nem sempre o Estado está disposto a assumir. É necessária a devida maturação para que a convicção guarde o mínimo possível de crença. Quando o processo cede às expectativas externas, ao clamor das exigências sociais para julgamentos ágeis, põe em risco o seu desfecho (KHALED JUNIOR, 2013, p. 444).

A aceleração processual é mecanismo utilizado para reduzir as complexidades estruturais da persecução criminal. Todavia, como bem ressaltou Luhmann em sua teoria sistêmica, essa momentânea redução de complexidade no subsistema processual penal pode gerar maior complexidade em outros subsistemas ou, o que é mais grave, pode resultar futuramente no aumento do risco interno do próprio processo e não atender satisfatoriamente as expectativas dos sujeitos processuais.

Ademais, dentro da percepção híbrida dos riscos de Luhmann, mesmo que o risco ingresse no subsistema processual penal através de uma informação exata (leia-se, norma),

---

[22] Recentemente houve avanço legislativo nesse sentido: a Lei 13.245/2016 (BRASIL, 2016a) alterou o disposto art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94 (BRASIL, 1994b), e passou a prever o direito do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, podendo inclusive apresentar razões e quesitos, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados.

[23] Destaca-se que o termo "reflexividade" foi aqui utilizado como sinônimo de desintegração das certezas, imprevisibilidade.

esta informação sofrerá processos decisórios autorreferenciais do respectivo subsistema. Isto é, a decisão de cada sujeito processual influenciará no curso da demanda.

Toda comunicação, seja ela comissiva ou omissiva, converte-se em um risco. Logo, por exemplo, se a acusação provoca indevidamente a jurisdição penal, sem provas suficientes, há o risco de resultar no insucesso da demanda. Da mesma maneira, se a defesa permanece inerte e se resigna aos abusos e ilegalidades, há o risco de gerar uma condenação equivocada.

O melhor uso da técnica é fator fundamental para decréscimo do risco na atividade processual. As habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual. O processo, instrumento de justiça, criado para dar razão ao mais justo, transforma-se num instrumento de habilidade técnica, criado para coroar o mais astuto (CALAMANDREI, 1951, p. 4).

Portanto, vigora no processo a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis às partes, pois são atividades de alto risco, envoltos na nuvem da incerteza. Nesse contexto de risco, incerteza e insegurança, o direito processual aparece como instrumento recuperador da segurança perdida e, especialmente o processo penal, assume a responsabilidade de fornecer respostas às novas demandas, aos novos riscos e, ao mesmo tempo, de promover com celeridade a justiça social.

Contudo, essa supervalorização do direito penal instrumental, como a panaceia para os males sociais, incapacita o sistema jurídico de perceber os limites de sua falibilidade. A partir da compreensão do risco na sociedade moderna, deduz-se que o processo penal não fica imune aos riscos. Dessa maneira, vislumbra-se o embate entre o eficientismo realizado pela administração penal, cujo objetivo é que o Estado puna com eficácia, e o respeito às garantias do processo penal.

1.3.2 Eficientismo e garantismo do processo penal

A eficiência do processo penal compreende os princípios da busca da verdade e da celeridade. Entretanto, esse não é um objeto de fácil alcance, pois a eficiência se desdobra na efetividade do processo penal e na eficácia dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a eficiência processual penal apenas poderia ser auferida quando respeitadas as garantias constitucionais.

A eficiência do processo penal é recorrentemente relacionada ao utilitarismo. A justiça criminal se deixa seduzir pelas prisões cautelares e pela imediatidade da punição, pois são medidas simbolicamente úteis para o bem-estar social. A visão utilitarista surge em razão da situação de confiança no magistério punitivo estatal, pela qual o Estado teria plena condição de prever, através do estabelecimento dos crimes e respectivas sanções, e resolver, mediante a persecução do delito cometido, todos os conflitos de natureza penal.

Ocorre uma atitude de transferência de responsabilidades, em que a sociedade transfere ao Estado a exclusiva legitimidade de compor os conflitos penais, numa espécie de expropriação do conflito pelo Estado. É um fenômeno que Gunhter Teubner denominou de *juridificação*, em que os conflito humanos são inteiramente despojados de sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico (FERNANDES, F. A., 2001, p. 93-94).

Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 829) afirma que o processo penal centra-se em três vetores: *garantia*, *funcionalidade* e *eficiência.* A integração político-criminal das formas de diversificação processual "reside na possibilidade de conciliar ao mesmo tempo as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade* e *eficiência* do Sistema Punitivo total".

A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado obstrui sua capacidade de dominar ou controlar a totalidade dos fenômenos da criminalidade. Além de não eficiente, o sistema jurídico-penal se revela não funcional:

> Enquanto voltada apenas para um maior *eficientismo*, não se valora nessa opção que a eficiência em termos judiciais não se limita a um critério quantitativo relacionado com o aumento da produtividade processual, mas deve ser analisado também qualitativamente, ou seja, quanto a evitar a ocorrência de consequências injustas e arbitrárias (garantismo) e, acrescente-se, quanto à própria *funcionalidade* do *Sistema Punitivo estatal.* (FERNANDES, F. A., 2001, p. 102, grifo do autor).

Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 24-26) adverte que a eficiência e a eficácia do processo penal dependerão da finalidade perseguida na demanda. Se a finalidade é assegurar a defesa ao acusado, a eficiência seria colocar à disposição dele todas as oportunidades de se defender; já a eficácia seria a resistência à pretensão acusatória para legitimar a decisão final e evitar o risco de condenações injustas. Caso a finalidade seja a apuração da verdade e punição dos autores da infração penal, a eficiência residiria na oportunização de meios para que esse objetivo seja atingido; quanto à eficácia, traduzir-se-ia na própria obtenção da condenação. Por derradeiro, caso a finalidade fosse a obtenção de um resultado justo legitimado pelo procedimento adequado, a eficiência seria equilibrar a posição das partes para que exerçam adequadamente os seus direitos e em respeito às garantias constitucionais que as protegem; a

eficácia consistiria na concreção e no respeito ao procedimento a permitir o equilíbrio de forças e oportunidades perseguidas.

A observância das garantias que integram o processo justo constitui o modelo padrão obrigatório a ser respeitado na definição do procedimento no plano abstrato e normativo. As garantias são concebidas como instrumentos de promoção e tutela dos direitos humanos no processo penal, no interesse do próprio processo, assim compreendido o acusado, a vítima, a coletividade, a atividade jurisdicional e o Estado. Tais garantias qualificam-se como parâmetros a nortear o relacionamento e a convivência entre os diversos interesses e, ao mesmo tempo, promover o resultado devido.

O problema se avulta na promoção da integração entre *eficiência* e *garantia*. Por um lado é preciso determinar se a eficácia tem capacidade de abrigar em seu seio tais garantias. Por outro lado, diante de sua impossibilidade, é preciso determinar a possibilidade de limitar a eficiência por outros princípios externos, o que corresponderia estabelecer a difícil relação de hierarquia entre a eficiência e essas garantias (SILVA SÁNCHEZ, 2004a, p. 55).

Silva Sánchez (2004a, p. 57-62) reflete ainda que o cálculo da relação custo/benefício na legitimação do direito penal apresenta dificuldades. Isso porque a questão central é saber se o cálculo de eficiência é suficientemente amplo para tutelar todos os princípios de garantia do sistema penal. Ademais, surge a questão prévia de determinar o que se entende por "custo" e "vantagens" e, em que medida o respeito aos direitos pode ser considerado "vantagem" e sua vulneração, "custo". Afirma o autor:

> Definitivamente, pois, conclui-se a existência de um conflito, cuja dimensão ainda está por determinar, entre eficiência econômica e direitos individuais. A questão central consiste em como resolvê-lo: em outras palavras, saber onde se encontra o limite normativo-valorativo das considerações de eficiência e como (a partir de quais premissas) ele pode ser determinado (SILVA SÁNCHEZ, 2004a, p. 66).

No atual contexto da persecução criminal, observa-se o avanço da ideia de flexibilização dos procedimentos, em que há uma referida supressão de direitos e garantias em detrimento de uma suposta eficiência probatória. O processo penal atual toma novas formas como consequência da insuficiência estatal em resolver a complexidade dos conflitos penais. A participação dos imputados visa a proporcionar mais funcionalidade ao sistema jurídico penal e a evitar o congestionamento processual.

1.4 A deformação do processo penal: a participação dos imputados na solução do conflito na criminalidade moderna

Na obra *A legitimação pelo procedimento*, Niklas Luhmann (1980, p. 37) pondera que o direito seria um instrumento de regulação de conflitos, através da satisfação e consolidação das expectativas sociais. O processo penal seria, portanto, o instrumento de satisfação das expectativas decorrentes da violação da norma (recomposição da ordem jurídica, satisfação do ofendido, etc...) legitimado pelo poder punitivo estatal.

O processo seria o sistema formal de solução de litígios que conduz os sujeitos envolvidos a aceitarem as decisões tomadas judicialmente como premissas vinculativas de sua ação futura. Na perspectiva de Luhmann, o processo não tem como escopo realizar o consenso. O procedimento jurídico seria um instrumento de regulação de conflitos assentado na disponibilidade para aceitar o resultado, a decisão final. A legitimação de uma resolução jurídica não se apoia na "verdade" ou na "justiça", mas impreterivelmente na formalização do processo (FERNANDES, F. A., 2001, p. 152).

Na reflexão de Luhmann (1980, p. 97-98):

> [...] a função do procedimento é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos. A força motriz do procedimento é, porém, a incerteza quanto aos resultados. Esta incerteza constitui a força impulsionadora do procedimento, o fator efetivo de legitimação.

Em sua análise formalista do processo, Luhmann afirma que a função do procedimento não é "impedir desilusões" dos particulares, de maneira que a decisão final é um aceite obrigatório. O procedimento não leva ao consenso efetivo, à harmonia coletiva de opiniões sobre a justiça e injustiça. Trata-se de um processo de reestruturação das expectativas jurídicas.

O processo é encarado como sistema de ação que tem a função de tornar as decisões judiciais aceitáveis pelos seus destinatários, isto é, converter as decisões em premissas vinculativas para ações futuras. A decisão judicial possui caráter prospectivo e sua finalidade é desenvolver um processo de aprendizagem no sistema social, independentemente se há concordância ou discordância de seus destinatários, se supriu ou não as suas expectativas. Por isso, o intuito do processo é pulverizar e absolver os conflitos (ANDRADE, 1988, p. 326-327).

A grande contribuição da teoria de Luhmann é que ela parte de uma substituição da dimensão axiológica do "jurídico" por uma "decisão generalizadora sobre a contingência", ou

seja, retira qualquer interferência axiológica no processo penal e analisa o procedimento a partir da epistemologia da incerteza (FERNANDES, F. A., 2001, p. 154).

Por outro lado, a crítica feita é que os conteúdos materiais não podem ser eliminados do processo, isto é, o processo não pode ser visto como um instrumento de legitimação desvinculado de seu conteúdo material. Luhmann parte da ideia de uma ’justiça processual pura”, em que a formalização do procedimento, em que o acusado teria a total possibilidade de se defender das imputações feitas pelo Estado punitivo. Ocorre que o processo criminal é exemplo de justiça processual imperfeita, pois o resultado nem sempre satisfaz as expectativas jurídicas.

O formalismo jurídico teria dupla função: a primeira seria simplificar o processo argumentativo no direito, já que geraria economia das informações e tornaria mais previsível a aplicação de normas. A ideia seria promover a simplificação das operações de aplicação e interpretação normativa. Em uma segunda acepção, o formalismo possibilitaria uma maior segurança jurídica ao adotar esse modelo, no sentido de planificar as condutas ao estabelecer previamente as consequências jurídicas que lhes advêm, ou seja, um conhecimento para orientar o agir. A segurança jurídica é a possibilidade de conhecimento que confere previsibilidade de comportamentos (CUNHA, 2012, p. 45-57).

Contudo, o que se observa hoje é justamente o efeito inverso. A eficiência da persecução criminal sofre constantemente com a flexibilização dos procedimentos. Há uma substituição do modelo de *juridificação* pela prática da *justiça penal negociada* (também conhecida como justiça penal colaborativa), com o escopo de que os sujeitos processuais participem ativamente na solução do conflito da criminalidade.

Existe uma grande dificuldade de o direito processual lidar com essa fragmentação. E exatamente sob esses dois elementos, *fragmentação* e *incerteza*, que se assenta a dinâmica do processo penal na modernidade. Isso porque, a busca por uma maior *eficiência* das práticas punitivas e repressivas pelo Estado, com a finalidade de proporcionar maior *funcionalidade* na administração da justiça na produção da verdade, gera a deformação do processo penal.

A transformação do conceito de eficiência num conceito jurídico-valorativo permitiu um avanço para promover novas formas procedimentais. Paulatinamente tem-se abandonado a antiga estrutura conflitiva de busca da verdade processual. Fica evidente a transposição do princípio da eficiência ao plano do processo penal, ao exigir, em nome da verdade substancial, as mais grosseiras e violentas relativizações dos direitos mais elementares (GLOECKNER, 2010, p. 414-416).

Baseada na política neoliberal do custo-benefício para o desenvolvimento das atividades e os fins colimados pelo Estado, a dinâmica processual penal tem sido alterada por novos “arranjos” procedimentais com o escopo de alcançar a eficiência punitiva. Se antes, a flexibilização do procedimento se restringia às infrações de menor potencial ofensivo, conforme se verifica nos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, hoje seu alcance se estende aos delitos de média gravidade, como bem se observa no instituo na suspensão condicional do processo. E a tendência é expandir ainda mais as possibilidades de abreviação do procedimento, principalmente através de práticas negociais, conforme se verifica nos projetos de lei para reforma do Código Penal (BRASIL, 1940) e de Processo Penal.

O propósito é reduzir a complexidade da persecução criminal e, consequentemente, conter os riscos de não se atingir as expectativas jurídicas. O instituto da delação premiada, qualificado pela comunicação do ato criminoso feito por réu (coautor, partícipe, acusado ou indiciado) que intencionalmente deseja colaborar na investigação ou até mesmo no processo e, em contraprestação, o Estado beneficia o delator com a redução, isenção ou substituição da pena privativa de liberdade, é um bom exemplo da deformação procedimental.

A nova forma dada à persecução criminal visa a atingir também a criminalidade grave. A prática de justiça negociada progressivamente se aplica aos procedimentos penais brasileiros, principalmente nos delitos de organização criminosa, em que as provas acerca da responsabilidade penal de cada agente são turvas e exigem investigações cautelosas.

Diante da complexa natureza de alguns delitos, o Estado penal flexibiliza seu ônus na busca da verdade dos fatos e o transfere ao (ou ao menos o divide com o) delator da dinâmica processual, transmitindo aos autores do delito a responsabilidade de trazer elementos de prova hábeis para elucidação das práticas criminosas. Desponta-se, assim, uma espécie de assunção da incapacidade do Estado em gerir a demanda da criminalidade atual. Consequentemente, há uma participação efetiva dos imputados na solução do conflito criminal, papel este que, ao longo da história, sempre foi de competência exclusiva e legítima do poder punitivo estatal.

CAPÍTULO 2 SISTEMA DE PROVAS E A FORMAÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito e finalidade da prova

Após contextualizar o cenário em que o sistema jurídico processual penal está inserido atualmente, cumpre aprofundar o estudo sobre prova. Tal estudo se justifica posto ser a atividade probatória centro vital do processo e elemento fundamental à decisão judicial.

Para a compreensão do instituto da delação premiada, que será esmiuçado no próximo capítulo, necessária a análise da dinâmica probatória. A partir da perspectiva do trinômio *fato*, *prova* e *decisão judicial*, insere-se a problemática da verdade, a qual é perquirida e obtida no transcorrer da persecução penal. Esse trinômio está ínsito à delação, o que revela oportuna a prévia assimilação sobre o sistema de provas e a formação da verdade no processo penal.

O vocábulo prova vem do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação e deriva do verbo *probare* (*probus*), que quer dizer bom, reto, honrado. Portanto, o que resulta provado pode ser considerado bom, correto, procedente. Prova pode ser definida, em seu sentido lato, como o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade (BADARÓ, 2003, p. 156-157).

O conceito de prova é noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos. Do ponto de vista das ciências jurídicas, o vocábulo prova possui diferentes conotações. Pode ser utilizado como sinônimo de meio de prova em si mesmo, cujo significado subsume-se a instrumentos de que serve o magistrado para conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, tais como prova testemunhal, documental, pericial, etc.

Pode também representar o espaço em que se alude à produção da prova, visto como o procedimento por meio do qual os instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo. Nesse sentido, prova se identifica como elemento inerente à atividade probatória, mais especificamente como a produção dos meios e atos praticados no processo com o objetivo de convencer o juiz sobre a veracidade ou falsidade de uma alegação sobre um fato. É a ação de provar o conjunto de atos praticados pelas partes e pelo juiz para verificação da veracidade de uma afirmação de fato.

De outra parte, prova pode dar ideia de atividade lógica, celebrada pelo juiz através de sua percepção e dedução para o conhecimento dos fatos e, também, o resultado dessa atividade lógica do conhecimento. Nesse sentido, prova seria a convicção sobre os fatos alegados em juízo e seu sentido estaria relacionado com a carga de convencimento gerada dentro do processo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 56) afirma que prova pode ser analisada sob dois aspectos: o primeiro, a prova é um instrumento *estático*, ou seja, meio decisivo ou relevante para a certeza de um fato. Constitui figura diretamente vinculada ao direito material, que tende à formalização das relações jurídicas. O segundo aspecto, prova é um instrumento *dinâmico*, compreendida como "[...] efetiva verificação de um fato no processo."

No que tange ao objeto da prova, Gustavo Badaró (2003, p. 159) afirma que ele constitui sempre a "alegação de um fato" e não um "fato em si mesmo", pois este último denota acontecimento que tem existência no mundo real e, portanto, não comporta adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso, simplesmente existe. Já os fatos debatidos no processo são enunciações de um fato e não o próprio fato. São fatos frutos da percepção, conceito, opinião ou juízo a respeito de um objeto. Assim o que se prova são alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa, valorações proferidas pelas partes processuais.

Antônio Alberto Machado (2007, p. 620) observa que prova pode ser qualquer elemento de convicção acerca dos fatos que se pretende demonstrar em juízo. Logo, poderão ser objeto de prova tanto os fatos que constituem o núcleo da pretensão punitiva, quanto aqueles que integram o núcleo da pretensão de liberdade do réu. Integram o núcleo das pretensões deduzidas pelas partes: o próprio fato típico constante na denúncia ou queixa-crime, as circunstâncias penalmente relevantes desse fato, a autoria dele e de todos os demais fatos e circunstâncias alegados pela acusação ou pela defesa que estejam de alguma forma relacionados às pretensões nucleares das partes.

A finalidade ou função da prova possui diferentes concepções. Salah Khaled Junior (2013, p. 370) dividiu o sentido da atividade probatória em quatro conceitos: o primeiro segue a orientação material e sustenta que a função da prova é demonstrar objetivamente a verdade no processo. A prova se propõe a demonstrar a existência ou inexistência de um fato, sustentada pelo modelo da verdade real, material e substancial. Mittermaier, Vicenzo Manzini e Jeremías Bentham defendem que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato

pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência (TARUFFO, 2005, p. 84-87).

O segundo conceito segue a orientação formal, conforme a qual a atividade probatória deve configurar-se como mecanismo de fixação formal dos fatos alegados no processo. Somente com a utilização de determinados procedimentos legais que permitem controlar as alegações das partes é que seria possível a realização das provas. Francesco Carnelutti, adepto desse conceito, indiscutivelmente melhora a concepção objetiva de provas ao refutar a certeza da ocorrência dos fatos e, consequentemente, retirar este pesado fardo inerente à atividade probatória (PITOMBO, 2003, p. 98).

Entretanto, o seu conteúdo meramente instrumental (formal) permite afirmar que a atividade probatória não guardaria relação significativa com o passado. As provas produzidas seriam frutos de uma decisão judicial, apesar da existência de um fundo regrado. Aceitar essa posição seria considerar que o magistrado está livre para decidir conforme sua conveniência, ainda que com respeito à norma jurídica processual, porém sem necessidade de haver referência probatória concreta ao evento sobre o qual ele deve julgar.

Seguindo essa linha crítica aos dois primeiros conceitos, surge a terceira posição que dissolve os conceitos de prova e verdade no âmbito argumentativo. Nessa concepção semiótica ou narrativa não se ignora que o juiz seja o destinatário da prova, mas a atividade probatória é reduzida a um jogo retórico, em que prevalece a sedução argumentativa.

Prova serviria como elemento de persuasão para que cada uma das partes procure convencer o juiz da sua verdade. A função da prova não é *cognitiva*, mas sim *argumentativa*. Lembra Badaró (2003, p. 161) que em hebraico, “verdade” é *emunah* e significa “confiança”. Nesse sentido, a verdade é alcançada pelo argumento mais confiável apresentado pelos agentes da comunicação.

A quarta posição concebe a atividade probatória como aquela que visa ao convencimento psicológico do julgador a respeito da veracidade ou falsidade dos fatos. O magistrado, por sua vez, irá transpor essa convicção narrativa na sentença. A prova será consequência do ato ou de uma série de atos processuais pelos quais se almeja obter o convencimento do juiz ou Tribunal sobre a existência ou inexistência dos dados lógicos que devem ser tidos em conta no processo.

Para essa corrente, provar é convencer o juiz de que um dado elemento introduzido no processo por uma das partes (uma evidência) é efetivamente um rastro, um conector analógico com o evento que pertence a um tempo escoado (KHALED JUNIOR, 2013, p. 388).

Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 90) também partilha desse entendimento e acrescenta que além de levar o conhecimento dos fatos ao magistrado e formar o seu convencimento, a atividade probatória possui a função de legitimar as decisões judiciais, pois "[...] fixa os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social." Observa o autor que:

> [...] a difundida afirmação segundo a qual a função da prova é a de estabelecer a verdade dos fatos, antes de representar uma conclusão fundada na natureza dos procedimentos probatórios, configura uma vinculação de caráter persuasivo, através da qual a confusão entre elementos descritivos e emotivos é empregada com o fim de obter a adesão a certo ponto de vista, no caso a ideia de que as decisões judiciais, fundadas que são em provas, são verdadeiras, e por isso, justas. (GOMES FILHO, 1997, p. 43).

Existem ainda as teorias niilistas de prova, que negam a possibilidade do conhecimento verdadeiro dos fatos e, consequentemente, declinam a existência funcional das provas. A atividade probatória serviria somente para "[...] dar aparência de legitimação racional a um conjunto de mecanismos teatrais cuja função é dissimular a realidade irracional e injusta da decisão judicial." (BADARÓ, 2003, p. 161).

Contudo, partindo da premissa de que é possível atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos, é consenso entre grande parte da doutrina que prova assume a função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos que se possa definir como verdadeira. Não se discute aqui o acertamento judicial em relação à produção da verdade absoluta ou à certeza incontestável de uma realidade fática, mas tão somente de uma escolha racional a partir de elementos debatidos no processo.

A prova possui maior amplitude do que ser ferramenta legitimadora da decisão judicial. Isso porque existem decisões homologatórias, como a conciliação e a transação penal, que pouco se vinculam à atividade probatória, mas que nem por isso retiram a legitimidade das decisões. Melhor seria concluir que a finalidade da prova é ensejar a decisão judicial mais justa possível. A justiça das decisões estaria condicionada à reconstrução dos fatos por meio de prova legalmente obtida e a sua valoração racional feita pelo julgador (PITOMBO, 2003, p. 102, 106).

Cleunice Pitombo (2003, p. 97) adverte que a tutela penal da prova possui duplo enfoque: de um lado mostra-se como exigência da administração da justiça e, de outro, permite a reconstrução do fato para alçar a verdade possível. A maioria da doutrina trata das provas apenas no sentido processual cognitivo, olvidando-se que prova possui uma função externa à persecução penal, voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.

A importância da atividade probatória é pertinente tanto em relação à própria eficácia dos direitos materiais, pois de nada adianta ter um direito e não poder prová-lo; quanto em razão de que a prova se apresenta como um necessário e adequado instrumento através do qual o juiz entra em contato com a realidade dos fatos. A prova aparece, assim, como elemento fundamental do processo, de maneira que sem prova não há sequer processo (ESTRAMPES, 1997, p. 19).

Contudo, não se pode concordar com essa visão absolutista que supervaloriza a atividade probatória. Há evidente exagero em tal afirmação, pois se de fato o processo girasse somente em torno da prova, inexistiria limite à instrução probatória.

No decorrer da produção probatória, o juiz estará condicionado por dois limites: a apuração apenas dos fatos que constituem a pretensão das partes ou que de alguma forma estejam relacionados a essa pretensão; e utilização de meios legais que não venham a desequilibrar a paridade de tratamento e de armas que se deve dispensar às partes no processo, nem ferir direitos fundamentais dos indivíduos eventualmente atingidos pela forma como a prova será produzida no processo (MACHADO, A. A., 2007, p. 619).

Esses limites impostos à atividade probatória levam à dedução de que a prova é um direito, vinculado tanto ao direito de ação quanto ao direito de defesa. Apresenta-se como um direito subjetivo público ou cívico, em que fica assegurada a oportunidade de desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações. Trata-se de um direito condicionado à garantia do devido processo legal.

A abrangência do direito à prova compreende tanto a propositura, quanto a realização e até mesmo a avaliação dela pelas partes. Estas têm a prerrogativa de requerer a realização de quaisquer espécies de provas, desde que não proibidas pela lei; têm o direito de participação na produção das provas no âmbito processual e têm ainda a possibilidade de avaliá-las para acatar, impugnar ou realizar contraprovas no momento adequado e pelos meios próprios dentro do processo.

O direito à prova engloba diversos outros direitos processuais: o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito sobre o meio de prova, ou seja, de participação das partes na realização das provas; o direito à avaliação da prova (GOMES FILHO, 1997, p. 84-89).

A prova é também um direito subjetivo do acusado, ou seja, uma faculdade que decorre também do princípio da ampla defesa e do contraditório, consagrados em norma constitucional. Reconhece-se, portanto, o direito de o acusado produzir provas em seu próprio benefício, pois a alegação da defesa sem provas poderá ser ineficaz. Elevar o direito à prova a uma garantia constitucional implica considerá-lo também um direito de natureza material.

A presença das partes é condição de observância do contraditório. Não se trata de impor à parte a obrigatoriedade de sua presença em todo ato de qualquer tipo de processo, mas de colocá-la em condições de participar, mesmo quando se trate de provas colhidas de ofício pelo juiz. O acusado pode se ausentar dos atos, mas se impõe a presença do defensor sempre (FERNANDES, A. S., 2010, p. 73-75).

Apresentadas as considerações iniciais sobre conceito e sentido da atividade probatória no processo penal, oportuno estender a discussão no âmbito da valoração das provas.

2.2 Valoração das provas

A instrução probatória no processo penal perpassa por quatro momentos: requerimento, deferimento, produção e valoração. Após ser devidamente judicializada e atingir o ápice da sua maturação processual, as provas são disponibilizadas ao julgador (ou julgadores, nos casos de competência do tribunal do júri ou de julgamentos pelo colegiado) para que aprecie as informações colhidas.

As provas constituem um conjunto complexo de informações, cuja aptidão para servir de fundamento à conclusão final deve ser aferida pelas concordâncias que delas possa resultar. Pouco valor possui um único elemento probatório, pois somente através da seleção, da crítica, da aceitação ou da rejeição do material produzido será possível extrair uma convicção a respeito dos fatos investigados.

A convicção formada diante dos dados objetivos resultantes dos procedimentos probatórios podem se transformar, ou não, numa crença sobre a veracidade ou falsidade das proposições de fato afirmadas pelas partes.

Aury Lopes Junior (2006, p. 283-285, 2014, p. 551-552) destaca, inclusive, que a valoração probatória é um ato de fé: os locutores pretendem ser acreditados e tudo o que dizem tem valor enquanto os destinatários crerem. Os resultados dependem de variáveis relacionadas aos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar. As provas desempenham

uma função de ritual de recognição dentro do processo penal. Servem essencialmente para dar maior credibilidade (fé) para quem julga e fornecer maiores motivos para a sentença penal.

Alexandre Morais da Rosa (2004, p. 329, 341) faz uma abordagem interessante sobre a decisão penal a partir das relações de inferências dedutivas e indutivas na construção probatória dos *significantes*[24] no processo penal.

Adverte o autor que a "indução ingênua" e as "generalizações causais" de significantes produzidas pela acusação (como, por exemplo, a presunção "quem está com o produto do furto, presume ser o ladrão") podem mascarar a conclusão das premissas. Em face dos significantes probatórios lançados diante da pretensão de verdade contida na acusação, o julgador poderá verificar a ocorrência ou não da hipótese acusatória. Este é o momento da inferência dedutiva: a partir da conduta comprovada *indutiva* e *democraticamente*, conforme as regras do jogo pode-se proceder à verificação de sua pertinência *dedutiva*, com as *manhas* e *redefinições* próprias. A dedução probatória é uma convicção do julgador, momento em que valora as informações contidas no processo e expõe sua subjetividade na decisão.

A valoração dos significantes probatórios é consequência de um conjunto de operações intelectuais que têm por finalidade conhecer o mérito da convicção que pode resultar das provas trazidas ao processo.

As provas são a verificação de uma realidade explicada. Os fatos típicos examinados no processo são apreciados pelo julgador em razão da sua *credibilidade* e não de sua *possibilidade*. Esta é uma determinação exclusivamente ontológica, que ocupa a categoria do "ser em si mesmo" e não do ser enquanto objeto de conhecimento. Do ponto de vista do conhecimento do ser é inexato falar de *possibilidade*, mas sim em *credibilidade*, para pôr em relevo a natureza subjetiva daquilo que se quer indicar (MALATESTA, 2001, p. 71).

O que se prova não é o fato real, mas a ideia que se tem dele. Em juízo criminal somente pode ser entendida como prova aquilo que leva a consciência humana a uma preponderância de razões afirmativas para crer na realidade advinda do processo, ou seja, o triunfo das razões afirmativas para crer na realidade do fato.

Para Malatesta (2001, p. 90), a prova é a relação concreta entre a verdade objetiva e a certeza subjetiva. A certeza encontra sua resposta na convicção racional. Provar é apenas a

[24] Significantes são as informações produzidas no processo. É do encadeamento dos significantes, ou seja, da forma como serão dispostos os significantes que se poderá verificar a legitimidade (democrática) da decisão. Alterando-se a disposição, a relação, os sentidos migram. O princípio escolhido para o estabelecimento da cadeia de significantes altera o resultado. A decisão judicial sempre terá a pitada pessoal, ainda que vinculada às pretensões de validade, já que o julgador (*bricoler*) sempre coloca nela alguma coisa de si (ROSA, 2015, p. 137-138).

irradiação da verdade na consciência e o resultado da eficácia persuasiva gerada no espírito humano.

Compreendido que a convicção é o elemento fundante na valoração das provas, necessária a apresentação dos três mais importantes sistemas de valoração de provas.

No sistema das *provas legais*, o valor de cada prova decorre de regras gerais prévias e abstratas. É um sistema de valoração hierarquizada da prova através de uma "tarifa probatória" ou "tabela de valoração das provas". Cada prova possui um valor específico previamente normatizado, totalmente despreocupado com a particularidade do caso concreto: a confissão é considerada prova absoluta, o depoimento de testemunha isolada não tem valor, etc.

A função do julgador nesse sistema é de mera constatação da existência das informações probatórias e, em seguida, de dedução de seu valor para a decisão, sempre apoiado em parâmetros antecipadamente fixados pelo legislador.

É um método de pouca aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de o atual Código de Processo Penal ainda guardar resquícios do sistema de provas legais. O art. 158 exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direito ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. É uma prova taxativa, que não dispensa a obrigatoriedade de sua realização[25].

Superado o sistema de provas legais, a valoração passa a constituir uma atividade probatória do sujeito ao qual a lei atribui a função de decidir sobre os fatos, seja juiz, jurado ou tribunal. Há um abandono dos métodos inquisitivos ligados ao sistema de provas legais e um enaltecimento do sistema anglo-americano de natureza acusatória. É esse o sistema do *livre convencimento*, cujo critério é a íntima convicção. A tarefa de apreciar as provas investe o agente de amplos poderes de crítica e seleção do material probatório, para dele extrair o seu julgamento sobre os fatos.

Embora a convicção seja função inerente ao julgador, o sistema do *livre convencimento* revela um estímulo à participação das partes, posto que possibilita à acusação e à defesa o direito de introduzir informações e materiais probatórios relevantes ao processo, além oferecer alegações destinadas a influenciar o convencimento do julgador. As partes passam a ter ampla interferência no julgamento do processo. Representa a valoração não somente a fase conclusiva do procedimento probatório, mas igualmente o ponto de

[25] O art. 167do Código de Processo Penal dispensa a realização do exame de corpo de delito no caso de desaparecimento dos vestígios, razão pela qual deverá ser suprida por prova testemunhal.

observação privilegiado para aferir-se a efetividade do direito das partes a influir no acertamento dos fatos (GOMES FILHO, 1997, p. 160).

Apesar desse sistema conferir amplos poderes de crítica e seleção do material probatório para julgamento dos fatos processuais, constata-se também que é um método que goza de excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o julgador decide sem demonstrar os argumentos e elementos que o amparam e legitimam a decisão. Um exemplo adotado no Brasil é o tribunal do júri, em que os jurados julgam com plena liberdade, sem necessidade de motivar ou fundamentar suas decisões e, dessa maneira, não dão publicidade às partes acerca do raciocínio e dos critérios probatórios utilizados para o convencimento deles.

Para combater o radicalismo de ambos os sistemas é que surge o *livre convencimento motivado* ou *persuasão racional*, o qual pressupõe uma liberdade racionalizada, em que há um equilíbrio entre a "liberdade", posto que refuta limites e regras abstratas de valoração das provas e declina a solução das questões de fato a padronizações legais, e a "responsabilidade", já que implica a observância de certas prescrições tendentes a assegurar a correção epistemológica e jurídica das conclusões sobre os fatos debatidos no processo (GOMES FILHO, 1997, p. 163).

Em outras palavras, tem o julgador a liberdade de decidir conforme seu convencimento, entretanto, essa convicção deve ser motivada e fundamentada nas decisões judiciais. O dever de motivar é uma garantia constitucional prevista no art. 93, inc. IX da CF. A fundamentação das decisões judiciais serve tanto como forma de controle interno pelas partes do processo sobre a atividade dos magistrados, viabilizando impugnações e eventuais recursos para instância superior, como também de controle externo, ao garantir a publicização dos atos e, consequentemente, a fiscalização popular sobre a forma pela qual a justiça é administrada.

A convicção judicial, além da liberdade subjetiva como característica que lhe é peculiar, apresenta também como condição natural a sociabilidade:

> [...] a convicção não deve ser a expressão de uma condição subjetiva do juiz; há de ser tal que os fatos e provas submetidas a seu julgamento, se se submetessem ao juízo desinteressado de qualquer outro homem de razão, deveriam produzir também neste aquela mesma certeza produzida no juiz. É o que chamamos de *sociabilidade da convicção.* (MALATESTA, 2001, p. 105, grifo do autor).

A sociabilidade da convicção é garantida pela fundamentação das decisões e na publicidade do juízo. A motivação das decisões torna possível o controle da sociedade com

juízo sucessivo ao pronunciado, ou seja, tem como matéria de observação as impressões e motivos correspondentes do juiz e serve de controle por parte da magistratura superior, na hipótese de vários graus de jurisdição.

Em sentido diverso, a publicidade torna possível o controle da sociedade com *juízo contemporâneo* ao pronunciado. É necessário que as provas se apresentem à apreciação do juiz numa forma que torne possível a apreciação contemporânea do público. O que coloca a sociedade em condições de julgar eficaz, direta e contemporaneamente o magistrado é a publicidade do julgamento (MALATESTA, 2001, p. 98).

A motivação das decisões judiciais, para que atenda a finalidade constitucional, deve ser clara, coerente e completa. Todas as teses aventadas pelas partes em suas alegações devem necessariamente ser analisadas pelo magistrado, sob pena de nulidade da decisão. A fundamentação deve ser suficiente e precisa. Inadmissível a motivação implícita, isto é, decisões que carecem de raciocínio lógico e direto; decisões repousantes em fundamentação outra, porém, constante do mesmo processo; ou, ainda, decisões que apenas se reportam aos argumentos decisórios anteriores ou simples referência a atos produzidos em outro processo (FERNANDES, A. S., 2010, p. 130-131).

Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 167-170) ressalta que é no momento da valoração que se tornam concretos os efeitos das regras de legalidade na obtenção e incorporação das provas ao processo. A fundamentação das decisões judiciais é o ponto de referência para verificar a regularidade processual sobre a valoração de provas inadmissíveis e aquelas introduzidas sem oportunizar o contraditório.

Ao proferir a decisão, o julgador precisa motivar: sobre quais pontos levou em consideração nas provas trazidas pelas partes; sobre a admissibilidade das provas e, portanto, examinar se elas eram hábeis para a formação do seu convencimento; e, por derradeiro, sobre a incorporação do elemento probatório ao processo, verificando se foi oportunizado o contraditório.

O juiz não está vinculado a decidir com base em provas cujo valor esteja pré-estabelecido (sistema de provas legais), entretanto, imprescindível que todas as provas sejam efetivamente apreciadas, até mesmo quando inidôneas para a formação do convencimento. Mais do que o direito à valoração das provas, as partes têm o direito à motivação que exprima justificadamente a avaliação realizada. Portanto, a falta de valoração de qualquer prova existente no processo é identificada como um vício de motivação, caracterizada nulidade absoluta da sentença por afronta a previsão constitucional do art. 93, inc. IX, da CF.

Também é através da análise da fundamentação da sentença que se apura a utilização, pelo julgador, de provas vedadas pelo ordenamento. Recomenda-se, inclusive, que se detectada a referência às provas e ao raciocínio formado a partir de provas ilícitas, deve a decisão ser anulada e, em seguida, desentranhada dos autos os registros referentes às provas ilícitas, com a finalidade de que o magistrado não tenha contato com tais provas e fique com sua convicção maculada.

Caso o desentranhamento não tenha sido feito e a sentença estiver claramente amparada por uma prova inadmissível, a hipótese não será de vício de motivação, mas de erro de julgamento. Nesse caso, não será invalidada a decisão, mas reformar-se-á a sentença em sede de apelação, diante do erro de julgamento.

No caso de ocorrer a valoração probatória de provas incorporadas com desrespeito ao contraditório, haverá duas situações. Se a violação ao contraditório ferir somente o aspecto formal da atividade probatória (como por exemplo, inquirição de testemunha sem defensor), haverá a nulidade do ato, determinando a renovação do procedimento probatório irregular.

Contudo, se o desrespeito à contrariedade atinge a própria essência da prova considerada na decisão, tem-se um ato sem a mínima aptidão para respaldar o raciocínio jurídico. Nesse caso, a infringência ao contraditório atinge a existência do ato e a solução deve ser a inadmissibilidade das provas. Cite-se, como exemplo, o previsto no art. 155, *caput*, do CPP, que veda a fundamentação da decisão judicial exclusivamente em dados colhidos em inquérito policial, posto ser elemento informativo obtido sem a efetivação do contraditório; ou, ainda, a utilização de delação premiada produzida unilateralmente pelo Ministério Público, sem possibilitar o contraditório do delatado.

Abordado alguns pontos inerentes à teoria geral da prova, evidencia-se oportuna a análise acerca das bases filosóficas que perquirem sobre a verdade. Não se pode olvidar a importância da filosofia para conceituar a verdade, a qual também se verifica no processo. O suporte filosófico sobre a verdade será de grande valia para assimilar o sistema de provas com formação da verdade no processo penal.

2.3 Fundamentos filosóficos sobre a verdade

A verdade sempre foi objeto de preocupação dos filósofos clássicos e modernos. No período helênico, Sócrates, Platão e Aristóteles dedicaram-se a discutir o conceito de verdade. No período greco-romano, Santo Agostinho também se ocupou em esmiuçar o tema da

verdade. Na Idade Média, São Tomás de Aquino também esboça essa preocupação com a verdade. Já no século XVII, Spinoza, Locke e Descartes abordam a questão do conhecimento e a verdade (HUISMAN, 2001).

No século seguinte, Berkeley, Hume e Kant contribuíram para o aprofundamento do tema e, no século XIX, Nietzche e o pragmatismo defendido por John Dewey e William James sobressaíram na abordagem do assunto (NOGUEIRA, 2013).

No século XX destacaram-se os estudos da Escola de Frankfurt, em especial a análise de Jürgen Habermas. Cumpre lembrar as contribuições de Gaston Bachelard, Martin Heidegger, Alfred Tarski, Karl Popper, Ludwing Wittgenstein, Michel Foucault, Hans-Georg Gadamer (PITOMBO, 2003; ROSA, 2004; HUISMAN, 2001).

O trabalho visa a fornecer os apontamentos filosóficos mais expressivos na ciência jurídica e que possuam uma relação contundente com a verdade processual. A fartura de trabalhos referentes à verdade ao mesmo tempo em que enriquece o debate filosófico, também fixa inúmeros conceitos, critérios e métodos de abordagem. As várias possibilidades de interpretações diferentes, seja excluindo ou complementando ideias, aumentam a dificuldade de tratamento do tema.

Diante da diversidade de pensamentos, optou-se por destacar as linhas filosóficas pelo objeto: verdade correspondência; verdade coerência; verdade pragmática; e, verdade semântica. O conhecimento de Popper, Bachelard e Foucault serão desenvolvidos em tópicos distintos, em razão da complexidade de suas teorias e da relevância para o direito.

Por uma opção metodológica, a filosofia da linguagem abordada por Wittgenstein, Heidegger, Gadamer e Habermas será esmiuçada no tópico referente à “linguagem e verdade” no processo penal, em razão da afinidade do tema com esses pensamentos e com a finalidade de facilitar a leitura.

2.3.1 Verdade correspondência

Uma proposição é verdadeira se houver correspondência entre ela e um fato, ou seja, segue um singelo critério lógico entre um enunciado (ideia) e um fato ou coisa A definição de verdade como correspondência de uma proposição com um fato é a concepção mais antiga e divulgada. Conforme Cleunice Pitombo (2003, p. 74), Platão afirmava que “[...] verdadeiro é o discurso que se diz as coisas como são; falso é aquele que as diz como não são” e

Aristóteles que “[...] negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade.”

Entre os filósofos modernos do século XX que defendem a teoria da correspondência estão Bertrand Russel, Ludwing Wittgenstein e John Austin (HUISMAN, 2001).

Russel (1872-1970) centrou seus estudos nos princípios morais, analisando o significado e a validade ou não das conclusões morais. Desenvolveu trabalhos no plano da filosofia fundamental e da lógica matemática. No que tange à verdade como correspondência, o autor defendeu que toda proposição compreensível deve ser inteiramente composta de constituintes dos quais temos um conhecimento direto e efetivo. Uma expressão linguística apenas é compreensível quando se referir a algo cuja experiência a revele. Com o empirismo, os termos da linguagem ficam isentos de imprecisão e ambiguidade (HUISMAN, 2001, p. 855).

Para Wittgenstein[26], a essência de uma proposição científica ou proposição empírica (que diz algo no mundo) reside em sua bipolaridade. Isto que dizer que ela tem dois polos: um verdadeiro e outro falso. Existe um fato que torna a proposição verdadeira ou falsa. As proposições científicas podem ser simples (elementares) ou complexas (compostas de outras proposições). As proposições complexas podem ser decompostas em proposições simples, de maneira que todas as *proposições lógicas* são sempre complexas: são compostas de tal modo que não podem ser falsas (HUISMAN, 2001, p. 1008).

Austin (1911-1960) se entregou à tarefa de desconstruir as doutrinas dos teóricos do conhecimento empírico. O autor ataca criticamente o argumento da ilusão, o qual fora invocado para justificar a introdução de entidades intermediárias entre os objetos e o sujeito (HUISMAN, 2001, p. 73).

Por ser um conceito aparentemente banal e vinculado ao senso comum, posto se basear na noção intuitiva de verdade e na lógica fundamental, há inúmeras críticas contra seus fundamentos. A primeira crítica aponta para a falta de clareza em sua ideia principal: a correspondência. Isso porque não existem fatos independentemente de afirmações e crenças pessoais, de maneira que a teoria da correspondência não responde qual o real significado e conteúdo das proposições e dos fatos.

Pode-se afirmar que a proposição é um enunciado declarativo ou um juízo preliminar que consta a verdade de certa afirmação. As proposições (entidade linguísticas) ou juízos (entidades mentais) descrevem fatos ou as coisas e, consequentemente, os fatos tornam as

[26] A partir da obra *Investigações filosóficas*, Wittgenstein muda o foco de sua abordagem com relação à verdade. O autor abandona suas influências matemáticas e lógicas e centra sua análise na linguagem ordinária.

proposições e os juízos verdadeiros. A relação de correspondência sempre ligará as entidades linguísticas ou mentais com as entidades extralinguísticas ou extramentais.

A definição de verdade exige que ela seja complementada por um critério e pela justificação deste critério. É necessário estabelecer uma conexão entre o que a verdade representa e a realidade. Essa dificuldade linguística e de acesso às realidades exteriores contribuiu para que a filosofia da consciência abandonasse a definição de verdade como correspondência e reduzisse a questão da verdade à questão da *objetividade das representações*: ela não é mais uma relação de termos heterogêneos, mas propriedade da própria representação, ou seja, no interior da representação exprime a noção de verdade.

Surge aqui a segunda crítica ao problema do estabelecimento da correspondência com as coisas representadas, visto que essa é uma exigência de atos de consciência. E ainda, a concepção da verdade como correspondência pode sugerir vinculação com a teoria semântica, na medida em que as duas teorias não são estanques e, em alguns pontos, chegam até a se confundir (PITOMBO, 2003, p. 75).

No processo penal a verdade como correspondência é de difícil aplicação, pois o fato é sempre uma reconstrução por meio de provas, uma representação da realidade, e o juízo é resultado do livre convencimento judicial. Inexistem certezas objetivas no processo judicial que possibilitem a lógica da correspondência. O que existem são convicções resultantes da subjetividade do julgador. A verdade processual é um conceito de relação entre o sujeito e objeto do processo.

2.3.2 Verdade coerência

Essa teoria se traduz a um conjunto de crenças perceptíveis e pré-existentes. Filósofo do século XVIII, Immanuel Kant (1724-1804) abriu caminho para esse pensamento, que teve como seguidores Leibniz e Espinosa (PITOMBO, 2003, p. 77).

Coerência pode ser definida como a ausência de contradição e de disparidade entre as partes de um argumento. Essa palavra evoca o fim da oposição, da incoerência.

A coerência surge em contraponto à experiência humana que partia do princípio que tudo o que era contraditório não era real. Admite-se que a verdade ou realidade é coerência perfeita. A coerência atribuída à realidade última, ou seja, à consciência infinita ou absoluta, não é simples ausência de contradição, mas sim a abolição de qualquer multiplicidade relativa e forma harmônica que não se deixe entender nos termos do pensamento humano.

Kant conserva a definição tradicional de verdade como conformidade com o objeto, mas este é o resultado da síntese das categorias do entendimento com as instituições fenomênicas. Daí que a necessidade e universalidade da verdade se fundamentam não no próprio ser, mas na sua conformidade com as leis transcendentais do entendimento.

Kant remete à clássica distinção entre objetos sensíveis e objetos inteligíveis, em que conceitua *sensibilidade* como faculdade das intuições e *entendimento* como faculdade dos conceitos, explicando que a sensibilidade fornece as intuições e por meio dela que são dados os objetos; pelo entendimento, ao contrário, os objetos são pensados e dele se originam conceitos (PAMPLONA FILHO; CERQUEIRA, 2011, p. 187).

A experiência da realidade é condicionada por essas estruturas em que se combinam *sensibilidade* e *entendimento*, de tal forma que só se conhece o mundo dos fenômenos, da experiência, dos objetos enquanto se relacionam com os sujeitos, e não a realidade em si, independentemente de qualquer relação de conhecimento[27].

Nesse sentido, a verdade é a coerência interna do pensamento. A análise de Kant sobre a verdade é metafísica. A metafísica é o resultado da incitação da razão para que o entendimento ultrapasse a experiência e, como as ideias da razão são apenas reguladoras, ou seja, não constituem conhecimento, apenas orienta o desejo de conhecer, sem, todavia, poder atingir verdades (PAMPLONA FILHO; CERQUEIRA, 2011, p. 189).

Sob o enfoque da teoria da coerência, uma proposição é verdadeira ou falsa na medida em que é coerente ou não é coerente com um sistema de proposições. Afirma-se, inclusive, que controlar se uma proposição é verdadeira, equivale a controlar sua coerência com o sistema de proposições anteriores.

Em síntese, o pensamento humano alcança graus de verdade sempre relacionados aos níveis de coerência que possuam. Entretanto, a coerência é sempre aproximativa e imperfeita. Nunca chega à plenitude.

Essa definição de verdade contribui para reflexão crítica da ciência e do conhecimento, pois reconhece o caráter metafísico racionalista do sujeito e, com isso, afirma a

[27] As ideias de Kant se aproximam da teoria de George Berkeley (1685-1753). Berkeley foi um empirista e via a experiência como fonte primária do conhecimento. Para o autor, todo conhecimento vem da *percepção*: o que percebemos são ideias e não coisas em si. Uma coisa em si deve estar fora da *experiência.* Logo, o mundo consiste apenas em ideias e mentes que percebem essa ideia, de maneira que a verdade só existe na medida em que ela percebe ou é percebida. A posição de Berkeley costuma ser resumida na frase: *ser é ser percebido*, numa alusão de que todo conhecimento deve vir da experiência perceptiva. Berkeley abre a discussão para o problema do solipsismo, no sentido de que cada indivíduo está preso em seu próprio consciente (BUCKINGHAM et al, 2011, p. 138-141).

existência da percepção, da verdade enquanto realidade para um sujeito e das representações do seu pensamento.

A crítica que se faz a esse conceito de verdade é que uma proposição ser coerente com um sistema de proposições não garante que ela seja absolutamente verdadeira, pois não é certo que todas as proposições daquele sistema sejam verdadeiras. Além disso, o pensamento pode ser coerente, mas contraditório com a realidade.

A decisão judicial não se limita à aplicação do raciocínio lógico de proposições em consonância com a coerência do sistema. Nem sempre a verdade que se aponta no processo será livre de contradições. Decidir não é simplesmente subsumir um fato à norma jurídica. É um trabalho complexo que exige do julgador atribuir valores às provas obtidas.

Por óbvio, não se pode negar a existência da percepção subjetiva do julgador acerca da realidade dos fatos. Contudo, a decisão judicial não pode se limitar às reflexões metafísicas e à filosofia da consciência, com o teor de sua motivação restrito ao pensamento interno (crenças) do magistrado e em total desconsideração com a legalidade, sob pena de se proferir um veredito arbitrário.

2.3.3 Verdade pragmática

A verdade pragmática insere o elemento utilidade no conceito de verdade. A verdade que importa é a útil.

Num primeiro momento, a concepção pragmática é facilmente rebatida com o argumento de que nem tudo que é verdadeiro é aceitável e útil, assim como nem tudo que é falso é inútil. Há coisas que são falsas, mas que pode ser útil aceitar e também existem coisas que são verdadeiras, mas que pode ser prejudicial aceitar.

Charles Sanders Pierce (1839-1914), pensador e lógico norte-americano do século XIX, reconhecido o título de criador da concepção do pragmatismo, influenciou William James e John Dewey. Foi também o fundador da semiótica, teoria que explicava a lógica dos signos e das práticas linguísticas da ciência, ferramenta importante para os filósofos subsequentes responsáveis pelo período da "viragem linguística"[28] e filosofia da linguagem (NOGUEIRA, 2013, p. 55-56).

[28] A chamada "viragem linguística" é o que caracteriza a distinção entre o pragmatismo e a filosofia da linguagem. Esta foi a virada que os filósofos deram ao abandonar o tema da experiência e optar pelo da linguagem.

A proposta de Pierce se baseava na aplicação de um método lógico filosófico cujo objetivo é elucidar o sentido dos conceitos, com o intuito de eliminar os problemas pertinentes à metafísica. Para o autor, o sentido de um conceito ou uma proposição é dado por outra proposição que nada mais é que uma descrição geral de todos os fenômenos experimentais que o enunciado da proposição inicial prediz (HUISMAN, 2001, p. 756).

Conforme William James (1842-1919), a verdade se fundamenta em dois princípios: valor prático da verdade; e um objeto. Um fenômeno não é mais que a soma das ideias que se pode ter a respeito das consequências práticas das ações desse objeto, das aparências desse fenômeno. Assim, uma proposição, independente do campo a que pertence, só é verdadeira a partir de sua efetiva utilidade (PITOMBO, 2003, p. 80).

John Dewey (1859-1952) substituiu o nome “pragmatismo” por “utilitarismo”: o conhecimento e a conduta aparecem como instrumentos de adaptação e de transformação da experiência. A verdade vincula-se à utilidade, praticidade e eficácia. Despreza a correspondência ou coerência com o sistema de proposições.

O pragmatismo provocou relevante controvérsia ao colocar em xeque a verdade fundante por dizer que o homem possui somente uma metodologia de conhecimento: a experiência. Pierce, James e Dewey convergem seus conceitos no sentido de que a inteligência humana decorre do conhecimento proveniente da experiência. A mente transforma esse conhecimento, na pretensão de apaziguar a dúvida, em crenças. O processo experimental de criar crenças sólidas pode ser logicamente avaliado com base em sua função de possibilitar prever confiavelmente e controlar o ambiente a que o homem está inserido (ROSA, 2004, p. 175).

Em vez de prosseguirem com as intermináveis discussões sobre a verdade, os pragmatistas pretendem superar esse debate, ao propor uma nova maneira de perceber a experiência e o conhecimento humano. A realidade é muito mais ampla do que a totalidade de objetos de conhecimento reais e possíveis.

O verdadeiro é o que é cognoscível: afasta-se o ceticismo e o racionalismo ao rejeitar qualquer ideia de verdade independente da cognição e do conhecimento humano. O verdadeiro é aquilo que é conhecido pelo homem e testável pela experiência. Há um deflacionismo da verdade, conforme John Shook (2002, p. 15-16) pontua:

> O pragmatismo não usa a ideia de uma verdade ou realidade que transcenda completamente todo conhecimento humano possível. É lógico que existem realidades ainda a ser conhecidas; não poderíamos compreender adequadamente como se dá o conhecimento humano sem uma ideia dessa dimensão desconhecida. Porém, ao usar o termo ‘verdade’, um pragmatista refere-se simplesmente àquilo

> que é e será conhecido, porque qualquer outra ideia de 'verdade' carece de significado útil.

Richard Rorty (2000, p. 12) afirma que a pragmática rompe com os dogmas platônicos herdados da filosofia da consciência. A verdade não é correspondência com a realidade, mas convenção. Daí que não se trata mais de significados conceituais, mas grupos de sujeitos empíricos mediados pela linguagem intersubjetivamente.

Rorty destaca a linguagem como instrumento marcante aos pragmáticos. Analisa a realidade num conceito antiessencialista e propõe a substituição da *verdade* pela *utilidade relacional*: a única coisa que pode ser conhecida sobre o objeto é se as sentenças que lhe digam respeito são verdadeiras (ROSA, 2004, p. 180).

As críticas ao modelo processual utilitarista já foi discutida no primeiro capítulo, quando da discussão acerca do eficientismo no processo penal. Porém, cumpre ressaltar que a sobreposição da *prática* à *técnica* pode conduzir a verdade produzida no processo a um caminho equivocado. A tutela da liberdade pública fundamental não pode ser relegada a qualquer preço no processo penal, permitindo a produção de provas ilícitas ou o uso de qualquer meio de prova para o alcance da verdade útil.

2.3.4 Verdade semântica

A teoria semântica ou da hermenêutica atribui a definição de verdade ao uso de determinada linguagem.

O maior representante dessa concepção foi Alfred Tarski (1901-1983), que a partir da lógica, inseriu na teoria da correspondência a análise semântica da verdade e procura oferecer o conceito de verdade, demonstração e a correlação entre ambas. Em razão disso, há quem classifique Tarski como defensor da teoria da correspondência, pois retomou a teoria aristotélica.

Lógico polonês de meados do século XX, Tarski[29] teve a sua concepção semântica da verdade universalmente saudada como um instrumento capaz de tratar o tema da verdade sem as complicações da metafísica. A teoria desse filósofo contemporâneo pretende-se neutra

[29] Ao explicar o significado do termo "verdadeiro", Tarski (2007, p. 203-204) esclarece que a noção de verdade ocorre em muitos diferentes contextos e há várias categorias distintas de objetos aos quais o termo "verdadeiro" é aplicado. Numa análise psicológica, estética, etc., a verdade pode possuir distintos significados. Assim é que o autor que o seu objeto de análise se centra na noção lógica de verdade, especificamente no significado do termo "verdadeiro" quando usado com referência a sentenças.

em relação a quaisquer concepções da realidade e permite a definição dos predicados semânticos (verdadeiro e falso) com base apenas em propriedades da linguagem.

Tarski (2007, p. 206) afirma que a concepção de verdade se encontra na formulação aristotélica e sugere a reflexão da equivalência das expressões: a) *a "neve é branca" é verdadeira se e somente se a neve é branca;* b) *a "neve é branca" é falsa se e somente se a neve não é branca.*

Salienta o autor que o conteúdo intuitivo da formulação aristotélica parece bastante claro, embora essa mesma formulação deixe muito a desejar do ponto de vista da precisão e da correção formal. O motivo é que a formulação de Aristóteles se restringe apenas ao "é" ou "não é" e na maioria dos casos seria quase impossível conformar uma sentença a esse molde sem acarretar desvio de significado e forçar o espírito da linguagem.

Em razão disso, Tarski (2007, p. 205) propõe uma análise semântica da verdade. Por semântica, o autor a define como a "[...] parte da lógica que, informalmente falando, discute as relações entre os objetos linguísticos (tais como sentenças) e aquilo que é expresso por esses objetos."

O filósofo polonês critica a concepção pragmática e a teoria da coerência, posto possuírem caráter exclusivamente normativo e pouca conexão com o uso real do termo "verdadeiro". Daí que utiliza a teoria da correspondência atrelada aos critérios de linguagem, discurso científico e lógica.

Na ótica do autor, no desenvolvimento da teoria da verdade semântica, imperiosa a inserção do elemento demonstração, que é o método para almejar sentenças verdadeiras. Após análise do vários modelos de demonstração (dedutivo e empírico), conclui que a "[...] noção de sentença verdadeira atua, assim, como um limite ideal que nunca pode ser atingido, mas do qual tentamos nos aproximar ampliando gradualmente o conjunto de sentenças demonstráveis." (TARSKI, 2007, p. 233).

A crítica feita à teoria semântica é que a verdade traz consigo inexatidão, própria da compreensão do termo e, também, da relação que se estabelece com a interpretação. As expressões semânticas são essencialmente inadequadas em alguns contextos e trazem o problema da compreensão da relação entre termos de várias categorias (nomes, descrições, predicados, advérbios, etc.) e seus significados.

Apesar das críticas, a linguagem e a hermenêutica desempenham papel fundamental no processo penal. Processo é fundamentalmente linguagem verbal ou verbalizável. A comunicação linguística é o meio em que se realiza a compreensão das provas no processo

judicial. A relação da linguagem e verdade no processo penal será aprofundada oportunamente.

2.3.5 Popper: a verdade na epistemologia da modernidade

Considerado um dos filósofos mais influentes do século XX a tematizar sobre a ciência, Karl Popper (1902-1994) cunhou o termo *Racionalismo Crítico* para descrever seu pensamento, em que propôs a rejeição do empirismo clássico e do observacionalismo-indutivista da ciência. O autor reflete sobre a questão da *falseabilidade*, através da qual afirma que apenas goza de cientificidade a teoria que possa ser falseável, refutável, aspecto fulcral para a definição da ciência e a visão crítica ao positivismo (PAMPLONA FILHO; CERQUEIRA, 2011, p. 257).

Na obra *A lógica da pesquisa científica*, Popper analisa a verdade e as formas de sua obtenção, oportunidade em que faz as seguintes provocações: há um critério que se permita distinguir, de modo claro e inequívoco, a verdadeira ciência e a metafísica? É possível afirmar que a ciência, por meio do método empírico, obtém a verdade? A partir da experiência, utilizando-se do método de indução, extraem-se proposições verdadeiras?

Próprio da ciência empírica, o método de indução para busca da verdade é rejeitado por Popper. Justifica que o problema da indução (validade ou da verdade de enunciados universais, com lastro na experiência) pode levar a conclusão equivocada.

> Ora, está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos cisnes brancos possamos observar isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos. (POPPER, 1974, p. 27-28).

Assim, a descrição de uma experiência (observação ou resultado do experimento) só pode ser um enunciado singular e nunca um enunciado universal. A verdade dos enunciados universais baseia-se em inferências indutivas que se justificam logicamente. Porém, todo enunciado universal é, de uma forma ou de outra, reflexo dos enunciados singulares que, por experiência, sabe-se serem verdadeiros.

Karl Popper utiliza o critério de demarcação, baseado na comprovação das teorias, para chegar à verdade. Formula o critério da demarcação que não deriva da lógica indutiva: o número expressivo de verificações empíricas não pode estabelecer, de modo definitivo, a validade de uma teoria. Opera-se o inverso: a possibilidade de proposição ser falsa, ou de ser

falseada pela experiência, é que permite a triagem entre os enunciados que são científicos dos que não o são. Desse modo, nenhuma teoria (nem a mais perfeita e consagrada na comunidade científica) está salva de ser rejeitada no futuro. A ciência progride com as tentativas, os acertos, conjecturas e refutações (PITOMBO, 2003, 87).

A partir disso, na obra *Conjecturas e refutações*, Popper constrói sua teoria *falsificacionista* sob o fundamento da necessidade básica de testes e observações das teorias que forem propostas, explicitando que a ciência somente progride pela tentativa e pelo erro. Em busca do critério para classificar uma teoria como científica, Popper formulou a assertiva de que para ser científica a teoria deve ser *falsificável*, ou seja, quanto mais clara, geral e ampla for a teoria, mais *falsificável* será e, portanto, mais científica, porque proporcionará, em tese, sua verificabilidade empírica (ROSA, 2004, p. 77-78).

A ciência começa com *problemas* e se aperfeiçoa com os *erros*. É possível conseguir confirmações das teorias no plano fático, mas desde que decorram de predições arriscadas em relação à própria teoria, a qual, por sua vez, deve conter proibições.

A teoria deve ser *refutável*, sob pena de não ser qualificada como científica. Deve ser desmitificada a ideia de teoria perfeita, já que "[...] todo teste genuíno de uma teoria é uma tentativa de refutá-la. A possibilidade de testar uma teoria implica igual possibilidade de demonstrar que é falsa." (POPPER, 1982, p. 66).

A possibilidade de falsificação empírica é um dos requisitos para que esta seja considerada científica. Embora existam graus de testabilidade das teorias – umas são mais refutáveis que outras –, todas devem possuir a possibilidade de *falseabilidade*. Argumenta que a teoria científica será sempre conjectural e provisória. Não é possível confirmar a veracidade de uma teoria pela simples constatação de que os resultados de uma previsão efetuada com base naquela teoria se verificaram. Essa teoria deverá gozar apenas do estatuto de uma teoria não (ou ainda não) contrariada pelos fatos.

Ademais, o critério de observação empírica é seletivo, ou seja, ao adotar um quadro de referências, restringe-se o objeto, a tarefa, o ponto de vista e o problema a ser analisado. Para Popper (1982, p. 80), "[...] a ciência começa, portanto, com os mitos e a crítica dos mitos: não se origina numa coleção de observações ou na invenção de experimentos, mas sim na discussão crítica dos mitos, das técnicas e práticas mágicas."

Todas as leis e teorias são tidas como *conjecturas hipotéticas*: a indução, mesmo que baseada em um grande número de observações, não passa de um mito. Logo, a função da

ciência na vida social é a de compreender as consequências das ações possíveis, traçando a melhor escolha a seguir.

Na obra *A lógica das ciências sociais*, Popper afirma que os problemas que a ciência busca investigar sempre surgem a partir da ignorância sobre algo, devido à detectação da ausência de ordem do suposto conhecimento. A ignorância é ilimitada, uma vez que para cada novo problema resolvido, descobrem-se novos problemas não solucionados, o que leva o ser humano a sair do solo seguro onde pisa e descobrir a insegurança do estado de alteração contínua (POPPER, 2004, p. 13).

O método da ciência é o de escolher os problemas interessantes e criticar permanentemente as tentativas (provisórias) de respostas, pois quanto mais se aumenta o conhecimento, compreende-se que nada é conhecido, numa constante tensão entre conhecimento e ignorância (POPPER, 2004, p. 14).

O filósofo afirma que a ciência não nasce das observações, percepções ou coleção de fatos e números, pois as percepções sensoriais são empíricas e apoiam-se na lógica indutiva e em conceitos universais. O assunto científico limita-se a um conglomerado de problemas e soluções tentadas, não existindo uma ciência puramente observacional (POPPER, 2004, p. 30).

A evolução do conhecimento científico de Popper aproxima-se das ideias de Thomas Kuhn, ao defender que o progresso da ciência é revolucionário e não meramente cumulativo, conforme se verifica na sua obra *A estrutura das revoluções científicas* (PAMPLONA FILHO; CERQUEIRA, 2011, p. 264).

A noção de verdade tem relevância na teoria do conhecimento científico. Assim é que o autor faz uma distinção entre verdade objetiva e subjetiva. Verdade objetiva é apta para indicar o conhecimento científico justificável, independentemente do capricho pessoal. Já a subjetiva decorreria dos sentimentos de convicção (PITOMBO, 2003, p. 88).

Popper analisa inclusive a verdade e a aproximação da verdade. Destaca que a ideia de aproximação da verdade, ou probabilidade de ser verdadeiro, está em contraponto com a verdade objetiva. Nesse ponto assemelha-se à proposta de Tarski, numa condição semântica, ao vislumbrar a possibilidade de aproximar-se da verdade, não obstante os métodos e modos de demonstração dos fatos.

Para o autor, a verossimilhança é um ideal inalcançável. Por este motivo deve ser recusada introduzi-la na teoria do método, pois esse admite apenas verdade absoluta. Entretanto, Popper faz a ressalva de que a verossimilhança é de grande importância nos casos

em que se sabe que se deve trabalhar com teorias que são aproximações da verdade, como frequentemente ocorre nas ciências sociais.

No processo penal, a verdade que se perquire e se obtém não é predominantemente resultado da aplicação do método indutivo, inferência conjectural, mas se pode vislumbrar a ocorrência da dedução, através do encadeamento conclusivo lógico de fatos e argumentos (PITOMBO, 2003, p. 90).

Oportuno apontar que vigoram no processo penal juízos possíveis, aqueles que logicamente não são contraditórios, e juízos prováveis, aqueles que são verossímeis. Por ser uma ciência social, toda decisão penal será sempre uma aproximação da verdade.

Outro ponto a ser frisado na teoria de Popper é que a verdade é sempre passível de ser refutada, dada a sua natureza conjectural e provisória. A ciência é uma perene construção e nada obsta que o verdadeiro futuramente possa ser falso. Essa ideia também se verifica em relação às provas no processo penal. Um exemplo são as provas científicas, como os exames de DNA: a partir de sua inserção no processo judicial, a verdade obtida torna-se mais confiável. Porém, antes de sua descoberta e utilização, "outras" verdades eram produzidas no processo diante do desconhecimento científico. A ignorância se sucumbe à própria evolução da ciência: o "verdadeiro" no presente pode ser o "falso" no futuro.

2.3.6 Bachelard: os percalços da verdade científica

Gaston Bachelard (1884-1963) se dedicou ao estudo da filosofia das ciências e da psicologia. Filósofo que se destaca pelo rigor científico de sua obra, afasta-se das teorias aristotélicas, kantianas e cartesianas. Pode ser identificado como um neokantiano.

Analisa a verdade como resultado da experiência científica: ao final de uma perspectiva de erros corrigidos, a verdade científica mostra todo o começo como uma ilusão. A ciência não é um prolongamento de conhecimento comum. O progresso científico não segue a linha cumulativa da soma de conhecimentos, mas a linha redutiva da subtração de imagens e de preconceitos obstrutivos e indevidamente valorativos (HUISMAN, 2001, p. 242).

Bachelard aponta para a ocorrência de *obstáculos epistemológicos*, identificados como as causas de paralisação e regresso do progresso científico. É preciso destruir a opinião, que se situa na mente como um obstáculo epistemológico, para ter acesso às questões referentes ao real, pois sem indagações não há conhecimento científico: "[...] nada é evidente. Nada é gratuito. Tudo é construído." (BACHELARD, 1996, p. 18).

A partir da crítica à palavra dialética, Bachelard ponderou que o conhecimento do real é uma questão de aproximação metodológica. A realidade emerge aproximada, que não significa vaga ou aproximativa, mas uma realidade que cerca com rigor crescente seu objeto (PITOMBO, 2003, p. 94).

A verdade científica mostra-se inacabada e imperfeita e é construída através do diálogo do sujeito com o mundo e do diálogo dos cientistas. O conhecimento inicial nunca é pleno e Bachelard pretende se debruçar sobre os conhecimentos mal estabelecidos. Adverte que quando se inicia uma pesquisa, o indivíduo está maculado pelos seus preconceitos e jamais está isento de valores pré-concebidos. Defende a ruptura entre a observação e a experimentação, com foco na superação dos obstáculos epistemológicos (ROSA, 2004, p. 83).

A verdade não é mera coincidência entre o pensamento e a realidade. É uma aproximação entre as teorias, construída pelos sujeitos cognoscente, cada vez mais complexo na sua evolução. Não é apenas coerência racional, mas coerência medida pela eficácia das teorias.

A visão de Bachelard avizinha-se aos ensinamentos de Tarski e Popper, no que tange à construção da verdade aproximativa. É perceptível também a verdade como aproximação abordada pela teoria da verdade como coerência.

A verdade aproximativa é aplicável ao processo penal, na medida em que a reconstrução dos fatos esboçam resultados aproximativos. Assim como em Bachelard, a verdade processual nunca alcançará sua plenitude. Porém, tal concepção é passível de críticas, conforme se examinará no tópico relativo à desmistificação da verdade material.

2.3.7 Foucault: a verdade e as formas jurídicas

Michel Foucault (1926-1984) possui um dos pensamentos mais autênticos e controvertidos na filosofia pós-moderna sobre a verdade. Suas teorias abordam a relação entre *poder* e *saber (conhecimento)* e como eles são usados como uma forma de controle social por meio de instituições sociais. Compreendido como um adepto da corrente *pós-estruturalista*, já

que frequentemente é associado às ideias do *estruturalismo*[30], Foucault rejeitou esses rótulos e preferiu classificar seu pensamento como uma história crítica da modernidade.

Foucault vai na contramão das designações tradicionais de verdade que defendem sua perenidade e sua irredutibilidade ao acontecimento histórico. Para ele, a verdade não é aquilo que permanece inalterável a quaisquer contingências. Pelo contrário, verdade é indissociável da singularidade do acontecimento. É produzida como acontecimento num espaço e num tempo específico. No espaço, na medida em que não pode ser válida em qualquer lugar; no tempo, porque algo é verdadeiro num tempo propício. Trata-se de uma verdade descontínua, não-universal, dispersa e que se produz como acontecimento.

Essa é a razão pela qual aquilo qualificado como verdade numa época precisa ser submetido frequentemente à análise crítica, porquanto torna-se impossível pensar em verdades essenciais depositadas numa história originária. Assim é que a história é o lugar do acontecimento da verdade, num fenômeno que Foucault denomina de *acontecimentalização* (CANDIOTTO, 2007, p. 207).

Michel Foucault afirmar haver duas possibilidades de história da verdade: uma da manifestação daquilo que *é*, chamada de verdade-apofântica, verdade descoberta verdade-abstrata, constante, demonstrada e objetiva que faz uso da mediação de instrumentos; outra, da ordem daquilo que *acontece*, das técnicas de produção, da captação mediante rituais e recusas, efeito de jogos de verdade que ocorrem nas práticas concretas, como as práticas

[30] O estruturalismo é uma corrente de pensamento nas ciências humanas que se inspirou no modelo da linguística e que depreende a realidade social a partir de um conjunto considerado elementar ou formal de relações. É a metodologia pela qual elementos da cultura humana devem ser entendidos em face a sua relação com um sistema ou estrutura maior, mais abrangente. O estruturalismo opera no sentido de descobrir as estruturas que sustentam todas as coisas que os seres humanos fazem, pensam, percebem e sentem. É a crença de que os fenômenos da vida humana não são inteligíveis exceto através de suas inter-relações. Estas relações constituem uma estrutura e, ainda por trás das variações locais dos fenômenos superficiais, existem leis constantes do extrato cultural. O estruturalismo apresenta as seguintes características: a) busca por *invariantes*, ou seja, por estruturas estáveis na organização de determinados fenômenos, sob um ponto de vista de preferência a-histórico, de modo a produzir um discurso homogêneo; b) a constatação de que a estrutura é algo *sub-reptício* e de regra despercebido e que, ao final, repousa num código básico; c) uma dependência analítica das estruturas de linguagem, a qual fornece um modelo fundamental para a verificação das estruturas de quaisquer outros fenômenos traduzíveis por meio da língua ou códigos (NOGUEIRA, 2013, p. 260).
O estruturalismo foi conduzido pelas ideias da *semiótica* (interpretação dos signos) de Charles Pierce e, principalmente, da *semiologia* (linguística) de Ferdinand de Saussure. A preocupação linguística e hermenêutica serviu de base para a superação do positivismo lógico do Círculo de Viena. Destacam-se Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas e a segunda fase de Ludwing Wittgenstein.

judiciárias[31]. Enquanto a verdade-descoberta discute questões de método e se liga às práticas científicas, com a busca de uma finalidade, a verdade-acontecimento se estabelece através de um caminho histórico ocasional (CANDIOTTO, 2007, p. 205).

Trata-se de distanciar do foco do *sujeito de conhecimento* para debruçar-se na *produção histórica da verdade*. Foucault distancia-se da análise do enunciado proposicional do conhecimento científico, normalmente definido pela relação neutra entre sujeito e objeto. Na história crítica da verdade não há sujeito e objeto como unidades universais e necessárias; o que há são práticas que podem ser jogos teóricos e científicos, práticas sociais, práticas discursivas, etc.

A aplicabilidade de uma história do pensamento investiga a constituição e a modificação da articulação entre objetos e sujeitos mediante "modos de objetivação" e "modos de subjetivação" (CANDIOTTO, 2006, p. 67).

Na constituição dos "modos de objetivação" procura enfatizar que o sujeito é constituído a partir de imposições exteriores, sendo um produto histórico das relações de saber e de poder. Os processos de objetivação dizem respeito ao modo como o sujeito pôde se tornar um objeto para o conhecimento. Não existem objetos naturais tais como: verdade, doença mental, poder ou sexualidade; eles são resultados de práticas históricas específicas e raras. Por isso, não se está diante de uma filosofia do objeto, mas da análise da constituição histórica de articulações que fazem emergir, transformar ou desaparecer um objeto.

Por outro lado, o trabalho de Foucault não é uma filosofia do sujeito, mas dos "modos de subjetivação". Em vez de decompor as condições empíricas ou transcendentais que permitiram a um sujeito em geral tomar conhecimento de um objeto preexistente na realidade, busca-se saber como alguém, numa prática histórica específica, *torna-se* sujeito, qual seu estatuto, sua posição, sua função e os limites do seu discurso. O processo de subjetivação refere-se ao modo como o próprio indivíduo se compreende como sujeito legítimo de determinado tipo de conhecimento. A objetivação e a subjetivação são, portanto, processos complementares que se relacionam por meio do que o autor resolveu chamar de "jogos de verdade" (CANDIOTTO, 2006).

---

[31] Ao expor seu pensamento sobre das práticas judiciárias como práticas sociais, Foucault (2003, p. 11) afirma: "A hipótese que gostaria de propor é que, no fundo, há duas histórias da verdade. A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo a partir dos quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e, por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade."

Supondo que a problemática da verdade esteja inserida na história crítica do pensamento, infere-se que aquilo normalmente reconhecido como verdadeiro não está no objeto (ele não preexiste, não é dado, torna-se tal numa articulação específica) nem no sujeito (ele não é uma essência, não é originário, torna-se assim nas práticas em que é tomado); tampouco na adequação entre um e outro (já que não são unidades fixas e determinadas), mas nas articulações históricas de sua mútua modificação e constituição.

Segundo estudo de Cesar Candiotto (2007), na relação *verdade* e *saber*, Foucault sustenta que o homem não é o fundamento constituinte de quaisquer conhecimentos tidos como verdadeiros. O homem é uma figura do saber constituído através dos domínios da vida, do trabalho e da linguagem.

Não é o sujeito constituinte que fundamenta os conhecimentos verdadeiros; é antes, na historicidade dos saberes que o sujeito é constituído. A reordenação dos saberes na época contemporânea sugere a abertura de um espaço vazio no qual não se encontra a unidade do sujeito, mas apenas o pensamento em exercício. É como uma história dos sistemas de pensamento[32].

A verdade é produzida pela articulação entre práticas discursivas (o efetivamente dito, a materialidade do discurso, o acontecimento de dizer é uma prática discursiva) e práticas não-discursivas (CANDIOTTO, 2006, p. 68).

Sob a perspectiva *verdade* e *poder*, as verdades universalmente atribuíveis ao sujeito nos termos do conhecimento científico são, em última instância, *efeitos de verdade* produzidos por mecanismos estratégicos de poder presentes nas práticas sociais. Tal designação significa que eles funcionam como se fossem verdades, com o objetivo de justificar racionalmente aquelas relações de poder. Além disso, um discurso é investido historicamente de um teor verdadeiro, porque cumpre com uma funcionalidade específica, qual seja, produzir *efeitos de poder* ao estatuir regras para o governo das pessoas, dividindo-as, examinando-as, adestrando-as, sujeitando-as (CANDIOTTO, 2006, p. 69).

A preocupação com o historicismo crítico foucaultiano fica evidente na compreensão da formação da verdade processual. Isso porque, o fundamento no qual repousa o processo penal brasileiro é o da construção paulatina de acontecimentos historicamente determinados, cuja causa se vincula à determinada conduta humana, positiva ou negativa, que se revela como um padrão legalmente definido como crime.

---

[32] Nesse ponto, Michel Foucault (2003) se aproxima da noção sistêmica de Niklas Luhmann (2010). A proposta foucaultiana de refutar o sujeito em detrimento do sistema de pensamento assemelha-se à proposta de Luhmann, ao propor a independência sistêmica social do sistema psíquico.

A observação histórico-arqueológica de Foucault permite afirmar que os diversos modelos de aferição da responsabilidade criminal confundem-se com o desenvolvimento cultural da civilização ocidental. Determinados padrões de condutas cominadas a órgãos sociais, estatais ou a determinados indivíduos, a competência de levar a efeito a gestão de provas e a definição do modelo de investigação criminal em determinado ordenamento jurídico decorre do estado sociocultural de um povo, em um determinado momento histórico.

A relação *verdade-poder* é essencial a todos os mecanismos de punição, já que os indivíduos são forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar: "[...] temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la." (FOUCAULT, 2005, p. 29).

Foucault (2003, p. 11) aponta que existem diversos lugares na sociedade em que a verdade se forma através de uma série de "regras do jogo" definidas a partir do domínio do saber, como ocorre nas práticas judiciárias. Afirma que somente pode haver certos tipos de sujeitos de conhecimento, certas ordens de verdade e certos domínios do saber a partir de condições políticas de uma comunidade.

Michel Foucault inicia sua análise do problema da constituição da verdade no processo judicial a partir do vocábulo *prova*, o qual comporta múltiplos significados, mas que pode ser utilizado para nomear os comportamentos tendentes a desvelar fatos que seja objeto de uma disputa, na qual os contendores possam demonstrar a terceiros uma aptidão especial que os distingue dos demais, a honorabilidade que desfrutam em seus núcleos comunitários ou a veracidade que necessariamente decorre de seus argumentos.

No modelo helênico (323 a.c - 146 a.c.), época em que se difundiu a civilização grega, o vocábulo *prova* representava diversos fenômenos conduzidos por seres humanos ou por eles iniciados e dependentes de manifestações sobre-humanas, que tinham como finalidade obter uma resposta que conduzisse à cristalização de uma "certeza" suficiente para a composição do litígio.

Para os gregos, a prova não significava um fim em si mesmo, mas instrumento para atingir determinada finalidade. Logo, a prova era uma espécie de jogo, de desafio lançado por um adversário ao outro. Um indivíduo lançava o desafio de busca da verdade dos fatos e outro deveria aceitar o risco ou a ele renunciar. Caso renunciasse à prova, se desincumbia do juramento e tacitamente reconhecia ter cometido a irregularidade. Se aceitasse o risco, haveria um juramento e a descoberta final seria transposta aos deuses. Não descoberta a "verdade", Zeus o puniria pelo falso juramento (FOUCAULT, 2003, p. 31-33).

Nesse modelo, haveria um “jogo de provas”, com desafios e a possibilidade de reconhecimento da culpa e das verdades dos fatos sem qualquer prática inquisitória ou arcaicos procedimentos judiciários de produção de prova (com testemunhas e outras constatações).

Entretanto, no curso do período helênico, a partir da análise dos excertos da literatura trágica de Édipo-Rei, há uma modificação no sistema judiciário processual penal. A decisão dos feitos passa a ser submetida à instância humana, mediante a existência de provas que ilustram a chamada “lei das metades”. É um sistema que apresenta características semelhantes ao atual procedimento acusatório. Inaugura-se a apuração de fatos delitivos a partir da análise empírica de dados passados, através da afirmação de fatos humanos conhecidos que aconteceram em determinado momento pretérito: são dados os primeiros passos para a formação do inquérito (FOUCAULT, 2003, p. 54-55).

Foucault relata que na Grécia Antiga uma série de lutas e contestações políticas resultou na elaboração de uma nova forma de descoberta judiciária da verdade. A produção da verdade não surgiu como afirmação do poder, mas como conquista dos cidadãos gregos face ao autoritarismo. A verdade era concebida como mecanismo de contenção do poder punitivo e não como recurso argumentativo apto a fundamentar práticas persecutórias arbitrárias.

Esse novo modelo grego ressalta a busca pela verdade provável, que aduz a aplicação de regras rígidas para a formação do conhecimento e com discricionariedade suficiente para desenvolver a íntima convicção norteada pela prova perquirida. Inicia-se uma nova formação do sistema de processo penal (que muito se assemelha à dinâmica processual atual), através de uma verdade juridicamente determinada.

Com a “lei das metades” surge a busca da verdade através da memória humana, a qual se torna referência empírica necessária para autorizar ou desautorizar a produção da prova. O uso da linguagem verbal torna-se determinante para a reconstrução dos fatos, utilizado por quem lhes conhece de antemão, os descreve e os relaciona a certa lei que prescreve uma conduta proibida.

O objetivo da verdade era limitar o poder e não fornecer meios de repressão ou prevenção: tratava-se de uma concepção de verdade ligada a ideia de prova, com a demonstração dos eventos através da retórica e com a provocação do debate e das controvérsias. Era um método de conhecimento estruturado em torno do convencimento da verdade.

É o início do sistema acusatório, o qual remonta ao direito grego, desenvolvido pela participação direta do povo no exercício da acusação e do julgamento. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves, com qualquer pessoa podendo acusar, e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil.

No Direito Romano, mais especificamente no período da Alta República, a verdade era compreendida como método necessário para estabelecer a responsabilidade do sujeito no processo penal. A partir desse momento, a verdade passou a ser um *construído semântico-lógico*, no qual determinada figura humana verbaliza, contextualizadamente, a versão de um fato, proposto pela ordem jurídica como infração, cuja admissão dependerá da emissão de um juízo positivo de uma determinada pessoa que não se relaciona à imputação (FOUCAULT, 2003, p. 65).

A substancial contribuição do período foi justamente a utilização do procedimento discursivo, momento em que se intensifica o uso da oralidade como elemento na construção da verdade. Haveria um órgão competente para apresentar a solução da controvérsia verbalizada e juridicamente posta por intermédio de um sistema racional de provas.

Entretanto, o sistema acusatório foi se fragilizando diante da necessidade de repressão dos delitos. A partir do século XII até o XIV, período medievo, surge a racionalização do sistema através do inquérito. Michel Foucault (2003, p. 78-81) alerta que o procedimento inquisitivo constitui instrumento impositivo de poder, uma forma de "poder-saber", politicamente relacionado com o desenvolvimento, sistematização e estabilização da "sociedade disciplinar", expressão com a qual o autor se refere às sociedades contemporâneas. Ressalta também que o condutor do inquérito, ao providenciar a colheita de dados verbalizados, apresenta uma opinião sobre determinado fato, com o escopo de contextualizar o processo a partir de uma verdade possível, crível.

A prática do inquérito esconde a subjacente regra da "certeza perfeita", a qual prevê que a infração e seu autor não podem ficar omissos aos olhos da sociedade. O inquérito surge como instrumento de contenção da atividade infracional, ao semear a crença de que "nada permanecerá impune", o que justifica o uso constante dessa ferramenta ao longo da história.

O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, passa a ser escrito, secreto e não contraditório. No período inquisitório vige a intolerância, derivada da verdade absoluta de que a humanidade foi criada na graça de Deus.

O modelo contemporâneo do sistema jurídico brasileiro é de matriz romano-germânica, em que se revela um núcleo de significação sistêmica baseado na previsão de comportamentos humanos variados.

Todas as práticas judiciárias seriam práticas sociais que fariam os sujeitos sucumbirem a diferentes regimes de verdade a partir da interação entre *relações de poder* e *formação de saber*. Através dos estudos de Foucault é possível entender a formação da verdade ao longo da história ocidental e sua vinculação com a produção de provas nos sistemas processuais penais.

A principal contribuição de Foucault é a sua percepção da verdade como uma reconstrução dinâmica da história dos fatos. Porém, ressalta Antônio Alberto Machado (2007, p. 619) que há uma diferença fundamental entre o trabalho do historiador na reconstrução da história e o do juiz na reprodução do fato dentro do processo, pois enquanto o primeiro desfruta de uma ampla liberdade nas suas investigações, o segundo está sempre limitado pelo *thema probandum* e pela legalidade acerca dos meios de prova a serem empregados na reconstituição histórica dos fatos.

Há que se concordar com o pensador francês que a verdade é fruto de uma relação de poder, com a participação efetiva de uma autoridade judiciária responsável por sentenciar a partir da verdade que se vislumbra no processo. É também uma formação de saber, no sentido de que se sobressairá o discurso mais persuasivo e apto a convencer o julgador.

Determinadas formas e campos possíveis do conhecimento são os processos e lutas que atravessam e constituem o poder-saber (FOUCAULT, 2007, p. 27). O direito processual penal moderno não foi simplesmente apropriado no sentido de servir os interesses de dominação e controle social. Pelo contrário, os sistemas processuais de busca da verdade são instrumentos de *poder*, mas tramados com o *saber*. Dito de maneira mais clara: por trás do saber, isto é, do conhecimento técnico-jurídico, está em disputa uma luta de poder.

Diante dos fundamentos filosóficos sobre a verdade e sua relação com o processo penal e aproveitando o conteúdo evolutivo promovido por Michel Foucault sobre a verdade e as formas jurídicas, há subsídios informativos para abordar a questão da formação da verdade nos sistemas processuais penais.

2.4 A formação da verdade nos sistemas processuais penais

Os sistemas processuais penais são modelos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. A esse modelo é conferido forma e características próprias, desde que as características escolhidas para sua formação estejam em consonância com os critérios constitucionais do Estado (SILVA, R. L., 2015, p. 7).

Os sistemas processuais surgiram para racionalizar os métodos punitivos, a fim de que a solução do conflito penal ocorresse democraticamente entre os participantes do processo.

O processo penal convive com a presença de dois sistemas para a busca da verdade: o acusatório, ligado à fase processual, e o inquisitório, ligado à fase policial ou pré-processual. Contudo, essa divisão sistêmica é abstração ou idealização de modelos processuais. Não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios "puros":

> Nenhum legislador estrutura o processo penal de forma totalmente acusatória ou inteiramente inquisitória. A análise dos diversos ordenamentos jurídicos demonstra a possibilidade de várias combinações de características dos sistemas acusatórios ou inquisitórios: ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais. (BADARÓ, 2003, p. 101-102).

O critério identificador do tipo de sistema é a gestão de provas. Por ser uma atividade recognitiva, a fixação de quem exercerá a gestão da prova e as funções de cada participante processual define o modelo a ser seguido. O sistema acusatório tem suas premissas no princípio do dispositivo, o qual prevê que a gestão das provas é atribuição das partes e o juiz é mero espectador. O sistema inquisitivo prevê que a gestão da prova está nas mãos do julgador (LOPES JUNIOR, 2014, p. 110).

Vigoram no sistema moderno, chamado também de *sistema misto*[33], resquícios inquisitórios na fase processual principalmente em relação à gestão de provas. O art. 156 do CPP outorga poderes instrutórios ao juiz e externa a adoção do princípio inquisitivo, fenômeno nomeado de *ativismo judicial*. Pode-se afirmar que a vertente inquisitória ainda se mantém em larga margem no artifício discursivo da verdade material e na aptidão do juiz para buscar a verdade correspondente à realidade.

---

[33] Nesse caso, a noção de *sistema* pode ser definida como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. Assim, por acolherem características de ambos os sistemas, seria ilógico atribuir eventual denominação de terceiro gênero aos sistemas mistos ou sincréticos, pois a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, não podendo se admitir a coexistência de princípios na origem do sistema (ROSA, 2015, p. 56).

A busca pela verdade correspondente, como elemento central do processo, estimula a prática de atitudes inquisitórias, a qual deveria ser arrefecida em razão de a fase processual representar um espaço democrático, em que não deveria comportar o florescimento de "sensibilidades inquisidoras", isto é, a ambição desmedida da verdade através de práticas autoritárias na persecução criminal (KHALED JUNIOR, 2013, p. 11).

A escolha do modelo processual está relacionado mais à política criminal do que à técnica processual, pois a opção do sistema processual decorre do modelo de Estado e das relações do Estado com os governados:

> A justiça penal forma parte da área clássica de aplicação do monopólio da força estatal. O desenvolvimento do processo penal moderno está ligado, por conseguinte, ao desenvolvimento do Estado. O processo penal se encontra integrado na forma de organização estatal. Em especial, devem provar sua eficácia no processo penal as vinculações constitucionais às quais está submetido o Estado enquanto portador do monopólio de sua força [...]. Assim, sem embargos, implica que, no fundo, cada Estado cria seu próprio tipo de processo penal.[34] (JUNG, 2005, p. 96-97, tradução nossa).

Oportuno examinar as duas espécies de sistemas processuais penais, pois são elas o método pelo qual se perquire a verdade.

2.4.1 Sistema inquisitorial

Predomina nos países que respeitam a liberdade e que possuem uma sólida base democrática o modelo acusatório e, em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em fases de maior repressão, caracterizados pelo totalitarismo ou autoritarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

O sistema inquisitório é um modelo histórico. Sua origem embrionária remonta ao povo egípcio, uma vez que a iniciativa era oficial e o poder de julgar era exercido pelos sacerdotes. No sistema egípcio, a acusação era tida como dever cívico das testemunhas do fato criminoso, que realizavam a polícia repressiva e auxiliar da instrução. Esta, por sua vez, era pública e escrita, com um julgamento secreto e uma decisão simbólica (SILVA, R. L., 2015, p. 17).

---

[34] *La justicia penal forma parte de la áreas clásicas de aplicación del monopólio de la fuerza estatal. El desarrollo del proceso penal moderno se encuentra ligado, por ende, al desarrollo del Estado. El proceso penal se encuentra integrado em la forma de organización de aquél. En especial, deben probar sua eficacia en el proceso penal las vinculaciones constitucionales a las cuales se encuentra sometido el Estado como portador del monopólio de la fuerza [...]. Eso, sin embargo, implica que, el fondo, cada Estado genera su propio tipo de proceso penal.*

Contudo, o modelo inquisitivo se aperfeiçoa com o direito canônico, através da *Jurisdição Eclesiástica*, ao longo do século XII até o XIV. O auge se deu em meados do século XIII, com o *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Ofício*, criado para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário acerca dos mandamentos da igreja católica. Na Idade Média, surgiram as pequenas comunidades (feudos), que se fortaleceram de forma autônoma perante as monarquias e cederem lugar à dominação do poder da igreja.

Tal situação permaneceu até finais do século XVIII e início do XIX, momento em que a Revolução Francesa trouxe novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos removeram paulatinamente as características do modelo inquisitivo.

No modelo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a uma única pessoa, que assume as vestes de um juiz acusador, isto é, inquisidor. O réu não é parte, mas objeto do processo. A ação inicia-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal sistema não existe contraditório, que não seria nem mesmo concebido devido à falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabe unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma dinâmica jurídica processual. O procedimento é normalmente escrito e secreto.

No campo das provas, o julgador, que se identifica como acusador, possui liberdade para colher provas, independentemente da provocação da acusação ou da defesa. O lema desse sistema é a busca da verdade real, inclusive com a prática de tortura e de prisões cautelares para se alcançar a confissão. Baseia-se no princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é melhor acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador. Quanto ao método probatório, há uma substituição da concepção argumentativa para uma concepção demonstrativa da prova, fundadas nos modelos científicos experimentais (BADARÓ, 2003, p. 104-105).

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos falaciosos, especialmente o de “verdade real ou absoluta”:

> Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 102).

Outra característica do sistema inquisitório é a inexistência da coisa julgada e a restrição ao duplo grau de jurisdição. Entendia-se que o bom inquisidor deveria ter muita

cautela para não declarar na sentença de absolvição que o acusado era inocente, mas apenas esclarecer que nada foi legitimamente provado contra ele. Dessa forma, mantinha-se o absolvido ao alcance da inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal. O entrave do trânsito em julgado não existia, portanto, poderia ser rediscutida a matéria a qualquer momento.

Em resumo, no modelo inquisitório: o julgador é parcial; não há uma diferenciação precisa nas atribuições do julgador, pois o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de superioridade sobre o acusado, com aglutinação das funções nas mãos do juiz e inexistência de igualdade de armas e oportunidades entre as partes; a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta; o procedimento é escrito, secreto e não há contraditório eficiente; a prova é legalmente tarifada, com vistas à obtenção da confissão; a sentença não faz coisa julgada; a prisão preventiva é regra e, por fim, o acesso ao segundo grau de jurisdição é restrita.

No sistema brasileiro, a investigação preliminar criminal apresenta algumas características da inquisitorialidade. Realizada por uma instituição vinculada ao Poder Executivo, *Polícia Judiciária*, o *inquérito policial*, previsto nos arts. 4º e seguintes do CPP, é uma atividade administrativa que se desenvolve sem a participação da acusação e da defesa.

Apesar de essa atividade estar sob controle externo do Ministério Público e possa ser acompanhada por advogado ou defensor do investigado, na prática a investigação é realizada sem a participação efetiva da defesa e da acusação. Daí que o material resultante da investigação policial não pode ser considerado provas no processo. Neste sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Badaró (2007, p. 193, grifo do autor) afirmam:

> Daí entender-se que os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar..

Aury Lopes Junior (2014, p. 321) aponta ser imprescindível diferenciar *atos de provas* e *atos de investigação*. Os atos do inquérito policial não valem até prova em contrário, pois não existe previsão legal que autorize a presunção de veracidade. Assim, a verdade produzida na fase pré-processual é *ato de investigação*. Já a verdade resultante da atividade jurisdicional é *ato de provas.*

Os elementos de informação produzidos na fase policial servem apenas de convicção para início de uma eventual pretensão acusatória. Tanto será viciada a prova colhida sem a

presença do juiz, como será a prova colhida pelo juiz, mas sem a presença das partes. Logo, não são “provas” hábeis a formar a convicção do julgador aquelas produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais.

Contudo, na prática, o entendimento dos tribunais é que as informações produzidas em fase investigatória não constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em contas se confirmadas por provas colhidas em contraditório. Piora o cenário no que tange ao Tribunal do Júri, uma vez que tais informações podem ser mencionadas livremente pelas partes e assim levadas em consideração pelos juízes leigos, que não são obrigados a motivar suas decisões (GOMES FILHO; BADARÓ, 2007, p. 194).

Outra corrente bastante reverberada nos tribunais afirma que aquilo que fora produzido em sede inquisitiva somente poderá fundamentar uma sentença penal condenatória se for confirmada por outras provas produzidas em contraditório ou confirmadas em juízo. Contudo, a crítica que se faz é que se há outras provas produzidas em juízo, as informações colhidas na fase policial não possuem nenhum valor. Da mesma forma, se o que foi produzido em inquérito policial é confirmado em juízo, o que será valorado é a prova judicial que confirmou os fatos contidos no inquérito e não os elementos inquisitivos em si.

De acordo teor do texto do art. 155 do CPP, as únicas exceções seriam as provas de natureza cautelar, as não repetíveis e as antecipadas que não podem ser refeitas em sede jurisdicional. Nesse caso, o contraditório será diferido, permitindo que acusação e defesa formulem quesitos e acompanhem a produção probatória.

A valoração das “provas” produzidas em inquérito policial é muito discutível. Isso porque não há nenhuma previsão legal que imponha a exclusão física de tais “provas” dos autos do processo, após recebimento da denúncia.

Caso haja uma sentença condenatória motivada somente no que fora produzido no inquérito policial, sua nulidade deverá ser reconhecida. Entretanto, a preocupação aumenta nos casos em que não existe um controle motivado, como nos crimes de competência do Tribunal do Júri. O inquérito policial permanece nos autos e é lido na sessão de julgamento do júri popular. Nesse caso, o posicionamento mais crítico entende que o uso das informações inquisitivas provoca uma contaminação no consciente do julgador e a solução seria a exclusão física do inquérito policial (GOMES FILHO; BADARÓ, 2007, p. 199-200; LOPES JUNIOR, 2014, p. 329-332).

Analisadas as características do sistema inquisitorial e sua vinculação com os procedimentos de investigação brasileiro, torna-se imprescindível examinar o método acusatório.

2.4.2 Sistema acusatório

Como já examinado anteriormente no tópico referente ao conceito de verdade de Michel Foucault, o sistema acusatório é de origem grega, o qual referendava a participação direta do povo no exercício da acusação e estimulava a democratização da justiça. As contribuições dos gregos para a inserção do sistema acusatório foram a separação das funções de acusar e julgar, com a gestão das provas nas mãos das partes e a publicidade e oralidade como fundamentos procedimentais. A produção da verdade era construída pelo seu aspecto dialogal, pois o contraditório era priorizado pelo julgador.

Entretanto, as contribuições positivas dos gregos limitam-se ao método procedimental. As práticas punitivas eram bastante cruéis e desconsideravam quaisquer direitos do indivíduo perante o Estado, que podia ser sacrificado sem maiores justificativas. A responsabilização criminal, inclusive, não era pessoal: punia-se o ofensor, mas também seus parentes (KHALED JUNIOR, 2013, p. 19-20).

A partir do direito romano, a formação da verdade dividiu-se em inquisitória e acusatória, com as duas formas de procedimento: *cognitio* e *acusatio*. A *cognitio* era realizada em nome do Estado, com o magistrado representando o rei e possuindo os poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem formalidades e até mesmo sem partes. Através da *notitia criminis*, colocava-se a investigar de ofício a suspeitada noticiada. A *accusatio* era assumida por um cidadão do povo e mostrava as características do sistema acusatório (SILVA, R. L., 2015, p. 13-15).

Oportuno ressaltar que na Inglaterra a realidade era diferente. Enquanto o inquisitorialismo feudal repercutia na Europa Continental em meados do século XII e XIII, na Inglaterra prevalecia o sistema acusatório da *Common Law*. O processo acusatório foi

desenvolvido e consolidado na Inglaterra e no mundo anglo-saxão nas formas do *adversary system*[35].

Em contraposição à Europa Continental, os reis ingleses conseguiram impor sua autoridade sobre o conjunto do território e desenvolver sua própria jurisdição em detrimento das jurisdições senhoriais feudais e locais. A centralização prematura do poder inglês refletiu no fortalecimento da jurisdição estatal. Os reis ingleses valeram-se de juízes que percorriam todo o território e reuniam cortes locais para julgarem os casos penais. Paulatinamente, as questões locais foram transferidas para a jurisdição dos tribunais, através de uma fórmula processual comum previamente estabelecida, adquirindo a conotação de direito comum ou *Common Law* (KHALED JUNIOR, 2013, p. 103).

No contexto da *Common Law* surgiu o julgamento perante o júri: *Grand Jury* tinha a competência de denunciar os crimes mais graves e o *Petty Jury* ocupava-se com as provas. Caso o réu confessasse, gerava a isenção do julgamento, instituto conhecido como *guilty plea*. O processo inglês em sua forma clássica é um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial, pois seu papel não é dizer o direito: cabe ao júri analisar as provas e verificar o verdadeiro e o falso, distinguir o justo do injusto. Trata-se de um processo acusatório "puro", porque somente os fatos alegados pela acusação podem conduzir a uma condenação.

Ao julgador britânico não cabe sequer colher o material probatório, o que é função das partes. Cabe-lhe apenas dirigir a audiência e proferir com a colaboração dos jurados (na chamada questão de fato ou de culpa) a decisão final com base nas provas carreadas pela acusação e pela defesa (DIAS, 2004, p. 248).

Entretanto, críticas foram apontadas ao modelo inglês, pois não havia valoração racional das provas incorporadas ao juízo. Os jurados se inspiravam em razões sociais e humanitárias. Consequentemente, o veredito possuía caráter essencialmente subjetivo e desconsiderava ou minimizava o núcleo probatório.

---

[35] Heike Jung (2005, p. 100-101) faz uma análise interessante acerca do termo *adversarial*. Afirma que os modelos de procedimento são classificados mediante a contraposição entre *inquisitorial* e *adversarial model*. Contudo, o uso linguístico dos termos não é unívoco, pois gera questões referentes à sua tradução e natureza. Na Alemanha se utiliza o termo "processo de partes" e na França o termo "acusatório". Esses conceitos têm uma conotação distinta do termo *adversarial*, pois este aponta para o processo em contraditório para busca da verdade; já o termo "acusatório" aponta, em primeiro lugar, para a necessária existência de um acusado. O termo "acusatório" (enquanto "processo de partes") se vincula mais à ideia do *status* processual dos participantes do que a estrutura específica do processo de averiguação da verdade. Aqui se agrega o conceito de parte para descrever uma situação de emancipação do acusado, para elevar sua situação a "sujeito" do processo e refutar sua condição de objeto.

A partir do século XVIII, fortaleceu na Inglaterra o modelo *adversarial*. Demarcados pelo *due process of law*, reconheceu-se os direitos ao imputado: presunção de inocência, direito a permanecer em silêncio, o direito das partes a interrogar testemunhas, etc. Percebe-se que o sistema acusatório foi conservado em razão da experiência processual inglesa e permanece até hoje, caracterizado pela separação das funções de acusar e julgar e pela gestão da prova que cabe exclusivamente às partes, com um juiz adotando uma postura distante das partes. Triunfa a parte mais hábil tecnicamente, não necessariamente a parte que tem direito[36].

No *adversarial model* existe um predomínio da autonomia da vontade das partes. Prevalece a possibilidade de o acusador, seja ele público ou privado, dispor sobre a pretensão punitiva: deixa de formular a acusação ou vale-se dos mecanismos da *bargaining* e da *guilty plea*.

Em síntese, o processo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, com um julgador imparcial no comando do procedimento e totalmente desmunido de iniciativa probatória. Há uma nítida separação de funções, atribuídas a pessoas distintas.

Além das características da oralidade e da publicidade, o contraditório é pleno e vigora o princípio da presunção de inocência. A reconstrução verdadeira dos fatos não é o escopo de tal sistema, que visa apenas à composição de um conflito penal.

A liberdade do acusado é a regra, pois a prisão cautelar é medida excepcional e atende aos critérios de necessidade processual. Nos delitos públicos, a ação é popular e nos privados, de iniciativa dos ofendidos. A análise da prova se dá com base na livre convicção motivada, sem ponderação acerca da hierarquia de provas, pois nem mesmo a confissão tem maior valor ou prestígio. Por fim, a sentença faz coisa julgada e há o direito ao duplo grau de jurisdição.

A doutrina diverge sobre a natureza do sistema processual penal brasileiro. Gustavo Badaró (2003, p. 148-153) admite que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo acusatório. Está claramente delineada a separação de funções de acusar, julgar e defender. As permissões legais dos arts. 156 e 209 do Código de Processo Penal, que facultam ao julgador

[36] O *adversarial model* remonta à teoria do *Sporting theory of justice* , em que o processo penal é tido como um jogo desportivo. O que realmente conta não é o acerto do julgamento, com base numa reconstrução verdadeira dos fatos, mas a correta atuação do procedimento de confronto dialético das partes contrapostas. O objetivo é atingir a vitória final, com a derrota do adversário (JUNG, 2005, p. 101).

produzir provas de ofício para esclarecimento dos fatos, não são incompatíveis com o processo acusatório. É apenas uma questão de técnica processual.

Hélio Tornaghi (1977, v.2, p. 20-21) afirma que as leis modernas adotaram um sistema misto, acompanhado pela legislação brasileira, “não porque seja ao mesmo tempo inquisitório e acusatório, mas porque está dividido em duas partes: a primeira inquisitória e a outra acusatória”.

Aury Lopes Junior (2014, p. 117-121) propõem deslocar o foco da discussão tradicional entre inquisitório e acusatório para o “critério da democraticidade”. Reconhece o autor o caráter inquisitorial do processo penal, porém a distinção deve ser feita a partir da capacidade ou incapacidade de o sistema processual dar respostas afirmativas à compatibilidade com o cenário constitucional e democrático vigente.

Numa vertente mais crítica, Salah Khaled Junior (2013, p. 132-167) pondera ser necessário fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência, ou um processo de inspiração inquisitória, fundada na lógica da persecução ao inimigo e da busca incansável à verdade correspondente.

Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 59-61) defende a necessidade de superar o binômio: acusatório-inquisitório. O conteúdo variável da própria noção de sistema processual e as alterações no contexto constitucional impedem de estabelecer uma opção de método. Há características de ambos os sistemas e, portanto, necessária a leitura conjunta com a Constituição Federal e as diretriz globais, cotejando os documentos internacionais nos quais o Brasil seja signatário. A escolha do sistema possui pouca relevância. Deve-se busca guarida e pertinência no devido processo legal substancial.

Roberto Delmanto Junior (2004, p. 48-50) sustenta que o processo penal possui natureza eminentemente inquisitiva. A regra da busca da verdade impõe certa carga de inquisitividade ao processo penal desde o início da persecução, com a instauração do inquérito policial, passando pela fase judicial até o trânsito em julgado, incluindo igualmente a atividade dos tribunais superiores.

Apesar de formalmente acusatório após o recebimento da denúncia ou queixa-crime, continua a ter o processo carga inquisitiva no inquirir das testemunhas arroladas pela acusação

e pela defesa (art. 212 do CPP[37]), adverti-las sobre o crime de falso testemunho (art. 210 do CPP), ouvir testemunhas de ofício desde que imprescindíveis ao deslinde da causa (art. 209 do CPP), bem como ir ao local dos fatos (analogia à inspeção judicial dos arts. 481 a 483 do novo CPC).

Esclarece o autor que, todavia, o ativismo probatório judicial é aceitável para suprir a indevida inatividade do defensor relapso, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e da ampla defesa e do contraditório. O juiz não pode restar inerte diante da absoluta inação do defensor que não pleiteia produção de prova indispensável à defesa do acusado (DELMANTO JUNIOR, 2004, p. 53).

Apesar das divergências argumentativas, todas as posições reconhecem o espírito inquisitorial que impregna o sistema processual brasileiro. Fica evidente um apelo significativo pela busca a da verdade real, crença esta que precisa ser desmistificada.

2.5 Limites à atividade probatória e o mito da verdade material

O conceito de verdade não possui limitações estanques e acompanha a dinâmica dos diferentes sistemas de produção de provas no processo penal no decorrer do movimento histórico. A tarefa de conceituar “verdade” é extremamente complexa e longe de consenso sobre sua definição.

[37] A partir da reforma do Código de Processo Penal de 2008, o art. 212 foi substancialmente alterado, ao permitir que as perguntas sejam formuladas pelas partes diretamente às testemunhas e facultar ao julgador que as complemente. Suprime-se do juiz o papel de protagonista inquisidor e valoriza sua função completiva, subsidiária. Adotou-se o sistema americano do *cross examination*. Entretanto, essa previsão legal não retirou totalmente o controle judicial, pois o magistrado preside o ato, supervisiona a atuação das partes para que a prova seja produzida nos limites legais e do caso penal e, ao final, poderá fazer perguntas diretamente à testemunha. Há quem sustente ser caso de nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar perguntas (nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016b), Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* RHC 27.555/PR, Sexta Turma, Ministro Relator Og Fernandes, julgado em 11/05/2010, DJe 09/08/2010). Outros advogam ser caso de nulidade absoluta: a inversão caracteriza *error in procedendo* e, portanto, caracteriza ofensa ao devido processo legal (nesse sentido: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2016), Apelação n. 70035510759, Terceira Câmara Criminal, Desembargador Relator Nereu Giacomolli, julgada em 14/10/2010, DJe 27/10/2010).

O "sentido comum teórico"[38] sugere ser o direito um sistema lógico, no qual os ideais contraditórios aparecem como naturais. Há uma mistura de conceitos filosóficos, ou seja, um atrelamento entre a percepção de verdade ontológica clássica (aristotélico-tomista) e a verdade da filosofia da consciência. Ora a verdade é representada em um dado bruto, o fato em si ao qual o sujeito cognoscente deve se amoldar; ora a verdade é tida como uma construção erguida a partir de uma "consciência metodológica" pelo sujeito cognoscente, algo que aparece claro no conceito de livre convencimento (STRECK, 2012, p.132).

Equivocadamente reafirmado na ciência jurídica-processual é a existência de uma dicotomia entre *verdade material* e *verdade formal*. Aliás, essa diferenciação é de origem kantiana: a verdade formal vinculava proposições às leis do pensamento, falseando a realidade, enquanto a verdade material fundia essas percepções (ROSA, 2015, p. 123).

Essa distinção é estabelecida sob três aspectos: o primeiro aspecto parte da premissa de que a verdade judicial obtida em decorrência da instrução processual, obviamente com as limitações que lhe são inerentes, compreende uma verdade formal, enquanto que a verdade resultante de técnicas ou métodos próprios de outras formas do conhecimento, como a do historiador ou a do cientista, que do ponto de vista epistemológico também encontram limitações intransponíveis, seria uma verdade material.

Porém, criticável essa distinção porque não existem verdades absolutas. A diferença está somente no grau de limitação da descoberta da verdade. Qualquer situação cognoscitiva é sempre caracterizada pelos limites relativos aos meios que podem ser utilizados para estabelecer a verdade (BADARÓ, 2003, p. 34).

O segundo aspecto diferencia a verdade objetiva no processo penal da verdade formal no processo civil, sob o argumento de que a verdade judicial no processo civil se satisfaz basicamente com provas documentais e com o interesse das partes, ao passo que a verdade no processo penal visa a satisfazer um interesse social e as provas devem ser suficientes a evidenciar um fato criminoso pretérito.

Enfatiza-se uma orientação do direito penal e do processo penal como instrumentos de defesa da sociedade contra a delinquência, centrada na repressão estatal. O interesse

[38] Locução cunhada por Luis Alberto Warat para designar o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais (parlamentos, tribunais, escolas de direito, associações profissionais, etc). Tal conceito traduz um complexo de conhecimentos acumulados pelas práticas jurídicas institucionais que buscam no direito verdades apofânticas, ao atribuir qualquer sentido ao texto legal, desde que satisfaça o interesse do intérprete. É o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos de verdade das ciências humanas. Warat dizia que os juristas trabalham com uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Há uma realidade pré-concebida do conteúdo e efeitos dos discursos da verdade do direito que regula a racionalidade e atuação dos produtores e usuários do direito (STRECK, 2013, introdução da obra).

público é quem inspira e move o processo penal e coloca como exigência a descoberta da realidade dos acontecimentos de maneira íntegra, genuína, sem manipulações e nem restrições (GOMES FILHO, 1997, p. 33-35).

Para essa corrente, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de composição de conflitos sociais. E, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se (GOMES FILHO, 1997, p. 18).

O terceiro aspecto justifica a verdade obtida no processo acusatório como verdade formal e, no procedimento inquisitório, como verdade material. Entretanto, críticas também são apontadas nesse conceito, haja vista que o processo penal brasileiro não é um sistema acusatório puro.

Grande parcela dos processualistas sustenta que a verdade perquirida no processo penal é a verdade objetiva, pois é unicamente essa que entra por meio da prova em contato com o espírito racional do julgador e pode gerar nele, legitimamente, a convicção racional da criminalidade. Não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes.

Nicola Framarino Malatesta filia-se a esse posicionamento e rejeita que em matéria penal possa haver a probabilidade. Somente a certeza da culpa autoriza a condenação, pois no crime não é possível o equívoco. Diz o autor:

> [...] quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida [...]. É necessário, pois, procurar as melhores provas em matéria penal, porque são elas que melhor podem fazer chegar à conquista da verdade substancial. (MALATESTA, 2001, p. 107).

Inegável que o sistema processual penal brasileiro se incline pela busca pela verdade material. Em diversos dispositivos do Código de Processo Penal transparece a preocupação em se descobrir a realidade absoluta dos fatos: averiguar a falsidade documental constante nos autos do processo (art. 147) e perquirir sobre a higidez mental do acusado (art. 149).

Existe também uma preocupação legislativa em preservar os meios de prova, a fim de que a verdade não pereça. É o que ocorre com as medidas cautelares e a antecipação de provas: preceder a colheita de depoimento de testemunha senil ou enferma antes da instrução criminal (art. 225), busca e apreensão domiciliar ou pessoal para apreender objetos referentes

à prática criminosa (art. 240 §1º) e a busca e apreensão realizada por dois peritos nomeados pelo juiz nos crimes contra a propriedade material, com a finalidade de aumentar a eficiência para desvendar os fatos (art. 527). No mesmo sentido, a atenção despendida na validade das perícias e exames em geral: completam-se os laudos, repetem-se os exames ou providenciam-se provas fotográficas, tantos quantos forem indispensáveis à aludida revelação (arts. 158, 162, 163, 165, 169, 170, 171, 174, 181 e § ú, 182).

O estatuto processual penal zela também pela veracidade dos testemunhos: advertência do crime de falso testemunho, inclusive com a remissão de cópia do depoimento à autoridade policial para instauração de inquérito, caso reconheça a falsidade das declarações (arts. 203 e 211), inquirição separada das testemunhas (art. 210), impedimento de "apreciações pessoais" (art. 213), possibilidade de interrogatório por videoconferência, nos casos em que a presença do réu cause temor à testemunha e "prejudique a verdade do depoimento" (art. 2170), viabilidade de condução coercitiva, caso a testemunha não compareça sem motivo justificado (art. 218) e as pessoas impossibilitadas ou enfermas serão inquiridas "onde estiverem" (art. 220).

Depreende-se de tais dispositivos que o sistema processual penal segue refém da verdade material. Entretanto, a adoção desse conceito de verdade não é exclusivo do sistema brasileiro. A título de comparação, no sistema processual alemão, a tarefa do tribunal é buscar a verdade e reconstruí-la da forma mais exata possível. A busca da verdade é tarefa do Estado. Não se confia nos interesses das partes, pois o controle das informações processuais é de competência estatal (VOLK, 2005, p. 206, 208).

Klaus Volk (2000, p. 103, 105) critica essa posição e admite que o jurista não pode ser comparado a um cientista. A verdade processual é reduzida, deformada e formalizada, pois o que se perquire é a verdade do direito material, que se limita a alguns aspectos da realidade. Além disso, os fatos são reavivados após longos anos e os métodos do julgador para alcance da verdade são bem definidos.

Inexiste a contradição entre verdade real e verdade "somente" formal. Isso porque a dita verdade material é "formalizada" através do procedimento. A verdade se distancia à medida que numerosas garantias jurídicas passam a ser aplicadas, como por exemplo, a proibição de provas ilícitas que interrompem o caminho da indagação de toda verdade. As garantias impedem o conhecimento de parte da realidade e distorce um lado da busca da verdade (VOLK, 2005, p. 207).

Toda realidade é fruto de uma interpretação. Há que se desmistificar a dualidade "verdade formal" e "verdade material", que objetiva explicar o tipo de "certeza" que deve sustentar uma demanda de natureza civil (verossimilhança, verdade formal) e de natureza penal (verdade real):

> Trata-se, paradoxalmente, de uma tentativa de limitar o assenhoramento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista por meio da estatuição de um "princípio" que se fundamenta no paradigma anterior – superado pela subjetividade – que é a metafísica essencialista, clássica. Além da crítica que pode ser feita à impossibilidade de se falar em "verdade real" (um vez que articula dois conceitos distintos no nível da filosofia, quais seja: o da verdade e o da realidade), a questão mais originária que se apresenta em jogo aqui é esta: um processo penal inquisitivo convive tanto com o objetivismo quanto com um subjetivismo, e isso tem efeitos deletérios. (STRECK, 2012, p. 133).

Lenio Luiz Streck (2012, p. 131) avalia ainda que a verdade real ou material, em um modelo inquisidor do "juiz presidente da instrução", acaba por ser um álibi teórico que serve para justificar tanto a busca de elementos de "convicção" pelo juiz, durante o gerenciamento de provas, quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de fundamento jurídico.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 57) afirma estar superada e sepultada na ciência jurídica a aceitação de uma verdade pautada na reconstrução de um fato pretérito capaz de gerar no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência. Isso porque é impossível restabelecer fatos pretéritos, pois a verdade enquanto essência de um objeto jamais pode ser atingida, se esse objeto está no passado. Ademais, a ideia de "certeza" somente pode ser concebida no nível subjetivo, já que cada pessoa tem percepções diferentes sobre um mesmo fato.

A verdade real é "[...] empulhação ideológica que serve para *acalmar* a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da *informação perfeita* no processo penal recebe o nome de *Verdade Real*." "[...] Buscar a Verdade Real *do* e *no* processo penal é uma forma ingênua e absurda de atuação." (ROSA, 2015, p. 117, 120, grifo do autor).

Bachelard se afastou das teorias aristotélicas, kantianas e cartesianas, que aceitavam a verdade como correspondência da realidade e propôs a noção de *verdade aproximativa*. No mundo jurídico, tal ideia foi sustentada por Luigi Ferrajoli[39].

Ao identificar a verdade processual como verdade aproximativa, Ferrajoli (2002, p. 42, 488) destaca a impossibilidade de formular critério seguro para a verdade das teses jurídicas. Ressalta que a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre um limite ideal e inatingível. Refuta o ideal de correspondência absoluta da concepção de prova encaminhada à demonstração da verdade material. Não admite que o juiz persiga a verdade, pois para isso conforma uma atividade inquisitória do magistrado.

O único significado da palavra "verdadeiro" (como das palavras "confiável", "provável", "verossímil", "plausível") é a correspondência argumentada ou aproximativa das proposições para com a realidade objetiva, a qual no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas (FERRAJOLI, 2002, p. 50-54).

Independentemente da adjetivação utilizada, a verdade está limitada ao respeito às garantias constitucionais e às leis processuais, pois

> [...] o objeto do processo penal é a obtenção da verdade somente e na medida em que se empreguem os meios legalmente reconhecidos. A 'verdade judicial' nem sempre coincide com a verdade material propriamente dita. Esse é o preço que se paga por um processo penal que respeita todas as garantias e direitos humanos característicos do Estado social e democrático de Direito.[40] (MUÑOZ CONDE, 2007a, p. 115, tradução nossa).

A verdade judicial não é resultado apenas de um conjunto de provas produzidas no processo. Há limites probatórios que condicionam a realidade processual e garantem que o *status libertatis* do acusado seja respeitado.

O primeiro limite é a garantia constitucional do *devido processo legal* e da *dignidade da pessoa humana*. Tais limites constitucionais asseguram que o modelo cognitivo processual respeite os direitos humanos fundamentais: presunção de inocência; imparcialidade do julgador; publicidade dos atos, com a transparência dos procedimentos probatórios; direito ao

---

[39] A crítica que se faz ao conceito de *verdade aproximativa* é que Ferrajoli não supera, através de sua teoria, a arquitetura fundante do modelo de verdade correspondente no processo penal, pois somente relativiza o discurso hegemônico da verdade real. O próprio autor emprega em alguns momentos o temo "busca da verdade". A verdade relativa ou aproximada acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, pois não refuta integralmente a necessidade de se estabelecer uma correspondência com a realidade. Dizer que a verdade não deve ser perseguida a qualquer custo ainda é dizer que a verdade deve ser perseguida e que esse deve ser tido como um fim do processo penal (KHALED JUNIOR, 2013, p. 181, 184).

[40] *[...] el objeto del proceso penal es la obtención de la verdade sólo y em la medida en que se empleen para ello los médios legalmente reconocidos. Se habla así de una 'verdad forense' que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por um proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho.*

silêncio, com a finalidade de que o acusado não produza prova contra si mesmo; inadmissibilidade das provas resultantes de meios ilícitos; necessidade das decisões judiciais serem devidamente motivadas e fundamentadas; direito ao contraditório e à ampla defesa; direito de responder ao processo em liberdade.

A pretensão acusatória, além de estar alicerçada em provas que hipoteticamente demonstram que um fato criminoso ocorreu, deve ser proposta sem que cause constrangimentos à dignidade do acusado e respeite integralmente a formalidade processual. Isso, por si só, já seria um obstáculo suficiente para se negar a existência da verdade material.

Porém, além das garantias constitucionais, há os limites legais. Ao mesmo tempo em que a lei processual penal estimula a busca da verdade real, ela estabelece preceitos que esmorecem o seu alcance. É o caso, por exemplo, da limitação do número de testemunhas arroladas pelas partes, das prescrições penais, da decadência, etc.

Em razão dessas limitações probatórias, torna-se irrelevante utilizar alguma adjetivação para caracterizar a verdade judicial:

> Na persecução penal, preferível aceitar que se perquire, na reconstrução do fato, uma verdade, sem adjetivo. Mas, caso se queira adjetivá-la, melhor denominá-la de verdade atingível - aquela que se aproxima do ideal, com acatamento do justo e devido processo -, ou verdade aproximativa. [...] No processo não há lugar para extremismo: verdade absoluta – uma utopia -; ou ausência de verdade – arbítrio. (PITOMBO, 2003, p. 179-180).

Aliás, Salah Khaled Junior (2013, p. 590-593) sustenta o abandono de uma concepção de processo orientada pela busca da verdade. O que existe é uma “representação” de fatos pretéritos, de maneira que a verdade será, na melhor das hipóteses, *contingencial.* Trata-se de uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa a partir de rastros da passeidade. O autor retoma a teoria da *representância* de Paul Ricoeur: há no processo um passado preservado através de evidências e reelaborado narrativamente, o qual valerá como se fosse o evento que pertence a um tempo escoado. É a substituição do presente através da conexão cognitiva com o pretérito, legitimada com as regras do devido processo legal.

Portanto, essa dicotomia sobre “verdades” é uma análise incongruente: ou há uma verdade material, ontológica, com a busca da verdade nas essências dos fatos e que são verdades irrefutáveis, indiscutíveis e, portanto, não há convencimento e sim objetificação da relação processual ou há o livre convencimento, no qual é possível o uso da racionalidade dedutiva, por meio do método construído pela subjetividade.

Eis que aqui reside a terceira limitação probatória: a linguagem. Ainda que se aceite a existência da verdade substancial, com a captação da essência das coisas, essa captação

cognitiva tem de ser descrita, relatada para um terceiro ouvinte, momento em que sofre com as modulações interpretativas do julgador.

No sistema acusatório, como consequência da concentração de atos, a oralidade rege o sistema de provas na processualística penal brasileira. A linguagem é o principal instrumento utilizado pelos sujeitos do processo na produção das provas e também pelo julgador, pois o processo de convicção do magistrado advém da reconstrução analógica dos fatos.

2.6 Linguagem e verdade: a reconstrução analógica dos fatos e a racionalidade interpretativa do julgador no processo penal

A formação da verdade no processo judicial é essencialmente linguística, cercada por uma constante comunicação entre as partes, juiz e demais participantes da produção probatória. Prepondera uma situação comunicacional entre os participantes, uma investigação linguisticamente orientada às disposições legais, aos discursos jurídicos e à racionalidade do julgador.

Isso ocorre porque o processo penal possui *função retrospectiva*, na medida em que seu escopo precípuo seria a produção analógica dos fatos sob a forma narrativa:

> Bastaria desse modo que, voltado exclusivamente para a óptica do autor do delito, como instrumento de sua proteção, o processo penal adoptasse uma função retrospectiva, tendo como missão exclusiva a reconstrução dos fatos passados para apenas orientar o *se* e o *em que medida* poderia ocorrer a interferência estatal na vida privada do indivíduo (FERNANDES, F. A., 2001, p. 43, grifo do autor).

A aproximação entre o direito e a linguagem deriva da necessidade daquele produzir respostas a problemas práticos. Sob a perspectiva da semiótica, a teoria da linguagem ou dos signos apresenta três níveis de compreensão: a *sintaxe*, que trata dos signos linguísticos entre si, de gramática, de lógica, de formas e de estruturas; a *semântica*, que trata das relações dos signos linguísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade; a *pragmática*, que trata da relação dos signos linguísticos com seu uso em situações concretas, de ação, de comunicação, da retórica e da narração, ou seja, enquanto conexão situacional na qual os signos são usados (FERRAZ JÚNIOR, 2015a, p. 1).

Principalmente no campo da pragmática, em que se desenvolve a ação linguística no processo judicial, a filosofia da linguagem surge como referencial para compreensão do discurso jurídico. As teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança

nas aspirações do próprio direito, com o viés de trocar a “pretensão de verdade” por uma “pretensão de justiça” e de permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido (BUSATO, 2011, p. 104).

Wittgenstein, Heidegger, Gadamer e Habermas passaram a ocupar o centro da atenção filosófica contemporânea no que tange à linguagem e sua relação com o conceito de verdade. Tais teorias serviram de subsídio para análise da relação linguística e a verdade no processo judicial, tema este que possui intrínseca afinidade com a delação premiada.

2.6.1. Wittgenstein: os jogos de linguagem

A linguagem nem sempre possuiu uma papel primário nas relações humanas. Para Platão e Sócrates era possível saber a definição dos objetos sem o uso da linguagem: as coisas possuem significados em razão de um modelo ideal (inato) que orienta as escolhas humanas. A linguagem é apenas um instrumento secundário, através do qual não se atinge a verdadeira realidade. O real é verdadeiramente conhecido em si, sem palavras, sem mediações linguísticas. A linguagem é vista como não constitutiva da experiência humana do real. Seguindo a dimensão metafísica platônica da linguagem, Aristóteles defende o caráter ontológico da linguagem, pois, para ele, as palavras só tinham um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência pré-estabelecida inatamente.

Para a metafisica clássica, o conhecimento verdadeiro consistiria na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. Sem conhecimento da essência, não haveria conhecimento verdadeiro. Essas considerações precedentes servem para caracterizar o paradigma conhecido como *filosofia da consciência*, no qual a concepção vigente é a de que a linguagem é instrumento para designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção linguística.

A partir de Humbodt, Hamann e Herder se inicia o reconhecimento de que a linguagem possui um papel constitutivo na relação do sujeito com o universo. A linguagem é vista como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação. A linguagem se constitui como uma unidade em oposição da dicotomia *sujeito-objeto*. Há um rompimento da *filosofia da consciência* pela *filosofia da linguagem* (STRECK, 1999, p. 121).

Com a viragem linguística, também conhecida como “giro linguístico”, “guinada linguística” ou “reviravolta linguística”, ocorre a ruptura com as concepções metafísicas, essencialistas e ontológicas. A linguagem não é mais entendida como um terceiro elemento que se interpõe entre sujeito e objeto, concepção esta que criava uma barreira ao conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas. Toda apreensão da realidade se faz mediante uma descrição linguística e toda linguagem é uma construção social, ou seja, o conhecimento é produzido a partir de descrições válidas e adequadas para os propósitos sociais.

Ludwing Wittgenstein, referido anteriormente como filósofo da teoria da correspondência[41], inicia a segunda fase de seu pensamento como o autor pioneiro da “viragem linguística”. Na obra *Investigações filosóficas*, o autor muda o foco de sua abordagem. A proposição passa a ser apenas uma hipótese da representação, a qual demanda um processo constante de reformulação. Nega-se o caráter isofôrmico entre uma proposição e um fato representado, pois a proposição dependerá do contexto em que está inserida e o decurso do tempo. Abandona-se o conceito formal de significação das palavras, pois toda premissa se assenta numa falsidade, ou seja, na impossibilidade de respostas definitivas e únicas.

O pensamento de Wittgenstein (2002, p. 17) se fundamenta na ação e na racionalidade prática. A linguagem é logicamente imperfeita, pois ela depende dos *jogos de linguagem*: o sentido linguístico é oferecido pelo contexto em que ele se desenvolve e não baseado em vinculações prévias.

Toda linguagem é ambígua e toda palavra é polissêmica, razão pela qual as locuções não possuem uma significação definitiva. Os *jogos de linguagem* é a atividade que possibilitará a dinâmica a ser empregada na práxis da linguagem, não se podendo almejar significações cristalinas e ideais. Uma expressão é “apropriada, mas só para este domínio estritamente circunscrito, não para a totalidade do que pretendemos representar” (WIITGENSTEIN, 2002, p. 21).

As proposições não possuem a segurança lógica da matemática ou da metafísica. Esta incluída na linguagem, única via de acesso ao significado provisório e sujeito a modificações, havendo a necessidade de se buscar unidades de outra ordem, outros critérios.

[41] Em sua fase inicial, na obra *Tratactus Lógico-Philosophicus*, Wittgenstein sustentava que a *proposição* era uma imagem estruturada e isomorfa dos fatos que representava a verdade, influenciada pela matemática, na qual a forma lógica era a garantia da possibilidade de se pensar e falar do mundo real. O sujeito seria plenamente consciente e não estaria inserido nas formas da vida. A relação era *sujeito-objeto* (ROSA, 2004, p. 173).

É no campo do uso da linguagem que a proposição se destaca e ganha significado (ROSA, 2004, p. 174).

Os “jogos de linguagem” se configurariam a partir da existência de uma descrição e uma compreensão. Para que os “jogos” fizessem sentido, os participantes deveriam compartilhar determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras e determinados pontos de partida.

Não é possível a pretensão de uma linguagem unívoca de paradigma descritivo. Os jogos de linguagem são regidos por regras (“quadro de mundo”), compartilhadas entre os sujeitos e moldadas por convicções. O erro ocorreria quando uma regra não fosse cumprida, ou seja, quando se violasse um padrão determinado entre correto e incorreto. As regras são práticas, impostas por meio da persuasão e não por meio de justificativas (WITTGENSTEIN, 2002, p. 203, 359).

Por certo essas regras são imprecisas e não delimitam a situação comunicativa. São meras regras de orientação, tais como: forma, cor, conjunto de objetos, etc. Busca-se apenas compreender e se fazer compreender através de um processo *intersubjetivo* de atribuição de sentido:

> Mas então o emprego da palavra não está regulamentado; o ‘jogo’ que jogamos com ela não está regulamentado. Ele não está inteiramente limitado por regras; mas também não há nenhuma regra no tênis que prescreva até que altura é permitido lançar a bola nem com quanta força; mas o tênis é um jogo e também tem regras. (WITTGENSTEIN, 2002, p. 53).

O que irá delimitar o significado das proposições é o uso que se realizam a partir de opções de sentido. Trata-se de descobrir as maneiras de se empregar a linguagem. A realidade dependerá da representação linguística empregada e não como correspondência da consistência lógica.

A grande crítica ao modelo apresentado por Wittgenstein é que a teoria dos “jogos de linguagem” limita-se à linguagem descritiva e despreza as circunstâncias do caso concreto que oferecem substrato ao discurso jurídico:

> [...] a lógica dos “jogos de linguagem” – inclusive no discurso jurídico – somente pode ser compreendida a partir da consideração de outros fatores além de sua expressão verbal, inclusive as circunstâncias em que tem lugar. Com isso, para o estabelecimento do argumento jurídico, não são desprezíveis as circunstâncias do caso concreto nem tampouco sua situação histórica, social, cultural e política. (BUSATO, 2011, p. 104).

Essa ideia de Wittgenstein foi aprimorada por outros filósofos, que procuram aprofundar os estudos acerca da eficácia da expressão linguística.

2.6.2 Heidegger: a verdade ontológica e os caminhos da hermenêutica

Martin Heidegger (1889-1976) acompanha a virada linguística para, assim como Wittgenstein[42], superar o paradigma *sujeito-objeto*. Para Heidegger, o conhecimento nasce inevitavelmente da dicotomia entre o sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido; contudo, esse paradigma se caracteriza pelo descaso em relação ao *sentido ontológico* que está na base constitutiva do conhecimento (MELIM, 2015, p. 23).

Assim, um automóvel pode ser um amontoado de ferro, plástico, vidro, borracha, etc. ou pode ser um veículo automotor, a depender do sentido ontológico que lhe é dado. Estendendo para a ciência jurídica, os autos do processo judicial pode ser considerado o instrumento hábil para se fazer valer um direito ou tão somente um amontoado de papéis. Essa constatação demonstra que o *ser* não está na constituição física, mas nos efeitos e nos sentidos da percepção histórica de quem o observa.

Com isso, Heidegger desvela dois níveis existenciais do conhecimento: o nível *ôntico*, em que se encontram os *entes*, e o nível *ontológico*, em que se abriga o *ser*, a que ele denominou de *diferença ontológica*.

Há uma notável distinção entre o que *é* (na perspectiva existencial) e o que o *ser* representa no espaço e no tempo: "ser é sempre ser de um ente", mas nem todo *ente* é obrigatoriamente algo fisicamente disposto no espaço (HEIDEGGER, 2012, p. 44). As palavras "liberdade", "justiça", "honra" representam *entes* que auferem existência ontológica em razão dos efeitos da carga histórica daqueles que os percebem.

A exatidão físico-matemática não garante a verdade das coisas, pois na percepção ontológica, o *ser* não pode ser necessariamente medido, pesado, tangível, etc. Heidegger apresenta uma *verdade ontológica*, que justamente atinge o plano jurídico.

O direito, enquanto *ser*, não pode estabelecer critérios de verdade e certeza que estejam baseados em fundamentos físico-matemáticos. Não existe uma fórmula mágica que possa garantir uma estratégia metodológica que aponte de forma precisa qual é a verdade jurídica:

---

[42] Wittgenstein efetuou a leitura da obra *O ser e o tempo* de Heidegger, obra que o fez superar a sua visão inicial lógica sobre a verdade correspondência. Apesar disso, trata-se de dois universos paradigmáticos distintos (MELIM, 2015, p. 24).

> A verdade no mundo do ser do direito é ontológica (não ôntica). Basta que ela tenha *sentido* para justificar a sua existência, independentemente da sua possibilidade de aferição por critérios lógico-dedutivos. E esse *sentido* é ontológico (*mundo do ser dos entes*) e não ôntico (*mundo dos entes em si*). Por isso, Heidegger alerta que o descaso com o "sentido ontológico" é o pressuposto fatal que está na base da relação sujeito-objeto. (MELIM, 2015, p. 26, grifo do autor).

Os sentidos não podem ser armazenados. Eles surgem e se transformam com o tempo. Ao ler um laudo pericial (sentido do *ser* do texto) depende diretamente do *ser* de quem o compreende. A compreensão da leitura será o resultado dos estímulos sensoriais provocados pela leitura, somados aos sentidos proporcionados pelo acionamento da memória do próprio leitor. Assim, a verdade é uma troca de sentidos entre sujeitos.

O *ser* não é uma constituição física, mas uma compreensão linguística. A linguagem funciona como uma espécie de energia indutora de sentidos. Questionar o *ser* dos outros *entes* é uma tarefa essencialmente hermenêutica: "[...] filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica da *presença*[43]." (HEIDEGGER, 2012, p. 78, grifo nosso).

Para definir a estrutura essencial da *presença*, Heidegger usa a expressão "ser-no-mundo". A presença somente pode *ser* enquanto compreende, pois o seu *ser* é o resultado da compreensão. Nesse sentido, o *ser* da *presença* é o seu próprio mundo: para quem compreende, o mundo é obrigatoriamente aquilo que se pode compreender. Fora dos limites da compreensão, não há mundo. Logo, conhecer é estabelecer limites para o seu próprio "mundo".

O "mundo" seria horizonte de significantes e se daria de três formas: *a) disposição*: humor/tonalidade, determinação constitutiva capaz de revelar o *ser-aí*; *b) compreensão*: sintonizada com o homem, a compreensão que liga o "mundo" com o "ser-no-mundo" e *c) discurso*: através da discursividade (linguagem) o *ser-aí* se liga ao mundo ao descobri-lo, porque além de falar, pode compreender. Heidegger concilia estes momentos (disposição, compreensão e discurso) em uma estrutura unitária denominada "cuidado" ou "cura", o qual representa a estrutura fundamental do *ser-aí* enquanto *ser-no-mundo*. "Cura" significa o modo de ser da presença, no qual ela se encontra em um constante estado de ocupação para com o seu mundo (MELIM, 2015, p. 45; ROSA, 2004, p. 193-194).

---

[43] *Presença* é a ontologia fundamental, da qual todas as outras podem se originar. A presença possui um primado ôntico, posto ser um ente determinado em seu ser pela existência, e um primado ontológico, pois com base na determinação da existência, a presença é em si mesma ontológica. A presença é o ente que ontologicamente deve ser o primeiro interrogado antes de qualquer outro. É o que Heidegger chama de *dasein* (*sein* é "ser", enquanto que *da* pode significar "aqui" ou "lá"), definido como o *ser-aí*. Isso demonstra que a presença é um ente sem referencial. Simplesmente o *ser* existe porque há uma compreensão acerca dele. *Dasein* demonstra o campo aberto no qual as coisas podem aparecer no tempo. A essência do *ser-aí* reside na sua *existência*, devendo-se esclarecer que essa análise *existenciária* não se confunde com as escolhas pessoais (existenciais ou ônticas da vida concreta) (ROSA, 2004, p. 191-192).

Portanto, na visão heideggeriana, a verdade não é um ente simplesmente dado que tem vida própria. A verdade é apenas uma característica possível do *ser* fenomenologicamente percebido. O intérprete é verdadeiro quando proporciona discursos autênticos e legítimos do seu texto. Por isso, a verdade jurídica possível é ontológica, pois não existe um *ente* simplesmente dado que possa representar onticamente a verdade jurídica de forma absoluta. A verdade jurídica é um fenômeno ontológico decorrente da natureza hermenêutica da cura. Ao intérprete, resta somente indícios da verdade, os quais são desvelados pelo cuidado com a coerência discursiva da interpretação e pelo respeito às normas jurídicas.

2.6.3 Gadamer: a verdade hermenêutica

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) partiu da ontologia fundamental de Heidegger (de quem foi aluno e assistente) para formular uma teoria sobre o acontecer hermenêutico da verdade no “mundo-do-ser”. Para ele, essa verdade ocorre fenomenologicamente, pois depende da facticidade e da historicidade do intérprete.

Gadamer (2011, p. 688) concede à hermenêutica uma deferência especial, alçando-a à condição de uma verdadeira ciência geral, pois

> [...] a relação humana com o mundo é linguística e, portanto, compreensível em geral e por princípio. Nesse sentido, a hermenêutica é, como vimos um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito.

O filósofo alemão questiona a verdade exclusiva da ciência e do método cartesiano em detrimento do juízo estético e da historicidade. A hermenêutica desempenharia a função integradora e mediadora de horizontes culturais, devolvendo à experiência estética seu legítimo significado e conduzindo à integração entre sujeito, objeto, presente e passado (NOGUEIRA, 2013, p. 46).

Compreender e interpretar textos não são expedientes reservados apenas à ciência, mas pertence a toda experiência do homem no mundo, de maneira que a hermenêutica não é uma doutrina ou método, mas uma teoria da experiência da realidade. Gadamer estabelece a filosofia, a arte e a história como focos de seu estudo, para explicar que se tratam de modos de experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meio metodológicos das ciências (MELIM, 2015, p. 49).

Existem três níveis de verdade que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico: nível da experiência da arte, nível do conhecimento histórico e nível da linguagem.

Gadamer afasta-se do cientificismo e propõe a análise da verdade a partir de outras áreas do conhecimento.

Dois níveis interessam para o presente estudo: o histórico e o linguístico. Um dos conceitos centrais de Gadamer refere-se à historicidade constitutiva das possibilidades de compreensão, ou seja, a compreensão que o homem possui de si mesmo é intrinsicamente histórico (NOGUEIRA, 2013, p. 47).

São os efeitos da história sobre o ser do intérprete que irão definir os limites de sua possibilidade de compreensão. Esse conjunto de possibilidades decorrente dos efeitos da história, Gadamer chama de *horizonte*. Este representa o conjunto de sentidos possíveis induzidos pela compreensão. É a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete (GADAMER, 2011, p. 399-492).

A análise de Gadamer desvela o significado ontológico universal da linguagem, estabelecendo-a como condição fundamental de possibilidade do *ser*. A linguagem representa a energia indutora dos sentidos no mundo-do-ser, provocando a estimulação sensorial do horizonte do intérprete. A linguagem opera no desvelar das configurações de sentido do intérprete.

Gadamer, inclusive, projeta para o plano jurídico suas concepções hermenêuticas, pois assevera que a verdade jurídica não pode ser obtida por critérios lógico-semânticos de validação. A atividade jurisdicional possui uma relação de linguagem e sua matéria não pode ser demonstrada logicamente. A atividade hermenêutica está em constante transformação, pois os sentidos não podem ser armazenados, como assevera Heidegger. Cada caso judicial específico demonstrará uma verdade válida.

Haverá sempre uma *compreensão prévia* sobre um assunto e a atividade hermenêutica deve promover o exercício interpretativo que “responda” ao desafio do texto. Portanto, o texto normativo não deve ser visto como uma solução pronta, mas como a formulação de uma pergunta que deve ser feita para o caso concreto. A lei não estimula sentidos explicativos, mas sentidos interrogativos:

> Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validez jurídica. [...] o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário. (GADAMER, 2011, p. 408-409).

Assim, tanto em Wittgenstein, Heidegger e Gadamer fica evidente a superação da teoria da verdade como correspondência através da linguagem. Contudo, é com Habermas que a verdade é elevada ao plano do consenso. Habermas critica a teoria hermenêutica de

Gadamer e aponta três deficiências: ausência de dimensão crítica; presença simbólica e cultural na hermenêutica; necessidade do conhecimento histórico se orientar em função de uma filosofia da história, não dogmática e concebida na perspectiva prática.

2.6.4 Habermas: a verdade e o consenso

Jürgen Habermas é representante da segunda geração da escola de Frankfurt, marcada pela falha da Revolução da Classe Trabalhadora, ascensão do Nazismo e principalmente pelos desastres da Segunda Guerra Mundial. Logo, o contexto em que se insere Habermas é de descrença nas relações de poder e da presença da dominação de classes, ou seja, a racionalidade moderna teria exaurido seu potencial emancipador para sucumbir à lógica positivista de dominação da razão burguesa.

Cumpre esclarecer que o intento de Habermas foi apresentar uma "teoria da reconstrução crítica da sociedade", ao restabelecer a crença do poder emancipatório da razão humana, propunha a prática de relações sociais isentas de dominação e compostas por indivíduos emancipados socialmente.

Diante da necessidade de um comprometimento com os interesses libertários, o autor defende uma filosofia baseada na intersubjetividade de sujeitos, que agem comunicativamente para realizar um consenso. Há o abandono completo da dicotomia sujeito-objeto. Habermas vivencia uma reestruturação do mundo moderno, com o retorno do antropocentrismo nas relações sociais e da positivação dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e promulgada pela resolução 217 (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

Habermas analisa a verdade sob o aspecto realista, que surgiu depois do enfoque pragmático-linguístico, e propõe o estudo da verdade em face da justificação das proposições. A verdade de uma proposição, sob o enfoque da hermenêutica, acha-se impregnada pelo valor transmitido pela linguística, razão pela qual o autor rejeita a teoria hermenêutica e aceita que a verdade é obtida a partir de discurso racional que a justifique (PITOMBO, 2003, p. 91).

Assim, a verdade é uma pretensão de validade que anexamos aos atos de fala constatativos. Uma proposição é verdadeira se está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com que afirmamos qualquer proposição mediante o uso de enunciados. A fundamentação de uma proposição não deve depender da verdade da proposição, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade da proposição depende da

fundamentação da proposição. O conceito de verdade é transferido do nível semântico para o nível pragmático (ALEXY, 2011, p. 110).

Superando os conceitos hermenêuticos, Jürgen Habermas apresenta a ideia da “ação comunicativa”. Para tal teoria, toda relação se baseia numa situação comunicacional, expressada por meio de interações nas quais os participantes coordenam de comum acordo seus planos de ação. O consenso que se consegue em cada caso se mede pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. Assim, uma norma é válida se sua fundamentação puder convencer cada um dos participantes. O cumprimento de uma norma válida é interiorizado por cada um dos participantes desde que os demais também a cumpram.

A linguagem, na concepção habermasiana, é o mecanismo que assume a função de produzir integração social, uma vez que é o único meio apto para coordenar, de maneira estável e legítima, os planos individuais de ação e, portanto, sua fonte primária. A tese central da “teoria do agir comunicativo” se refere à criação de uma situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coação, que pode a todo o momento ser problematizada e fundamentada pela via discursiva (HABERMAS, 1987, p. 115-119).

A situação ideal de comunicação exclui as “distorções sistemáticas de comunicação” e os “influxos externos contingentes”, de forma a garantir aos participantes no discurso uma distribuição simétrica de oportunidades de eleger e executar atos de comunicação. Para atingir a situação ideal de comunicação duas condições devem ser cumpridas.

A *teoria da ação comunicativa* parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida (ROSA, 2004, p. 279).

Primeiramente, todos os participantes potenciais num discurso têm que ter a mesma oportunidade de empregar atos de fala comunicativos, de sorte que em todo o momento tenham a oportunidade tanto de abrir um discurso como de perpetuá-lo mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas. Em segundo lugar, todos os participantes no discurso têm que ter igual oportunidade de fazer interpretações, afirmações, recomendações, dar explicações e justificações e de problematizar, raciocinar ou refutar as pretensões de validade

delas, de sorte que ao máximo nenhum prejuízo resulte subtraído à tematização e à crítica (FERNANDES, F. A., 2001, p. 147).

Toda ação linguística é direcionada no sentido subjetivo e tais ações interativas podem ser tanto ação instrumental (estratégia) como ação comunicativa.

Na *ação estratégica*, a "força" da linguagem está nos meios escolhidos adequadamente para realização da fala, de forma que uma pessoa, em seu agir, utiliza outra pessoa como meio adequado para a realização de um fim (sucesso pessoal). Há uma busca pelo efeito perlocucionário derivado da comunicação, ou seja, uma tentativa de persuasão sobre outros envolvidos na ação. É uma relação de sujeito-objeto, que pode ser entendido como influenciação sobre um terceiro observador.

No *agir comunicativo*, a "força" da linguagem está nos argumentos, na própria comunicação. É aquele em que uma pessoa procura convencer outra de suas pretensões. Trata-se de ação orientada para a produção do consenso, o que pressupõe, ao contrário da ação estratégica, transparência no comportamento do agente. O efeito a ser produzido é ilocucionário (entendimento/consenso), já que neste reside a própria função do falar (oralidade) (GALUPPO, 2002, p. 122-127).

A filosofia da linguagem contribuiu para desconstruir o mito da verdade material, ao mostrar a prevalência da intersubjetividade no processo de cognição humana. A moderna filosofia habermasiana entende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscente. A razão não se aloja no mundo fenomênico (*paradigma do ser)*, ou no sujeito individual (*paradigma do sujeito*), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns, através da ação linguística.

Os sujeitos que se comunicam pela linguagem apoiam-se necessariamente num consenso que serve de pano de fundo para sua ação comunicativa. O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento prévio das pretensões de validade: pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo descritivo, pretensão de correção de justiça do conteúdo normativo e pretensão da veracidade (autenticidade e sinceridade) relativas ao mundo subjetivo.

Tais pretensões de validade visam à universalização da comunicação hipotética e impõem aos participantes da fala uma igualdade invencível na situação de discurso. Isso implica dizer que a "verdade" e a "legitimidade" não são conceitos absolutos de validade plena e eterna, ao contrário, resultam de um consenso discursivo. Há um deslocamento da

verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade, o que a torna provisória, enquanto durar o consenso.

Apesar do mérito da filosofia da linguagem focalizar o discurso da verdade no Direito à luz da tensão *validade-eficácia*, Habermas não escapa das críticas por não resolver a questão nuclear da obrigatoriedade normativa, pois refuta a segurança exigida pela ordem jurídica positiva (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 45).

Outra crítica à teoria habermasiana centra-se na questão da horizontalização dos participantes da fala e no elevado grau de idealização quanto ao uso comunicativo da linguagem. Haveria a formação do consenso entre os agentes comunicativos em igualdade de condições numa comunidade ideal de fala. Contudo, sistematizar condições universais de validade da linguagem é uma tarefa complexa. Vale ressaltar que a sociedade é plural e verticalizada, com disparates sociais, econômicos e culturais.

Assim é que o processo penal não pode ser uma comunidade de linguagem ideal, isenta de coerção, um diálogo racional no sentido de liberdade de domínio, com a finalidade única de conduzir a uma unificação entre os participantes. A intersubjetividade das normas jurídicas constitui-se num processo assimétrico, isto é, constituído por distribuição desigual das oportunidades de comunicação pelos sujeitos processuais (ANDRADE, 1988, p. 328-329).

As críticas mais contundentes vieram de Niklas Luhmann[44], o qual sustentou que teorias como a de Habermas estão destinadas ao fracasso, diante da riqueza de possibilidades inerentes à pós-modernidade. O problema que se apresenta na atualidade não é mais o da correção interna de decisões ou normas, mas de "superação da complexidade". Donde decorre que o problema da justiça deve ser separado da antiga relação entre *verdade* e

[44] Habermas também não poupou críticas a Niklas Luhmann, afirmando que Luhmann atribui ao direito uma posição marginal e neutraliza sob uma descrição objetivista o fenômeno da *validez* do direito, ao qual só se pode ter acesso indiretamente. Por essa perspectiva, o direito se interpreta como estabilização de expectativas de comportamento. Tal representa uma autonomização que acaba segregando o direito, uma vez que este se torna positivo, e convertendo-o em um sistema autopoiético. Então o sistema jurídico, como um processo ou ciclo de comunicação recursivamente fechado, se deslinda de tal forma de seus entornos que só desenvolve suas relações externas através de meras observações. Outra crítica pontuada por Habermas é que Luhmann promove a desconexão entre um sistema jurídico fechado e o resto dos subsistemas de ação. Esse sistema jurídico que se tornou autônomo já não pode manter um intercâmbio direto com seus entornos internos à sociedade, nem tampouco obrar regulativamente sobre eles; logo, o sistema, por ser autopoiético, só reagiria diante de seus próprios problemas e não pode perceber nem elaborar problemas que afetam o conjunto social (AMARAL, C. P., 2007, p. 139-140).
Apesar das críticas mútuas, entendemos que ambos os teóricos (Habermas e Luhmann) contribuem para a compreensão da realidade do direito processual penal, apenas partem de concepções diferentes. Evidente a dialética: uma visão endoprocessual habermasiana, que foca nos critérios de verdade e validade discursiva das partes e do julgador e sua relação "dentro" do processo, outra visão macroprocessual, que parte da complexidade sistêmica e observa as "irritações" do sistema jurídico processual penal com outros subsistemas e o entorno social.

fundamentabilidade e deve ser formulado como questionamentos sobre a "[...] complexidade adequada do sistema jurídico." (ALEXY, 2011, p. 128).

Apesar das críticas à visão romantizada de Habermas, sua proposta busca inserir as balizas democráticas e contribui para a compreensão do direito processual com pouco espaço para a discricionariedade judicial. Refuta a decisão isolada e sem fundamentação escorreita do julgador, bem como reforça as pretensões de validade enunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado.

Através de sua teoria crítica, o poder da razão se fundamenta na reflexão com o estímulo a uma postura *cognitivista* do julgador, ao revés da ciência positivista. A crítica postulada por Habermas consiste na reavaliação no sistema de justiça, com o escopo de repudiar a coerção e a injustiça e estabelecer a racionalidade e a harmonia consensual.

Habermas parte da tese de impossibilidade de um processo penal perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta. Teria o processo que se desenvolver à margem de toda coerção e domínio e desembocar em decisões finais comunicativamente obtidas e isentas de todo o conteúdo de frustração, o que estaria naturalmente excluído do processo a aplicação de uma pena (ANDRADE, 1988, p. 327).

Diante do caráter narrativo das provas na persecução penal, a verdade é uma construção linguística fundada na racionalidade discursiva, proveniente da situação comunicacional estabelecida entre partes, juiz e demais sujeitos colaboradores da práxis judicial. O ato de compreensão sempre se processa dentro de um horizonte de significados e intenções já aceites, de maneira que o juiz, numa posição receptiva e enquanto intérprete da verdade, fixará sua convicção na sentença. Eis aqui a necessidade de analisar os limites da linguagem nos procedimentos criminais e sua relação com as provas orais, sob a ótica tanto da reconstrução narrativa dos fatos, quanto da exegese exercida pelo julgador ao examinar as provas e proferir a decisão.

2.6.5 A reconstrução analógica dos fatos e a racionalidade interpretativa do julgador no processo penal

O sistema de provas é predominantemente oral, num processo penal que obedece à ritualística exigida em lei e atos concentrados na inquirição de testemunhas, esclarecimentos dos peritos, colheita do depoimento da vítima, interrogatório do acusado e, atualmente, a colaboração premiada do corréu ou coinvestigados. Acontece que o julgamento criminal é

exemplo da justiça processual imperfeita. Ainda que seja rigorosamente respeitada a lei, com a aplicação de um processo justo e corretamente produzido, pode chegar-se a um resultado errado: o inocente pode ser condenado e o culpado pode ser julgado inocente (FERNANDES, F. A., 2001, p. 156).

Essa falibilidade inerente ao processo criminal nasce justamente dos equívocos produzidos durante a colheita da prova oral. Nesse sentido, surge outra crítica à concepção discursivo-procedimental habermasiana, ao negar que o processo seja lugar de uma comunicação livre de domínio e coação. O processo é fruto de uma assimétrica e patológica repartição de papéis e das possibilidades de troca de conhecimentos entre os sujeitos processuais (STRECK, 2011, p. 39-40).

Isso porque, na situação comunicativa discursivo-jurídica, a ação linguística é dirigida a um terceiro (julgador), o qual exige a prática ou abstinência de um ato, mas que nunca objetiva o consenso. Essa *exigibilidade* [45] altera a função sintomática e sinalizadora do discurso, na medida em que deixa de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores para torna-se coordenação objetiva que liga os participantes entre si. Nessa situação comunicativa triádica, o terceiro comunicador assume uma posição hierarquicamente superior (*jus cogens*), tornando-se os outros participantes "meros" receptores, ainda que não absolutamente passivos.

Os sujeitos da dinâmica processual são postos em posição de certo antagonismo dialético, o que impossibilitaria a situação linguística ideal[46]. Insta observar que ao réu é garantido o direito ao silêncio, o qual inviabiliza qualquer processo comunicativo na busca da verdade. Os papéis dos participantes no processo são definidos de tal maneira que a aceitação das provas não está estruturada no sentido de uma busca cooperativa da verdade de permanente caráter discursivo.

As partes não visam à verdade, mas sim a uma decisão favorável, tanto que o juiz, muita das vezes, vê-se obrigado a sobrepor ao fim de averiguação da verdade a necessidade de obter decisões mais céleres. Além disso, ao final do processo penal, haverá a aplicação de uma pena, cuja efetivação não depende da aceitação do condenado.

---

[45] No sentido de que dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, o papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado.

[46] Robert Alexy (2015, p. 90-97) assevera que os discursos podem ser ideais nos casos em que vigoram as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e ausência de coerção perfeita (no sentido de capacidade e disposição perfeita para a troca de papéis e da liberdade de pré-juízos) para a resposta de uma questão prática. Não é o caso do processo judicial, em que prevalece os problemas do discurso ideal: problema da construção, problema do consenso, problema do critério e o problema da correção.

Há também o fato de o processo judicial ser um instrumento em que prepondera a persuasão (função perlocucionária), justamente diante da dialeticidade estabelecida entre as partes. A prova oral assume a condição retórica, regulada pela lei e direcionada para o convencimento do Estado-juiz sobre a validade das proposições. A racionalidade da própria argumentação está assentada em se acatar o melhor argumento daquele que possui melhores razões para resistir às críticas opostas e, quem entra em um discurso, assume pragmaticamente a obrigação ilocucionária de acatá-lo (GALUPPO, 2002, p. 131).

Chaïm Perelman (1997, p. 164) lembra que as provas sempre se referem a alguma proposição ou tese, a qual não pode ser fundamentada exclusivamente em critérios metafísicos ou intuitivos e, portanto, imprescindível que se expresse por via da linguagem. Esta seria responsável por descrever a realidade a partir da racionalidade humana, na qual as estruturas formais da linguagem se entrelaçam com as motivações culturais e as percepções emotivas.

Interessante notar que, no uso linguístico, as palavras sofrem alterações significativas no decorrer do processo de comunicação, a depender do contexto inserido. Por ser um local de comunicação social, o procedimento criminal não é diferente. O êxito de uma comunicação depende de como o receptor interpretará o sentido latente: a forma gramatical e o significado de base, por vezes, em vez de ajudar na busca do sentido latente, servem para encobri-lo. O processo de significação não depende unicamente das relações internas dos signos, mas também de um sistema de evocações provenientes dos contextos de uso, determinados pelos objetivos do emissor, pela materialidade ideológico-política da sociedade e pelos dados do contexto comunicacional (WARAT, 1995, p. 65-66).

A peculiaridade da linguagem jurídica, em razão do revestimento técnico das palavras estampada nos tipos penais, pode provocar equívocos durante a inquirição de testemunha ou depoimento da vítima. Nesse ponto é que se clarifica a perniciosidade de seu uso na prática judicial: uma mesma palavra, frase ou termo pode possuir significados diferentes para os sujeitos da dinâmica processual. E isso pode ser providencial na análise do dolo ou na verificação do amoldamento da conduta ao tipo penal:

> A relação entre orador e ouvinte jurídicos manifesta uma situação comunicativa instável. Sendo o discurso uma expressão carregada da personalidade das partes, estas atuam e se obrigam na medida da sua personalidade. Nesse sentido, elas gozam da liberdade de trazer à discussão temas e informações que julgam necessários àquela manifestação. Essa liberdade é sugerida como um privilégio das partes, mas funciona também como um fator de engajamento. Se ela pressupõe que as partes, ao discutir, tenham a intenção de convencer e, pois, de dizer e buscar a “verdade”, pressupõe também que as partes possam mentir. A liberdade faz, por isso, da

> situação comunicativa uma relação insegura e instável. (FERRAZ JÚNIOR, 2015a, p. 85-86).

Existe a ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por desconhecer essa volatilidade dos textos jurídicos, produz-se no direito a falsa crença de que na mera alteração das palavras da lei, residiria a transformação automática das práticas sociais e dos sentidos normativos. Frise-se que a linguagem, além da intenção informativa, emotiva, diretiva e perfomativa, possui essencialmente a função de dominação, com o propósito de estabelecer uma relação de poder (força) e persuadir os interlocutores.

Outro ponto a ser destacado é a carga valorativa atribuída aos usos emotivos da oralidade. As palavras pronunciadas, à margem de seu caráter descritivo, veiculam o juízo, emotivo ou valorativo, que o emissor possui frente à designação comunicada. Uma mesma palavra ou frase pode ter simultaneamente uma significação literal e um impacto emotivo. Vários termos ou expressões podem ser sinônimos quanto ao seu sentido descritivo e divergente em seu registro emotivo (WARAT, 1995, p. 68-69).

Apenas a título de exemplificação, nos delitos sexuais, diante da natureza sorrateira da prática da conduta delituosa, a palavra da vítima possui alta carga valorativa e emotiva. É muito comum o magistrado se sensibilizar e formar sua convicção através do comportamento apresentado pela vítima ao prestar seus esclarecimentos: choro, voz trêmula, não querer olhar para o acusado, detalhes do acontecimento. Todos esses elementos auxiliam no convencimento do ouvinte, através do processo de “fetichização” linguística. Aquele que escuta pode aceitar as palavras sem se dar conta de que está sendo submetido a um processo de persuasão.

Existe, por outro lado, um tipo interessante de palavras com carga emotiva, mas com anemia significativa. Seu sentido designativo é conceitualmente construído. Estas expressões denominam-se “estereótipos”, cujo significado designativo depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos e perpetuam os juízos valorativos. A estereotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada. Ou seja, estereótipo transmite a ideia de dominação, aceitação de uma ideologia. Os estereótipos jurídicos estão ligados ao senso comum teórico: “ordem jurídica nos fornece segurança”, “direito positivo é garantia de paz social”, “o

processo é instrumento de resolução de conflitos", "lugar de bandido é na cadeia!", "a justiça será feita através do processo penal". (WARAT, 1995, p. 70-72).

Na prática judiciária, utiliza-se o estereótipo de que a "testemunha tem o compromisso de dizer a verdade". De fato, existe a configuração do crime de falso testemunho, com as sanções inerentes à prática da conduta. Entretanto, quem garante que a prova testemunhal é o caminho para a verdade? Qual a carga valorativa do discurso testemunhal? Diante da falibilidade da comunicação oral, qual a credibilidade desse "compromisso"? Na realidade, esses juízos formulados é uma tentativa de maquiar as imperfeições da atividade jurisdicional.

Outro ponto instigante no emprego da oralidade no procedimento criminal é a verticalização dos participantes da situação comunicacional[47]. Habermas propunha uma relação horizontalizada entre os agentes comunicativos, a qual se mostra inconcebível no processo. O pluralismo social e os diferentes padrões linguísticos estabelecidos entre os indivíduos limitam a utilização da prova oral.

Note-se que o ambiente jurídico, criado para igualar os sujeitos dentro da relação processual, é na prática altamente horizontalizado: vestimentas rebuscadas, excessivo uso do linguajar técnico, posição de superioridade e reverência do juiz ao inquirir uma testemunha, etc. É possível um confronto entre a percepção de uma testemunha sobre um fato e a aquilo que os participantes da comunicação desejam compreender para o sucesso ou insucesso do processo. Há uma necessidade de reconsideração do quanto o real é capaz de representar enquanto resistência à capacidade de apreensão dos sentidos humanos, de forma que a verticalidade do homem o impede de conhecer a totalidade das coisas (KHALED JUNIOR, 2013, p. 459-460).

A comunicação entre os participantes do processo é estabelecida através de perguntas e respostas. Essa relação nem sempre é tão objetiva quanto aparenta, já que toda linguagem é fruto de interpretação. Logo, além do problema da significância das palavras anteriormente demonstrado, há também a barreira da compreensão dos termos, tanto de quem pergunta como da pessoa que responde, justamente em razão da relação verticalizada instituída entre os sujeitos da situação comunicativa.

---

[47] Adverte Francisco Muñoz Conde (2007a, p. 110, 112): "*[...] la búsqueda de la verdade en el discurso institucional tiene unas particularidades que la distinguen de la búsqueda de la verdade em el discurso libre de dominio, em el que precisamente por serlo, todas las partes están en un plano de igualdad y tienen el mismo interés en encontrar la verdad [...]. Los datos biológicos, físicos, químicos o matemáticos, dificilmente pueden ser ignorados, modificados o reinterpretados arbitrariamente por um juez. Pero a diferencia de lo que sucede en un laboratorio, en el proceso penal están implicados diretamente unos intereses humanos, pasiones encontradas, conflitos individuales y sociales, que hay que solucionar en un tempo previsible.*

Ademais, existe um fator limitativo: o tempo. A prova construída oralmente é fruto da memória[48] das testemunhas, das vítimas, dos peritos e dos acusados sobre o fato criminoso, cuja narrativa é formalizada meses e, às vezes, anos após o ocorrido. Essa passeidade do testemunho, enquanto operador cognitivo do passado, nem sempre é fiel à integralidade real do acontecimento delitivo. A reminiscência do pretérito é o rastro de uma realidade interpretada a partir de relatos analogicamente produzidos diante das percepções projetivas de uma parte da realidade.

O julgador exerce uma exegese secundária, ao interpretar um fato já anteriormente interpretado pela testemunha, vítima ou perito. O juiz reinterpreta as percepções de um sujeito sobre a verdade e, consequentemente, acrescenta algo a sua compreensão. Há, inevitavelmente, uma imaginação criativa em ação que irá reorganizar e reelaborar os rastros do passado. Todo fundamento da compreensão se origina no pertencimento do intérprete a uma determinada tradição[49], ou seja, num contexto que vai condicionar a sua leitura do processo judicial.

Hans-Georg Gadamer (2011, p. 612) alerta que o ser humano existe na linguagem. Há um limite imposto pela linguagem: ela é mediação primária para o acesso ao mundo, que articula toda consciência e saber. A experiência humana do mundo é uma experiência linguística, o que significa que a realidade observada é inseparável de sua interpretação.

Ao assumir essa postura Gadameriana, a hermenêutica torna-se uma importante ferramenta contra a tradicional ambição de verdade inquisitória para a formação da convicção e o decisionismo. A hermenêutica não buscará simplesmente confirmar as preconcepções e juízos antecipadamente formulados pelo intérprete. Pelo contrário, ela se propõe a tomar consciência das antecipações e as controlar, com o escopo de obter uma compreensão mais aprofundada da verdade. A ideia é impedir a mera confirmação das próprias hipóteses. A sua objetividade está na elaboração de opinião prévia com a intenção de receptivamente contrastá-la constantemente com a realidade e não com a intenção de confirmá-la a qualquer custo, na crença da busca da verdade absoluta (KHALED JUNIOR, 2013, p. 516).

---

[48] O processo cognitivo e mnemônico não é fidedigno à realidade e a lembrança de um fato pode estar contaminada pelo fenômeno da *falsa memória*. As falsas memórias ressaltam o problema da verdade produzida no processo penal. Para aprofundamento do tema, sugere-se a leitura: MANDARINO; FREITAS, 2014, p. 536-555.

[49] Conforme Gadamer, tradição é algo em que nos situamos e pelo qual existimos e que é, em grande parte, invisível. Existem, portanto, pré-juízos (pré-conceitos) que dão frutos e outros que nos aprisionam, nos impedem de pensar e ver. A compreensão torna-se possível quando o intérprete coloca em jogo suas preconcepções (NOGUEIRA, 2013, p. 49-51).

Os elementos de prova se apresentam sempre vazados em alguma forma de linguagem. Seja a linguagem oral quando se tem, por exemplo, o depoimento de uma testemunha, seja a linguagem escrita que se encontra expressa nas coisas ou nos documentos. O certo é que a prova sempre "fala" algo a respeito dos fatos que se pretende reconstruir ou demonstrar nos relatos históricos ou nos processos judiciais (MACHADO, A. A., 2007, p. 619).

O juiz não é uma máquina analítica que realiza um mero juízo de fato. Sua convicção é formada e, posteriormente, externalizada narrativamente na sentença, produzindo algo novo para além da noção de certeza e verdades absolutas. A verdade é apenas a representação parcial da realidade vislumbrada no plano discursivo. A decisão judicial é proferida a partir de uma interpretação linguisticamente aceita como válida.

2.7 A colaboração das partes na busca da verdade e o ônus da prova no processo penal

A verdade no processo penal acusatório é fruto da participação efetiva das partes. Em regra, a atribuição de provar em juízo penal cabe à acusação, em razão da garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) resguardar o réu das arbitrariedades do Estado e dos constrangimentos contra sua liberdade de locomoção. A função do acusador público, essencial à função jurisdicional, é defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses individuais sociais e individuais, conforme preceitua os arts. 127 e 129 da Constituição Federal.

É atribuição exclusiva do Ministério Público a titularidade da ação penal pública. Assim, cabe à instituição indicar as provas para a imputação do fato criminoso e participar na perquirição da verdade de diversas formas: pedir instauração de incidentes processuais, requerer busca e apreensão, solicitar diligências complementares, dentre outras.

Entretanto, o conceito de parte não se atrela necessariamente ao de parte no sentido material, pois não é função da acusação sustentar a descoberta da verdade real. Aceitar a verdade como um critério de justiça significa justamente anuir à impossibilidade de atingir a verdade absoluta sobre os fatos debatidos no processo. A dinâmica processual irá depender do ônus da prova de cada parte. Deste modo, nada obsta que o promotor de justiça requeira a absolvição, pois o sucesso da ação penal não se vincula à condenação obtida a qualquer custo, mas à decisão justa (PITOMBO, 2003, p. 122).

O Ministério Público possui função *custus legis*, que se sobrepõe à função de parte no processo penal e lhe possibilita pleitear a improcedência da ação penal caso vislumbre que as provas existentes nos autos do processo penal são insuficientes para condenar o réu.

O assistente de acusação atua como auxiliar ao acusador público. Além da defesa dos seus interesses na condição de vítima ou de representante da vítima, participa e colabora na produção probatória. Ele propõe meios de prova, requer perguntas às testemunhas, participa dos debates, arrazoa recursos interpostos pelo Ministério Público. Suas atribuições estão previstas nos arts. 268 a 273 do Código de Processo Penal.

Apesar de não ser parte, inegável a participação do juiz no sistema processual adotado. Por possuir tanto aspectos do sistema inquisitório quanto do acusatório, o processo penal brasileiro permite a atuação do julgador na complementariedade das provas e, portanto, como sujeito atuante na busca da verdade dos fatos.

Gustavo Badaró (2003, p. 149-154) diz que a colaboração processual do juiz é uma tentativa de superar a mera igualdade formal e atingir a igualdade material, pois sua participação é fundamental para que se dê plena efetividade à igualdade real entre as partes. Para o autor, "não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios, que lhe permitam determinar a produção de provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade".

Cleunice Pitombo (2003, p. 136) compartilha do mesmo entendimento: "é intolerável, no processo penal, juiz tão-só passivo ou receptivo da prova, satisfeito com a verdade aparente. O juiz, em especial o penal, é ativo – ou deve ser-, no conhecer a verdade dos fatos e por ela se orientar".

A atividade investigatória do juiz consiste em poder-dever (PITOMBO, 2003, p. 139) ou num ônus remoto ou imediato (BADARÓ, 2003, p. 238), pois somente atua com o interesse investigativo em caráter supletivo ou indireto, em respeito a sua imparcialidade.

Contudo, o ativismo judicial em caráter ambicioso e desmedido pode ser pernicioso. Isso porque, se a verdade real é intangível, o magistrado deve pautar seu raciocínio a partir dos elementos probatórios auferidos pelas partes. É concebível que o julgador possa resolver suas dúvidas e incertezas a partir das provas colacionadas pelas partes, visto que seu interesse nas provas é residual.

O foco do trabalho vincula-se à problemática da colaboração do acusado e do investigado na busca da verdade. Porém, antes de adentrar ao mérito da matéria, urge esclarecer a significativa diferença entre *ônus*, *dever*, *obrigação* e *direito*.

Ônus é a faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. O conceito de ônus está atrelado à autodeterminação ou disponibilidade de exercer ou não um *direito*, que pressupõe que os sujeitos processuais tenham liberdade para manifestar sua vontade, comportando-se de forma comissiva ou omissiva, sem coação, sendo nessas condições, responsáveis pelas suas condutas (DELMANTO JUNIOR, 2004, p. 128).

Tratando-se de *ônus*, o fato de o sujeito assumir de forma consciente conduta processual penal omissiva, que resulta em inatividade, não significa necessariamente que ele tenha sido omisso, isto é, negligente, faltoso, descuidado (DELMANTO JUNIOR, 2004, p. 129).

Já os *deveres* são imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade, enquanto os ônus são imperativos do próprio interesse. As *obrigações*, enquanto imperativo de interesse do credor, geram uma posição jurídica negativa para o devedor, em decorrência da qual o credor, titular do direito subjetivo correspondente, pode exigir-lhe o cumprimento da obrigação. Os *deveres* são um imperativo perante a sociedade. Trata-se também de uma posição jurídica passiva, que acarreta desvantagem àquele a quem foi instituído o dever. O dever pressupõe o sujeito ativo a quem interessa o seu cumprimento pelo sujeito passivo. O descumprimento de um dever gera uma sanção com natureza de coação moral ou intimidação (BADARÓ, 2003, p. 175-176).

O *ônus* corresponde a um imperativo de interesse próprio, em que as posições jurídicas são lícitas mesmo com seu descumprimento e não gera sanção.

Assim, as atividades probatórias no processo penal são governadas por *ônus*. Estes servirão de estímulo, de mecanismo de pressão psicológica, para a atuação dos sujeitos interessados na busca da verdade. Se o Ministério Público, no exercício da ação penal, afirma que uma pessoa é culpada e pede sua condenação, está assumindo o ônus de provar que o sujeito cometeu o delito que lhe é imputado (BADARÓ, 2003, p. 227).

Nesse sentido, fica clara a distinção entre *ônus* e *dever*. Em havendo justa causa para oferecer a denúncia, desde que presentes as demais condições da ação e os pressupostos processuais, o órgão acusatório tem o dever de promover a ação penal pública. Em contrapartida, o Ministério Público tem apenas o ônus de provar suas alegações.

Em regra, a carga probatória é do órgão acusatório. Entretanto, o acusado colabora na reconstrução do fato que se perquire. Da leitura do art. 156 do CPP, depreende-se que compete à acusação provar fato constitutivo. Contudo, ônus do réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo da pretensão acusatória. É o caso, por exemplo, do álibi, da legítima defesa, do estado de necessidade, etc.

Essa posição não é unânime. Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 47) sustenta que não se aplica ao juízo criminal a repartição do ônus da prova, visto que há um desequilíbrio natural entre acusação e defesa. O ônus da prova no processo penal não pode ser visualizado como no processo civil.

O atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, porém, não reconhece a figura do acusado apenas como um sujeito que resiste e reage à imputação penal. Sua participação colaborativa torna-se cada vez mais imprescindível na busca da verdade, conforme se vislumbra no instituto da delação premiada.

Diante da configuração da sociedade pós-moderna, em que se almeja garantir a segurança e reduzir os riscos sistêmicos, o sistema jurídico processual penal não apresenta caminho diferente. Como resultado da sociedade de risco, as reformas jurídicas recentes objetivam a redistribuição das cargas probatórias, com o intuito de combater a complexidade de alguns crimes. É a situação que se vislumbra na utilização da colaboração premial para buscar uma possível verdade nos crimes de organização criminosa:

> A inversão da carga da prova, tal qual praticada pela doutrina e jurisprudência dominantes, conduziria ao absurdo de em caso de oferecimento de defesa não comprovada suficientemente, tal circunstância trazer maiores gravames ao acusado do que a sua inércia, já que livraria o Ministério Público de sua carga probatória. [...] através de institutos processuais atípicos, de constitucionalidade extremamente duvidosa, burla-se a presunção de inocência, imputando ao réu a tarefa de se desincumbir de uma carga processual que lhe recai desde o recebimento da denúncia (GLOECKNER, 2015, p. 305-306).

A inversão da carga da prova tem se transformado numa grande arma no “combate à criminalidade”, principalmente nos delitos de grande complexidade, como as organizações criminosas e os crimes econômicos.

A exploração discursiva possui limites na elucidação dos fatos e no alcance da verdade no processo judicial, pois a relação entre os sujeitos da situação comunicacional é falível e imperfeita. Toda a percepção é, em sua essência, uma interpretação projetiva e limitada do universo. Contudo, cresce no processo penal o uso de práticas cognitivas discursivas, especialmente com práticas *negociais* para alcançar a verdade. Há uma abertura

de mecanismos “pseudoconsensuais”, isto é, com aparência de consensualidade, para obtenção da verdade.

Se por um lado a consensualidade da Lei nº 9.099/95, ao prever os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processual, possibilitou um processo penal sem que houvesse necessidade de verificação judicial sobre a veracidade dos fatos (e, portanto, livre das angústias e incômodo dos constrangimentos da atividade processual), por outro lado a “consensualidade” inserida nas práticas negociais da delação premiada visa a investir na busca da verdade, com menor dispêndio de tempo, de dinheiro e de atividades processuais do julgador e da acusação. É uma ilusória eficiência processual.

Por isso, a relevância probatória da delação premiada deve ser analisada sob o viés crítico, na contramão do senso comum teórico do direito processual penal. Muñoz Conde (2007a, p. 88, tradução nossa) adverte que:

> [...] dar valor à declaração de corréu em si mesma supõe abrir a porta para a violação do direito fundamental à presunção de inocência e para as práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica fonte de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, a Polícia e o Ministério Público, com consequentes retiradas da acusação contra uns para conseguir a incriminação e condenação de outros. Nada salutar para o Estado de Direito. Por tudo isso, reiteramos nossa tese inicial: a declaração do corréu não é em si mesma considerada uma verdade e autêntica prova incriminatória.[50]

A colaboração do corréu ou coinvestigado cria uma situação *sui generis* acerca do ônus da prova, pois fica num limbo entre ser um *direito*, na perspectiva normativa, e ser um *ônus*, na perspectiva conceitual e pragmática. Isso porque, a norma jurídica que trata do tema proporciona ao acusado ou investigado a faculdade de exercer a delação para a obtenção de um interesse próprio, que seria a redução ou isenção de pena.

Porém, para esmiuçar a análise da situação do acusado como colaborador da justiça e a sua consequente carga probatória no sistema processual penal brasileiro, necessário antes compreender o instituto da delação premiada. Na sequência, será dado um panorama conceitual e normativo da delação para, por fim, examinar os limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal.

---

[50] *[...] dar valor a la declaración del coimputdo em sí misma supone abrir la puerta a la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y a prácticas que pueden convertir el processo penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la Polícia y el Ministério Público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la incriminación (y condena) de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho. Por todo ello, reiteramos nuestra tesis inicial: La declaratión del coimputado no es em sí misma considerada una verdadeira y auténtica prueba de cargo.*

CAPÍTULO 3 DELAÇÃO PREMIADA

3.1 Aspectos gerais do instituto do direito penal premial

3.1.1 A sedução do “prêmio” e a dimensão ética do processo penal

A hipertrofia da complexidade social provocada pela evolução das tecnologias e pela globalização resulta na amplitude de comunicações entre os sistemas jurídicos de diversos países. Há uma “internacionalização” do direito penal, posto que os delitos transcendem as fronteiras e trazem o problema da aplicação transnacional das leis penais.

A notável especialização de condutas criminosas inseridas no âmbito econômico, político, empresarial, entre outros, desafia o sistema de justiça criminal brasileiro a criar novos mecanismos hábeis não só para o alcance da “verdade” das práticas criminosas, mas principalmente para estabilizar as expectativas sistêmicas geradas pelo risco penal. Com isso, evidencia-se um desajuste entre a eficiência da capacidade investigatória do Estado frente à insuficiência de instrumentos de proteção das liberdades pessoais.

Nesse cenário, o direito processual penal sofre uma transição: o abandono das clássicas técnicas de investigação e repressão em detrimento de uma gradativa

> [...] perspectiva de prevenção e gerenciamento do risco penal, no que se convencionou chamar de Justiça Penal Colaborativa: no lugar de simplesmente defender a inocência frente ao processo penal, conduz-se a investigação por novas abordagens do regime de informação na Justiça Penal, com consequências nem sempre desejáveis às liberdades pessoais. (SAAD-DINIZ, 2015, p. 12).

Modernas técnicas de investigação são criadas para que o sistema penal possa corresponder de maneira satisfatória aos interesses sociais. A possibilidade de outorgar “prêmio” no direito penal atribui relevância probatória à conduta do autor pós-execução delitiva e instiga a prática colaborativa com a administração da justiça na persecução do fato criminoso. Além disso, o “prêmio” fundamenta-se em razões político-criminais utilitaristas, já que promove uma persecução criminal mais rápida e eficiente do que as investigações tradicionais. O propósito é modernizar as técnicas investigativas até então obsoletas e insuficientes para fazer frente às novas práticas delitivas e às avançadas estruturas organizacionais com finalidades ilícitas. Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira (2014, p. 24) afirma que:

> O objetivo imediato das técnicas premiais incentivadoras da colaboração premiada, portanto, é o melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo; seu escopo é o de reforçar a resposta penal, o que é legítimo. Os maiores problemas, por certo, não estão no escopo, mas no instrumento: tanto nos seus efeitos no plano fático, como principalmente no que diz respeito ao aspecto valorativo, pela tendencial afetação de princípios e interesses legitimantes do sistema penal e processual.

A expectativa do prêmio ao colaborador não aparece como contraprestação a uma conduta do sujeito, "contraofensiva" ao bem jurídico diretamente ofendido, mas como consequência de sua atuação positiva no processo penal, consistente na colaboração com a autoridade policial ou judicial na perseguição do fato delitivo. A ideia precípua do direito penal premial é promover a eficiência estatal na persecução criminal sem macular os direitos fundamentais dos acusados.

A palavra "prêmio" em direito penal pode parecer contraproducente, pois a possibilidade de benefício é justamente para impedir a aplicação de sanções. O prêmio deve ser compreendido como "[...] mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contraconduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originariamente cometido." (PEREIRA, 2014, p. 27).

Contudo, essa visão idealizada comporta críticas. Apesar de concordar que o direito penal premial é um recurso às atuais técnicas limitativas de sanção e coação, posto que ele promove técnicas de encorajamento e estimula condutas de "colaboração" com a justiça através de coautores do delito, não se pode aceitar que tal atitude não afronta direitos fundamentais. Pode se dizer, inclusive, que há desrespeito ao mínimo ético inerente a todo procedimento judicial, como bem critica Jaques de Camargo Penteado (2006, p. 638, grifo do autor):

> A resolução da causa penal com a atribuição do que é devido a cada um, na justaposição do direito de punir e do direito de liberdade, exige o emprego de instrumentos técnicos, presididos pela legalidade, mas também requer um *procedimento ético*, para que a busca de resultados no processo criminal, não implique a odiosa punição a qualquer preço, não gere os efeitos colaterais inerentes à geral desconfiança da população na capacidade de o Estado realizar a função de justiça sem desrespeitar a dignidade humana, confundindo o combate ao crime com a prática de delitos ainda mais grave. Este procedimento ético que plasmará a busca da verdade é distinto do direito, não pode ser confundido com a ciência jurídica, mas também não pode ser dela separado, como se fossem artes incomunicáveis.

O sentido ético é suprimido do processo penal em detrimento da busca pela "verdade" e da necessidade de se combater a criminalidade a qualquer preço. A delação premiada visa a inflamar o discurso do ódio e incentivar a vingança na declaração do autor.

Esses são seus fins não declarados. A ideia de "colaborar com a justiça" é apenas consequência de sua finalidade não declarada.

O direito penal premial objetiva, em especial, a redenção do acusado. A redenção passa a ser uma parte integrante do conteúdo, que é o prêmio para a prática da delação concedida nas leis penais brasileiras, exemplo mais do que evidente da desintegração social mediante o estímulo à traição, que afronta indelevelmente o princípio da dignidade da pessoa humana (VALLE, 2007, p. 102).

Por trás da ideologia do "prêmio" esconde-se a tentativa de domesticar e docilizar o acusado, ao seduzi-lo a não enfrentar, combativamente, a imputação dos fatos com resistência[51] ao poder punitivo. A resiliência às acusações no processo penal não poderia ser obstaculizada por investidas negociais, que fazem o autor do delito se render às arbitrariedades do Estado sob o manto da "recompensa".

O tom crítico ao fundamento ético legitimador do "prêmio" não possui o viés de concordar com a "camaradagem" para delinquir e a impunidade dos membros de uma organização criminosa. A problemática se insere na moralidade e na postura da justiça assumida pelo Estado nesse tipo de premiação.

Convém destacar que, para efeito de delação premiada, não se questiona a motivação do delator. É irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator. Porém, a chantagem pela recompensa estatal permite, no mínimo, apostar que as informações oriundas de uma "traição" do delator não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo, o que compromete sobremaneira a "verdade" dos fatos perquirida na persecução criminal (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 117).

Malgrado o questionamento acerca da moralidade do instituto, Eduardo Araújo da Silva (1999, p. 5) aponta dupla vantagem à delação premiada: permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminais, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento do investigado ou acusado, sendo reprovável moralmente tão somente o abuso por parte dos agentes estatais para a obtenção da delação.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 28) sustenta não haver impedimentos éticos na aplicação do instituto da colaboração premiada. A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas reflexo de um objetivo político-criminal. Interessa para a investigação os efeitos práticos do esclarecimento dos fatos apurados e não o aspecto

[51] Mandarino e Freitas (2015, p. 491-508) sustentam que a resistência ao poder punitivo é uma exigência para promoção da dignidade humana no processo penal.

valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais. O termo mais apropriado seria “incentivo” e não “prêmio”, pois a opção política-criminal é fomentar a atitude colaborativa do autor do crime.

Não se trata apenas de um veículo de vingança e de traição, pois o colaborador possui profunda relação com os fatos pelos quais ele está sendo investigado ou acusado. É imprescindível que o agente esteja envolvido ou tenha participado do delito ou da organização criminosa.

A delação premiada é modalidade do direito premial, pois se trata de exercício das autoridades no sentido de oferecer prêmios aos próprios autores, a fim de facilitar o desmantelamento de organizações criminosas. Importante ressaltar a existência de outras modalidades do direito premial, como o *whistleblowing systems*, em que se antecipa a persecução penal e flexibiliza os instrumentos processuais no âmbito empresarial através do estímulo de práticas de denúncia com recompensas. Essas práticas cooperativas estariam ligadas aos programas de *criminal compliance*, cuja celebração visa à prevenção de infrações econômicas e empresariais. Podem ser citados também os acordos de leniência e alguns modelos da *plea bargaining*.

3.1.2 Origem histórica do instituto da delação premiada

A possibilidade de “prêmio”, em razão da colaboração do coautor do delito, remonta a 1698, quando o réu holandês Peer De Brabander foi condenado pela prática de crimes contra o patrimônio a uma pena de 20 anos de prisão e 20 anos de banimento. Brabander foi solto após dois anos em função de “serviços prestados às autoridades”. Outro exemplo, de 1789, é de Kinstanzer Hansz, cuja condenação à morte foi comutada a prisão perpétua após ele ter prestado declarações sobre seus próprios crimes, além de indicar os nomes e esconderijos de seus comparsas (GOMES; SILVA, 2015, p. 212-213).

Contudo, a positivação do instituto se notabiliza na Itália, na década de 70, em que se procurou criar mecanismos para combater o terrorismo e a extorsão mediante sequestro, subversão da ordem democrática e sequestro com finalidade terrorista, ao propiciar uma apenação menos rigorosa àqueles que cooperavam no combate a esse tipo de delito, tidos como “colaboradores da justiça”, desde que cumpridos os requisitos legais.

Nessa época, na Itália, criou-se o termo *pentito*, que significa “arrependido”, para designar o agente que, na vigência do processo penal, confessava sua própria responsabilidade

em termos de prática delitiva e fornecia às autoridades competentes notícias úteis para reconstituir fatos delituosos. Essas notícias eram relativas ao crime de terrorismo e à individualização das pessoas que se envolveram na respectiva prática delitiva. O *pentitismo* ficou conhecido também como *chiamata in correità* ou *chiamata di correo* ou, ainda, *colaboratori dela giustizia* (MARQUES, 2014, p. 37-38).

Em 1980, ainda na Itália, o instituto da delação premiada foi empregado na famosa *Operação Mãos Limpas*, cujo escopo precípuo era desmantelar a máfia. Aquele que aceitava colaborar com o Estado para esclarecer a prática delituosa das organizações criminosas, recebia como recompensa a redução da pena.

Nos Estados Unidos, nos anos de 1960, o instituto foi introduzido por intermédio da Lei Ricco, que compreendia a delação premiada como um acordo entre o Ministério Público e o réu sobre a redução da pena quando houvesse condenação, sendo que a produção de seus efeitos deveria ser homologada pelo juiz. O Ministério Público seria responsável pela investigação criminal e possuía plena discricionariedade para estabelecer acordos e aplicar penas. Em razão de a delação premiada americana não admitir a absolvição, os acordos possibilitavam a redução da pena e o seu cumprimento em cadeia com regime especial.

Na Alemanha, a delação premiada foi utilizada como autêntico perdão judicial: beneficiava o delator com a diminuição da sanção ou a não aplicação da pena para aquele agente que, voluntariamente, denunciava ou impedia a prática de delito de organizações criminosas.

Na Espanha, nas condenações relativas a crimes de organização criminosa; uso de menores de 18 anos ou psiquicamente diminuídos; fabrico, transporte, distribuição, comércio de substância entorpecentes, os juízes ou tribunais podem impor pena inferior a um ano sempre que o sujeito tenha abandonado voluntariamente suas atividades delitivas e tenha colaborado ativamente com as autoridades ou seus agentes, tanto para impedir a ocorrência do delito quanto para obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, impedindo a atuação ou o desenvolvimento de organizações ou associações a que tenha pertencido ou com as quais tenha colaborado[52] (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 34).

A legislação penal portuguesa também admite a delação premiada. O art. 299 do Código Penal, ao prever a conduta de "Associação Criminosa", deixou inserido no n. 4 do mencionado dispositivo a possibilidade de atenuação ou perdão judicial caso o agente impeça,

[52] Na Espanha, consoante art. 579, n. 4 do Código Penal, também está prevista essa mesma possibilidade de redução de pena nos crimes chamados "Delitos de terrorismo", encartados nos arts. 572 a 578 do Código Penal Espanhol.

ou se esforce eficazmente para impedir, a continuação dos grupos, organizações ou associações, bem como comunique à autoridade a sua existência para evitar a prática de crimes. Tal dispositivo se aplica também às condutas previstas no art. 300 e 301, que tratam, respectivamente, das “Organizações Terroristas” e do “Terrorismo”.

No Brasil, há notícias da colaboração premiada já no século XVII, nas Ordenações Filipinas, em que era concedido o perdão ao participante e delator de “Crime de Lesa Majestade”[53]. Caso não se colocasse como principal organizador da empreitada criminosa, lhe era acrescido ainda outras recompensas. Na hipótese de alguém já ter descoberto o delito, inútil era a delação do autor, porquanto o rei já dele teria conhecimento ou teria condições de obtê-lo (GOMES; SILVA, 2015, p. 213).

Também se vislumbrou a presença da delação premiada em momentos marcantes da história brasileira, como no episódio da Conjuração Mineira de 1789, em que o conjurado Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de suas dívidas pela Fazenda Real em troca da delação dos outros conjurados. Em 1964, houve o uso reiterado da delação para descobrimento de supostos criminosos que estavam contra o Golpe Militar. Contudo, a positivação do instituo ocorreu apenas na década de 90 do século passado.

3.2 Conceito e natureza jurídica da delação premiada

A delação premiada pode ser conceituada como o instituto de direito penal que proporciona ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, o qual oscila desde a redução até a liberação da pena, em razão da confissão e do auxílio nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária ou espontânea. É um negócio jurídico estabelecido entre o Estado e os autores do delito.

Há quem enfoque a finalidade persecutória do referido instituto, no auxílio à instrução criminal, como uma “[...] técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados.” (PEREIRA, 2014, p. 39).

Todavia, uma das principais críticas ao instituto em análise recai sobre a perspectiva da cooperação processual, a qual desvela a dependência estatal na colaboração do próprio autor do delito, numa nítida assunção da ineficiência do Estado na colheita e no

[53] Crime de Lesa Majestade configurava na traição cometida contra a pessoa do rei. Podem ser citados como exemplo: matar o rei, rainha, seus filhos ou filhas legítimas, bem como de alguma forma auxiliar a prática do homicídio; aquele que tiver Castelo ou Fortaleza do rei e se negar a entregá-lo; trair o rei em tempos de guerra, indo lutar a favor dos inimigos; dar conselho aos inimigos do rei por carta ou qualquer outro aviso em seu desserviço, etc. (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 38).

gerenciamento das provas, ocasionando o rompimento da presunção de inocência e a indevida inversão da carga probatória no processo (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 32).

Muito se debate acerca da utilização do termo "delação premiada". Essa discussão ganhou fôlego após a edição da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013b), que trata da criminalidade organizada, ao promover a expressão "colaboração premiada". Frederico Valdez Pereira opta por utilizar somente a denominação "colaboração premiada", sob a justificativa de uma suposta carga negativa na palavra "delação":

> O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo um delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo uma carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, marcando posição de cunho pernicioso, além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações. (PEREIRA, 2014, p. 31-32).

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 211-212) sustentam a diferenciação dos temos, sob o argumento de que "colaboração premiada" é gênero e "delação premiada" espécie. Delação premiada, também denominada de *chamamento do corréu*, é destinada à identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, conforme preceitua o art. 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013. Os demais incisos tratar-se-iam de subespécies de colaboração premiada (colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização; colaboração preventiva; colaboração para localização e recuperação de ativos; colaboração para libertação da vítima).

Apesar dessa distinção, Cezar Bitencourt e Paulo Busato (2014, p. 115) afirmam que as expressões são sinônimas, de maneira que o emprego da palavra "colaboração processual ou premiada" visa apenas disfarçar certa conotação antiética. Isso porque, independentemente das peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam, todas as expressões invocadas para definir tal instituto se baseia na assunção da falência estatal para combater a criminalidade organizada [54].

[54] Compartilhamos dessa linha de pensamento. No presente trabalho utilizaremos "delação" e "colaboração" premiada com o mesmo sentido semântico. Utilizaremos também suas derivações como sinônimos para remeter à noção de delação premiada (*delação premiada, colaboração premiada, arrependimento processual, arrependidos, chamamento do corréu, confissão delatória, extorsão probatória, pentitismo, direito penal premial*, etc).

A delação premiada é instituto de natureza penal, posto que integra fator de redução de pena ou, até mesmo, causa extintiva de punibilidade através do perdão judicial, desde que satisfeitos os requisitos previstos em lei.

É um instituto de caráter personalíssimo, cujo resultado deve ser eficiente, produzir êxito nas investigações e possibilitar a coleta de provas idôneas. Somente o agente dos ilícitos penais nominados reúne as condições jurídicas para gozar da recompensa penal. O benefício se restringirá ao respectivo processo em que o coautor contribuiu com a justiça e nos termos do negócio jurídico (acordo) estabelecido entre Ministério Público e o delator (CERNICCHIARO, 2006, p. 194).

A delação exige a pertinência de dois requisitos para sua aplicação: espontaneidade ou voluntariedade do delator, de maneira que a coação de terceiros é inidônea e configura crime de constrangimento ilegal, e a identificação da autoria, cujo "[...] resultado pretendido deve ser projetado através da indicação dos autores do ilícito penal e narrar os elementos essenciais e acidentais do delito a ser esclarecido, objeto material do processo judicial." (CERNICCHIARO, 2006, p. 196).

O aprofundamento acerca da natureza jurídica da delação premiada fundamenta-se na necessidade de compreender o tipo de mecanismo probatório do instituto e em que medida as informações, desveladas por intermédio da colaboração processual, constituem elemento de convicção do julgador e interferem diretamente no seu julgamento.

O vocábulo "delação" advém do latim *delatione*, que expressa uma revelação, uma acusação e, mais especificamente, a acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participam da conspiração, subsumindo a uma traição aos próprios companheiros. É uma acusação formulada pelo coautor ou partícipe que esclarece a prática criminosa e, consequentemente, gera um elemento de convicção acerca da autoria e da materialidade. Portanto, tecnicamente, é um *meio de prova* (PENTEADO, 2006, p. 636).

As provas legalmente permitidas no processo penal são formas de construção do convencimento do juiz. Nesse sentido, prova é um instrumento da verdade, ao passo que meio de prova é o instrumento destinado a levar ao processo um elemento, uma informação relevante a ser utilizada pelo magistrado para formação de sua convicção (BARROS, 2011, p. 201).

Afirma-se que a delação premiada é um meio de prova, na medida em que se presta a levar ao processo informações que contribuirão para formar a convicção do juiz sobre o caso e, mais precisamente, sobre a conduta delituosa do delatado. Além disso, pressupõe a

confissão do delator, o que também proporciona elementos de convicção para o julgador (BRITO, 2016, p. 70).

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016c) sustenta, porém, que a delação é um *meio de obtenção de prova*[55]. Ao se pronunciar sobre acordo de delação premiada com base na Lei 12.850/2013, afirmou a Corte ser a delação premiada apenas meio de obtenção de prova, a qual posteriormente, a depender do resultado obtido, poderá formar meio de prova.

Gustavo Badaró (2003, p. 162) diferencia *meios de provas* e *meios de obtenção de provas*. Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (como por exemplo: o depoimento de uma testemunha, teor de uma escritura pública, etc), os meios de obtenção de provas são instrumentos destinados à colheita de elementos de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador. Um exemplo seria a busca e apreensão, medida cautelar utilizada para colher documentos ou informações que sirvam de prova.

Em síntese, o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador. Já os meios de obtenção de provas somente indiretamente, pois dependem do resultado de sua realização e, posteriormente, servirão à reconstrução da história dos fatos.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta posicionamento semelhante à Suprema Corte. Afirma que a delação premiada é mero instrumento para obtenção de provas, de maneira que sem a comprovação do que consta nas declarações do delator não existe condenação penal e tampouco os prêmios combinados[56]. A citada Corte reconhece que na delação premiada prevalece a "regra de corroboração", isto é, a colaboração processual sem comprovação é inócua. As informações procedentes do delator precisam ser confirmadas por outros elementos de prova[57].

Apesar da diversidade de posicionamento, o entendimento consolidado é de que o conteúdo da delação premiada não é suficiente para subsidiar uma condenação diante da sua alta potencialidade incriminatória, razão pela qual a delação premiada "[...] em hipótese nenhuma deve ser considerada um instrumento da verdade (prova), pela simples razão de que

---

[55] O entendimento é que, como "meio de obtenção de prova", o acordo de colaboração é basicamente um "negócio jurídico processual". Em seu julgamento, a Ministra Rosa Weber ponderou que "[...] o elemento ontológico da delação premiada não está na pessoa do colaborador e sim no pragmatismo, no interesse da persecução penal e na perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a razão de ser da própria colaboração." (Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 127.483, Ministro relator Dias Toffoli, julgamento 27/08/2015, DJe 04/02/2016).

[56] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 90.962/SP, Ministro Relator Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, Julgamento 19/05/2011, DJe 22/06/2011.

[57] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 289.853/MT, Ministro Relator Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento 09/12/2014., DJe 19/12/2014.

o seu conteúdo pode não corresponder à realidade (ou verdade) dos fatos.” (BRITO, 2016, p. 71).

Contudo, a distinção teórica sobre ser *prova* ou *meio de prova* pouco acrescenta no plano pragmático e teleológico do processo penal. A prova sempre será um rastro de passeidade no processo penal. A verdade é o resultado de uma atividade recognitiva em relação a um fato do passado, em que o julgador reinterpreta as informações representadas no processo e, através delas, forma seu convencimento. A verdade não é correspondência da realidade, mas uma representação parcial dos fatos analogicamente descritos pelos sujeitos, partes e colaboradores do processo.

A atividade probatória é orientada pela linguagem. É o que se depreende dos procedimentos penais, cuja oralidade é mecanismo fundamental para formar o convencimento do julgador. Raramente uma ação penal prossegue sem a oitiva de testemunhas ou vítima. Com semelhante finalidade, a delação é mais uma ferramenta processual utilizada como prova.

O protagonismo ofertado à delação premiada na persecução penal é evidente. Há uma exacerbada incitação para que o delator contribua com a justiça e, consequentemente, se reduza o empenho na busca de outras provas. Tanto assim o é que o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/2013, preceitua que o colaborador presta o compromisso legal de dizer a verdade.

Com isso, o próprio legislador equiparou o valor probatório das declarações do delator ao de uma testemunha. Em que pese a suposta parcialidade do colaborador, a finalidade probatória da delação premiada em pouco altera o método de composição da “verdade” no processo penal, que continua sendo narrativamente reproduzida por um sujeito. Dessa maneira, demasiada leviandade sustentar que a delação premiada visa a tão somente “obter provas”. Fica evidente que a intenção do legislador foi inserir mais um tipo de prova oral no sistema processual penal e, dessa forma, destacar o protagonismo do direito penal premial.

Desejável seria aceitar a delação premiada como “meio de obtenção de prova”, porém, a realidade do processo penal ainda apresenta um cenário propício à utilização desmedida das provas orais para esclarecimento dos fatos criminosos.

Portanto, pode se afirmar que a delação possui natureza dúplice: como confissão quanto ao delator e prova testemunhal em relação aos delatados. Ainda assim, tal visão é passível de críticas, já que o colaborador não pode ser considerado tecnicamente como testemunha, por se tratar de pessoa interessada no desenrolar do processo. Afirma-se,

inclusive, que esse instituto assumiria natureza *sui generis* ou de "testemunho impróprio", diante de suas limitações probatórias (VASCONCELLOS, 2015, p. 113-114).

Outro ponto importante em relação à natureza jurídica da delação é que o ato de sua homologação é simples fator de eficácia do acordo e limita-se à pronúncia sobre a sua regularidade, legalidade e voluntariedade. A homologação não representa juízo de valor sobre as declarações prestadas pelo colaborador à autoridade judicial ou ao Ministério Público. Homologar o acordo não significa dizer que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações prestadas pelo colaborador.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 214-217) examinam a natureza jurídica da colaboração processual sob o aspecto material e processual. Sob o aspecto material, ela é uma causa de diminuição de pena ou causa extintiva de punibilidade, conforme previsto na Lei de Proteção às Vítimas, Lei nº 9.807/99 (BRASIL, 1999), Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998), Lei do Crime Organizado, Lei nº 12.850/2013, e no acordo de leniência, em se tratando de Crimes contra a Ordem Econômica Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Também podem ser: causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, conforme Lei de Lavagem de Dinheiro; causa de substituição da pena privativa de liberdade, de acordo com as Leis de Lavagem de Dinheiro e de Crime Organizado; causa de progressão de regime, consoante Lei de Crime Organizado; causa de improcessabilidade, numa outra interpretação da Lei de Crime Organizado.

Sob o aspecto processual, discute-se a viabilidade do acordo de colaboração premiada ser *direito público subjetivo do réu*. A princípio, o Ministério Público deve verificar a adequação da colaboração ao caso concreto, através da linha investigatória seguida. Logo, não seria um direito subjetivo do réu, pois dependeria da circunstância do caso e da necessidade processual, isto é, uma faculdade do órgão acusatório.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, comprovada em juízo as declarações, o colaborador tem direito subjetivo aos prêmios acordados ou previstos em lei. Não se trata de decisão discricionária do juiz, mas de direito subjetivo, já que "uma vez preenchidos os requisitos da delação premiada, sua incidência é obrigatória"[58]. Se as informações do colaborador foram úteis para o esclarecimento do crime, o direito do réu deve ser reconhecido. Se dois ou mais réus colaboraram para o esclarecimento do delito, todos

[58] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 84.609/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgamento 04/02/2010, DJe 01/03/2010.

devem ser beneficiados. Assim, os prêmios legais são direitos subjetivos do réu, desde que a delação resulte comprovada[59].

Oportuno frisar que esse entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça é anterior à Lei nº 12.850/2013. Isso porque, a Lei nº 9.807/99, nos termos dos arts. 13 e 14, prevê que o acusado ou investigado colabore com a justiça, independentemente de acordo firmado com o Ministério Público. Portanto, a Lei nº 12.850/2013 exige o acordo de duas vontades (autor do delito e Ministério Público). Se o órgão acusatório não desejar fazer o pacto, nada será celebrado. Isso não impede que o agente colabore com a justiça, com base nas circunstâncias objetivas e subjetivas da Lei nº 9.807/99, tendo direito aos benefícios da colaboração com base na dosimetria estabelecida discricionariamente pelo magistrado.

Abordados os aspectos gerais do direito penal premial e debatidos os temas pertinentes à natureza jurídica do instituto, oportuno conhecer o panorama normativo da delação no direito brasileiro.

3.3 Normatização da delação premiada no direito brasileiro

A introdução do direito penal premial na legislação brasileira ocorreu inicialmente com a Lei nº 8.072/90. Posteriormente, diversos outros diplomas legais deram amplitude ao uso da delação premiada. Contudo, muitas dúvidas permeavam o sistema jurídico brasileiro com relação ao procedimento a ser adotado para colheita da declaração do colaborador, já que as legislações penais tutelavam apenas as consequências penais. Tal cenário foi alterado recentemente com a promulgação da Lei nº 12.850/2013 que, embora direcionada às investigações de condutas criminosas praticadas por organizações criminosas, trouxe a previsão de normas procedimentais para aplicação do instituto. Essa sistematização do rito tem sido aplicada por analogia às delações premiadas previstas em outras leis.

3.3.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)

A delação premiada surge no Brasil em 1990, período em que a criminalidade crescia vertiginosamente no país. Os Estados Unidos da América enfrentavam situação semelhante e, para combater a criminalidade, se apoiaram no discurso de que a segurança é alcançada com o recrudescimento do sistema punitivo. Nasce no direito americano o movimento da Lei e

[59] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 26.325/ES, Ministro Relator Gilson Dipp, Quinta Turma, Julgamento 24/06/2003, DJ 25/08/2003.

Ordem, por meio da implementação da doutrina da “tolerância zero” na cidade de Nova Iorque, durante o mandato do prefeito Rudolph Giuliani (BRITO, 2016, p. 47).

Delitos como embriaguez, pequenos furtos e outras condutas relativas às camadas menos abastadas da sociedade deveriam ser punidos com rigor. Essa intolerância à criminalidade de massa ficou conhecida como “Teoria da Janela Quebrada”, que sustentava a ideologia de que é “[...] lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar grandes patologias criminais.” (WACQUANT, 2001, p. 26).

Esse modelo de política criminal difundiu-se pelos demais países, em razão da sua ilusória promessa de “combate à criminalidade”: promovia-se o controle punitivo dos grupos sociais marginalizados e isentava o Estado de suas obrigações positivas, de suas responsabilidades sociais, pois a criminalidade era atribuída à responsabilidade individual dos indivíduos e não à ausência de políticas públicas (WACQUANT, 2001, p. 30-31).

Imbuído das expectativas neoliberais produzidas pela política criminal americana, já que os aparelhos midiáticos divulgavam a “superação” da criminalidade através do programa de “tolerância zero”, o Brasil importou esse conceito e promulgou a Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990a), nomeada de Lei dos Crimes Hediondos. Em decorrência dessa nova ordem jurídica, a sanção de diversos crimes foi intensificada, com a ampliação da pena *in abstrato* e com a alteração para um regime de cumprimento de pena mais gravoso.

A delação premiada foi utilizada inicialmente como instrumento de contenção da criminalidade violenta. Nasceu num contexto de “leis penais de emergência”, pois a Lei de Crimes Hediondos foi impulsionada por uma política criminal que visava a dar uma resposta célere e eficiente no sentido de satisfazer as demandas sociais por segurança, decorrentes do medo da criminalidade.

Os meios de comunicação social começaram a endossar exaustivamente o cenário de criminalidade, ao noticiar crimes de extorsão mediante sequestro praticados contra empresários renomados e ressaltar diversos roubos e assaltos de caminhões e instituições bancárias praticados na década de 1980. Em pouco mais de dois meses houve a tramitação e aprovação da Lei nas duas casas do Congresso Nacional.

Em seu art. 7º, a citada Lei introduziu o §4º no art. 159 do Código Penal e previu a possibilidade de atenuar a responsabilidade do autor do delito de extorsão mediante sequestro que colaborasse com as investigações por meio de fornecimento de dados que facilitassem a libertação do sequestrado. Na redação original da Lei nº 8.072/90, a colaboração premiada somente era admitida se o agente fosse integrante de quadrilha ou bando, “[...] o que se

mostrava contraditório, visto que se o delito fosse cometido por até três pessoas, mesmo se houvesse a cooperação, o agente não teria direito a benesse." (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 34).

A partir da Lei nº 9.269/96 (BRASIL, 1996a), a redação do citado dispositivo do Código Penal passou a ter aplicação nos crimes praticados em concurso de agentes e ampliou a possibilidade de reduzir a pena de um a dois terços, desde que preenchidos os requisitos legais: prática de crime de extorsão mediante sequestro; cometido em concurso; delação procedida por um dos coautores ou partícipes à autoridade que resulte na eficácia da colaboração, que é libertar a vítima.

Com essa retificação legislativa em 1996, iniciou-se a proliferação da "traição bonificada", sustentada pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidades organizada, ainda que, contrariando esse discurso, esse último diploma legal referido tenha afastado exatamente a necessidade de qualquer envolvimento de possível organização criminosa (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 120).

Entretanto, foi no §ú do art. 8º da Lei nº 8.072/90 que o legislador consolidou o instituto premial no direito brasileiro, ao prever a viabilidade de redução de pena nos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, praticados por bando ou quadrilha, quando a colaboração propiciasse o desmantelamento da quadrilha[60].

Nesses casos, a possibilidade de delação premiada se destina a combater a associação criminosa voltada à prática de crimes hediondos. Com suporte art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal, os crimes hediondos estão previstos no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 8.072/90. Também se insere no rol da associação criminosa os crimes hediondos por equiparação, previstos no art. 2º da Lei em comento (VALLE, 2007, p. 72-73).

Conforme disposto no art. 8º, o delator, na qualidade de participante ou associado ao crime, para fazer jus ao prêmio deve denunciar à autoridade policial ou ministerial as demais pessoas que compõem o grupo criminoso ou fornecer elementos aptos a desfazer a associação criminosa. Não se faz necessário que seja comprovado que a associação esteja evidentemente desfeita, mas apenas que sejam prestadas informações voltadas ao seu desmantelamento (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 34).

[60] Com a promulgação da Lei 12.850/2013, o art. 288 do Código Penal alterou o *nomen iuris* de "quadrilha ou bando" para "associação criminosa" (associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes). A partir de três pessoas já se configura associação criminosa. No revogado tipo penal previa-se apenas "mais de três pessoas", ou seja, o número mínimo para caracterizar esse delito plurissubjetivo ou de concurso necessário era de quatro agentes (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 47).

O magistrado não participa da colheita da delação e das demais atividades persecutórias. Sua atribuição é de cunho processual. Assim é que a fixação do patamar de redução de pena ficará a cargo do juiz, o qual ponderará o grau de efetividade das informações prestadas pelo delator, sempre de maneira fundamentada, conforme preceitua o art. 93, inc. IX da Constituição Federal.

> [...] é de constatação solar que a convicção do aplicador do direito deverá estar consubstanciada nos elementos e fatos concretos que são inerentes ao preceito que contém a causa de diminuição da reprimenda legal concretamente imposta. É com base neles, que deverá ser eleito o *quantum* máximo ou mínimo da redução permitida pelo legislador (legalidade), não podendo situar-se, exclusivamente, na vontade pessoal do aplicador da norma de regência. (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 51).

Destaque-se também que a redução da sanção penal deve ser levada em conta na fase de aplicação de pena, mais precisamente na terceira fase, o que ficará a cargo da discricionariedade e prudência do julgador, o qual analisará a efetividade da colaboração[61].

3.3.2 Lei nº 9.080/95: a delação premiada na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) e na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90)

Nos crimes contra o sistema financeiro nacional, encartado na Lei nº 7.492/86 (BRASIL, 1986), em consonância com o art. 25, §2º, acrescido pela Lei nº 9.080/95 (BRASIL, 1995b), havendo acolhimento da pretensão punitiva, a *sanctio iuris* imposta ao colaborador será decrescida de um a dois terços se, de sua ajuda, advier a revelação de toda trama delituosa.

A Lei nº 9.080/95, em seu art. 1º, inseriu a possibilidade de delação premiada nos crimes contra o sistema financeiro, desde que cometidos em quadrilha ou coautoria e o coautor ou partícipe, através da confissão espontânea, entregue à autoridade policial ou judicial o plano delituoso.

Com a mesma redação inserida na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, a Lei nº 9.080/95, em seu art. 2º, acrescentou na Lei nº 8.137/90 (BRASIL, 1990), o §ú ao art. 16.

---

[61] Há autores que sustentam que o exame da quantidade de decréscimo da pena será considerado na segunda fase do sistema trifásico, na análise das circunstâncias legais (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 51).
Apesar da divergência de entendimento, o importante é deixar claro que o juiz não pode analisar a redução da pena referente à delação na fixação da pena-base e, com isso, se louvar nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Isso vale para todos os casos de delação premiada previstos em lei, em que se concede a redução de pena.

Previu a incidência da delação premiada aos crimes cometidos contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

A Lei nº 9.080/95 foi promulgada dois meses após a aprovação da Lei nº 9.034/95 (BRASIL, 1995a), que tratava dos crimes organizados. A intenção de facultar o prêmio ao coautor ou partícipe do delito era de obter a confissão do delator no grupo e toda a informação acerca da ação delituosa realizada em quadrilha ou coautoria. Outra diferença em relação à Lei dos Crimes Hediondos é que essa revelação se destina tanto à autoridade policial quanto ao magistrado, pois é necessária a judicialização das declarações prestadas na fase pré-processual.

Desnecessário que em decorrência da manifestação do delator ocorra o resultado material esperado pelas autoridades. A simples revelação, com o elemento “espontaneidade”, já autoriza a concessão da redução de pena (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 35-36).

Michelle Barbosa de Brito (2016, p. 94) destaca a ocorrência da banalização do direito penal premial a partir da Lei nº 9.080/95. Isso se deve ao fato de que sua aplicação se tornou possível sobre quaisquer delitos previstos na Lei nº 7.492/86 e na Lei nº 8.137/90, o que significa dizer que a delação premiada passou a ter aplicação sobre delitos com penas de detenção de dois a cinco anos ou multa, como é o caso dos crimes contra as relações de consumo previstas no art. 7º da Lei nº 8.137/90.

Os delitos previstos nas citadas Leis são de ordem econômica. Vislumbra-se o interesse do Estado em inserir mecanismos negociais para conferir maior eficiência à investigação de delitos. Se na Lei de Crimes Hediondo a intenção era combater a criminalidade grave e garantir a segurança aos cidadãos, nas Leis em análise o objetivo é garantir o regular andamento da economia, aliados aos interesses neoliberais sobre a regulação do mercado.

De qualquer maneira, nota-se que a finalidade última é estabilizar as expectativas de outro sistema (econômico, político, etc.), que não o jurídico, mas sempre através dele. O intuito é reduzir a complexidade social, mesmo que para isso seja necessário ampliar a complexidade e funcionalidade do sistema jurídico-penal.

3.3.3 Lei de Lavagem de Capitais ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores (Lei nº 9.613/98)

Na Lei nº 9.613/98 houve inovação do instituo da delação premiada com a ampliação do catálogo de prêmios oferecidos ao delator. Em sua redação original, além da redução da pena de um a dois terços, o §5º do art. 1º possibilitou o cumprimento inicial da pena em regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, pela primeira vez, a isenção de pena para o delator. Para auferir tais benefícios, o delator deveria colaborar espontaneamente e prestar esclarecimentos que levassem à apuração de infrações penais e conhecimento de sua autoria ou a localização de bens, direitos ou valores fruto do crime.

A partir da Lei nº 12.683/2012 (BRASIL, 2012a) houve a alteração do citado dispositivo na Lei de Lavagem de Capitais ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (também conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro) para ampliar ainda mais o catálogo de prêmios. Passou a prever o benefício do início do cumprimento da pena em regime semiaberto e facultou ao juiz isentar de pena o delator ou substituí-la por pena restritiva de direitos a qualquer tempo. Com isso, o juiz poderá conceder o benefício até mesmo após o julgamento.

O intuito da Lei nº 12.683/2012 foi alargar a intervenção penal e aplicar modelos de eficiência punitiva, como bem salienta a ementa da Lei: “Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.” Para isso, o legislador suprimiu do rol taxativo de crimes antecedentes para a configuração do crime de lavagem de dinheiro. O crime de lavagem de capital configura com bens, direitos e valores provenientes de qualquer infração penal, portanto, crime ou contravenção (BRITO, 2016, p. 42-43).

O Conselho de Atividades Financeiras (COAF), mediante Resolução vigente desde março de 2013, regulamentou o §1º do art. 14 da Lei nº 9.613/98 e tornou obrigatório que empresas de consultoria informem ao respectivo órgão de controle as operações de clientes que apresentem suspeita de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo.

Essa Resolução do COAF não trata especificamente de delação premiada, pois o ato de delatar seus clientes é uma obrigação da empresa. De acordo com o art. 14 da Resolução nº 21 do COAF, o não cumprimento dessa obrigação enseja responsabilidade administrativa. Contudo, deixa evidente a configuração de um novo modelo de investigação do poder

público, em que se provoca a participação dos envolvidos na infração para buscar a verdade dos fatos.

3.3.4 Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas Ameaçadas e Acusados ou Condenados Colaboradores com a Justiça (Lei nº 9.807/99)

A Lei nº 9.807/99 surge como uma preocupação quanto ao resguardo da integridade física e psíquica daqueles agentes que foram beneficiados com prêmios advindos da voluntária colaboração com o procedimento persecutório penal. Isso porque, os comandos normativos referentes à delação premiada haviam sido individualizados no campo legislativo, com incidência específica sobre a hipótese nele inserida.

A legislação em voga não vincula o campo de aplicação do instituo da colaboração premiada a determinados delitos, motivo pelo qual se assentou que ela pode ser adotada em qualquer fato tipificado criminalmente, "[...] desde que não invada o campo de atuação dos outros preceitos criados para as situações jurídicas determinadas, que em relação a esta legislação tem caráter especial." (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 95).

Em seu art. 1º, a Lei trata das medidas que são conferidas a vítimas e testemunhas, bem como aos acusados ou condenados que colaborarem com as investigações.

Prevê em seu art. 14 a delação premiada. Caso haja condenação, o benefício consiste na redução da pena imposta de um a dois-terços, desde que da cooperação do delator advenha a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime; localização da vítima com vida; recuperação total ou parcial do produto do crime. A hipótese envolve coautores ou partícipes do crime.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que para a configuração da delação premiada, prevista nos arts 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, é preciso o preenchimento cumulativo dos requisitos legais exigidos, de maneira que a declaração do delator contribua de forma eficaz e relevante para o deslinde do caso[62].

Contudo, pela leitura dos dispositivos legais, não fica claro que os requisitos sejam cumulativos. É plenamente plausível uma exegese da norma jurídica em comento como situações alternativas, com a conjunção "ou". Para efeito da benesse legal não se exige a concorrência de todos os requisitos objetivos, mas somente um deles.

---

[62] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 233.855/MS, Ministra Relatora Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgamento 12/11/2013, DJe 25/11/2013.

A aplicação rígida do comando normativo em espécie culminará em afastar a aplicação do instituto e, como consequência, contrariará a política criminal da legislação que é estimular a prática de colaboração processual.

Além da redução da pena e da aplicação irrestrita do instituto a qualquer delito, a Lei nº 9.807/99 previu a possibilidade do perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade do réu delator, conforme se verifica no art. 13. Os requisitos são os mesmos do art. 14 somados à primariedade criminosa, voluntariedade e efetividade do colaborador na investigação e processo criminal. A concessão do perdão judicial levará em conta também a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (DELMANTO JUNIOR; DELMANTO; DELMANTO, 2014, p. 168).

Apesar de leis posteriores à Lei nº 9.807/99 preverem hipótese de aplicação da delação premiada, como a Lei nº 10.149/00 (BRASIL, 2000), infrações contra a ordem econômica, e a Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), Lei de Drogas, com fundamento no art. 5º, inc. XL da Constituição Federal, tem se sustentado que, atendidos os requisitos e pressupostos da delação premiada, deverá o juiz considerar os benefícios mais favoráveis ao acusado, quais sejam os disciplinados nos arts 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, aplicáveis a qualquer delito previsto no ordenamento jurídico brasileiro (BRITO, 2016, p. 97).

3.3.5. Lei de Entorpecentes (Lei nº 11.343/06)

Após a ampliação produzida pela Lei nº 9.807/99, a qual generalizou a aplicação do instituto a qualquer hipótese delitiva, a Lei de Drogas também passou a prever a negociação jurídica como instrumento hábil para esclarecimento dos fatos, identificação dos membros da prática de tráfico de entorpecente ou recuperação dos materiais relativos a este delito.

Na Lei nº 11.343/06, de acordo com o art. 41, será conferida a redução da pena aplicada de um a dois terços ao colaborador que ajudar voluntariamente na “identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, recuperação total ou parcial do produto do crime”.

Para concessão do benefício, a Lei apresenta certos requisitos a serem cumpridos: existência de um inquérito ou processo judicial contra o delator, isto é, o sujeito deve ser formalmente indiciado ou acusado da prática de um crime; presença da colaboração voluntária, ou seja, livre de qualquer tipo de coação, ainda que a ideia de colaborar tenha partido de um terceiro; concurso de pessoas; revelação dos integrantes da organização

criminosa e, por fim, a recuperação total ou parcial do produto do crime (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 38).

A hipótese é para premiar o delator nos crimes praticados por mais de um agente, "[...] quer em termos de coautoria ou participação, na qualidade de unissubsistentes, quer no que diz respeito à autoria coletiva, que se emprega aos fatos puníveis plurissubsistentes." (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 65).

A revelação dos demais integrante da organização criminosa significa que o colaborador deve fornecer dados capazes de identificar outros agentes que, juntamente com ele, praticaram a conduta típica (coautoria) ou colaboraram para que ela se efetivasse (participação). Não basta a mera identificação. O delator precisa comprovar efetivamente a responsabilidade criminal dos delatados, com a finalidade de se evitar falsas imputações penais e o uso despropositado do benefício apenas com o intuito de conseguir reduzir a pena.

A localização do "produto do crime" deve ser entendido apenas como substância ou entorpecente ilícito. Possíveis bens ou valores adquiridos em razão da prática delituosa não são "produtos", mas "proveito adquirido com sua prática".

Também nessa previsão legal da delação premiada existe um debate sobre se os requisitos são cumulativos ou alternativos. Para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 346), os requisitos são, obviamente, cumulativos. Isso porque, o dispositivo legal utiliza a conjunção aditiva "e".

Numa outra interpretação, Roberto Delmanto Junior, Roberto Delmanto e Fabio Delmanto (2014, p. 1013) afirmam que a colaboração exigida tem limites, mas não é indispensável que com ela sejam identificados todos os coautores ou partícipes e, ao mesmo tempo, a recuperação do produto do crime. O delator sabe quem são os coautores ou partícipes, mas nem sempre conhecem o local em que se aloca o produto do delito, ou vice-versa.

Desnecessário o preenchimento de todos os resultados almejados pelo legislador para a concessão do prêmio. Até mesmo porque existe uma variação da redução da pena a ser mensurada pelo juiz, o qual irá verificar a efetividade dos resultados e dosará a pena conforme cada situação.

Importante esclarecer que o mecanismo aqui descrito traz como benefício ao delator apenas a diminuição da pena e, portanto, jamais poderá levar à extinção da punibilidade pela via do perdão judicial.

A proposta da delação premiada pode ser feita tanto pelo agente ministerial, a requerimento do réu ou de ofício pelo magistrado.

3.3.6 Acordos de leniência (Lei nº 12.529/2011 e Lei nº 12.846/2013)

O acordo de leniência é instrumento premial que se concretiza a partir de regime jurídico próprio com regulação na legislação antitruste. Apesar dos pontos de contato com a delação premiada, os acordos de leniência possuem objetivos, âmbito de incidência, efeitos e legitimados para celebração do acordo diferentes.

O acordo é um mecanismo de manutenção da ordem concorrencial com o escopo de coibir a prática de infrações contra a ordem econômica, já que vige no art. 170, inc. IV da Constituição Federal, o princípio da livre concorrência. Firmado entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste, ele almeja reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações. É um instrumento que visa a auxiliar a autoridade de defesa da concorrência no combate às infrações contra a ordem econômica, por meio da qual as autoridades podem oferecer como contraprestação uma multa menor, uma pena mais branda ou o perdão completo.

É fruto de experiência norte-americana[63] e permite que o infrator participe da investigação, com o escopo de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo. É uma modalidade de colaboração premiada entre União e as pessoas físicas e jurídicas, autores de infração à ordem econômica (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 39).

Os acordos de leniência fazem parte da "política da cenoura e do porrete" (*stick-and-carrot-approach*): os incentivos são oferecidos ao signatário do acordo de leniência para que denuncie os demais integrantes do cartel e indique os elementos passíveis de formar um conteúdo probatório apto a responsabilizá-los. Em contrapartida, o delator obtém a imunidade frente a uma prática que, de outra forma, estaria sujeita a um duro sancionamento.

O objetivo desses acordos é fortalecer um processo sancionador em uma sociedade internacionalizada e de mercados abertos, que dispõe de inúmeros meios para ocultar suas ações. A complexidade para a descoberta dos ilícitos concorrenciais e econômicos, diante da sofisticação estrutural das empresas, dificulta a identificação de instrumentos probatórios aptos a permitir o rastreamento de práticas de tais atividades e sua consequente repreensão.

---

[63] Os acordos de leniência tem profunda relação com outros programas americanos, tais como o *compliance*, *whistleblowing*, dentre outros. Tais institutos serão examinados no tópico "Americanização do sistema processual penal e seu alinhamento à justiça penal colaborativa."

Esses elementos são aprofundados quando os tradicionais meios de prova são pouco usuais nas ações que caracterizam os cartéis, visto raramente serem usados acordos explícitos ou escritos que permitem uma demonstração clara de sua existência.

A Lei nº 10.149/00 estabeleceu, inicialmente, a hipótese de celebração de acordo de leniência. Tal norma jurídica alterou a Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994a), ao introduzir os arts 35-B, para tutelar infrações econômicas administrativas, e 35-C, para tutelar os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/90, os quais permitiram benefícios para aqueles que colaborassem com as investigações e com o processo administrativo.

A citada Lei trouxe regras específicas sobre a celebração do acordo, sanções, deveres, obrigações e demais previsões procedimentais. Houve um detalhamento maior do que até então existia em relação à delação premiada.

Posteriormente, adveio a atual Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei de Proteção da Ordem Econômica, a qual revoga a regulação sobre a temática abordada na Lei nº 8.884/94, e insere o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Os arts 86 e 87 estabelecem o programa de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para as pessoas físicas e jurídicas, aptos a gerar efeitos nos âmbitos administrativos e penal.

Com a nova Lei, substanciosas alterações foram realizadas através da Lei do "SuperCade". Os acordos são celebrados com a Superintendência-Geral do CADE e não mais com a União, através do Ministério da Justiça, ficando vedada a celebração de novo acordo de leniência pelo prazo de três anos caso seu signatário descumpra as condições e termos do acordo. Essa punição visa a fortalecer o empenho dos signatários do acordo no cumprimento de seus requisitos, bem como revestir de mais seriedade a relação entre os agentes públicos e os particulares. Além disso, o Tribunal do CADE passou a ser o novo órgão competente para a verificação do cumprimento do acordo.

As informações obtidas por meio do acordo de leniência são de natureza sigilosa, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

Sob o ponto de vista penal, a nova Lei também trouxe importantes alterações. Ela estendeu o número de crimes que ficam protegidos pela imunidade penal advinda do acordo de leniência, enquanto que na legislação anterior apenas os Crimes contra a Ordem Econômica tipificados na Lei nº 8.137/90 estavam aptos a terem sua punibilidade extinta. Com a Lei do "SuperCade" esses efeitos foram ampliados, alcançando todos os demais crimes diretamente relacionados à prática do cartel, tais como os crimes referentes à Lei de

Licitações, Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), ou de associação criminosa, tipificado no art. 288 do Código Penal, amenizando insegurança perpetrada pela legislação anterior.

Até então, a diferença entre a delação premiada e os acordos de leniência residiam na autoridade legitimada a propor o acordo: na leniência era o Ministério da Justiça (representante da União), ao passo que na colaboração premiada é o Ministério Público.

Todavia, essa legitimidade tornou-se discutível a partir da Lei promulgada em 2011, justamente pelo fato de o acordo de leniência propagar efeitos na seara penal, o que torna a participação do Ministério Público obrigatória como interveniente-atuante. Muito embora a Lei seja omissa neste sentido, esta interpretação se dá pelo fato de o representante da instituição ser titular exclusivo da ação penal pública incondicionada, havendo questões de constitucionalidade na confecção final do acordo sem a participação do Ministério Público (GOMES; SILVA, 2015, p. 355).

Os acordos de leniência não se tratam apenas de um benefício legal criado por uma legislação penal. Ao lado de uma série de benesses pertinentes às sanções de natureza administrativa, criaram-se dois benefícios de ordem penal para aqueles que colaborassem na identificação dos demais agentes do delito e tivessem informações acerca de documentos que pudessem comprovar o ilícito noticiado ou sob investigação, quais sejam a suspensão do prazo prescricional, que impede o oferecimento da denúncia, e a extinção da punibilidade.

Recentemente, a Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013a) passou a prever a possibilidade de leniência para pessoas jurídicas na esfera administrativa. Diferentemente, na Lei nº 12.529/2011 existe a possibilidade de acordo tanto com pessoa física quanto jurídica.

Nomeada de *Lei Anticorrupção*, trata-se de norma sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil da pessoa jurídica pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Essa era uma "[...] medida que vinha sendo cobrada por órgãos internacionais, mas que onerou ainda mais a própria administração sem o aparelhamento necessário para garantir investigações e punições adequadas por denúncias de corrupção." (CAMARGO, 2015, p. 141).

O art. 5º tipifica os atos lesivos praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública, tais como: a promessa ou oferta de vantagem indevida a agente público ou terceiro a ele relacionado; financiamento ou patrocínio de atos ilícitos; a utilização de pessoa física para ocultar ou dissimular os interesses ou benefícios dos atos ilícitos; frustrar ou fraudar procedimento licitatório público ou manipular de maneira irregular contrato celebrado com a Administração Pública, etc.

O acordo de leniência está previsto no art. 16, segundo o qual a autoridade máxima de cada órgão público poderá celebrar acordos de leniência com pessoas jurídicas que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Exige a obtenção do resultado material dessa colaboração, tais como a identificação dos envolvidos na infração e obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Além disso, para formalização do acordo, imprescindível que a pessoa jurídica manifeste seu interesse em cooperar, cesse completamente seu envolvimento com a infração investigada, confesse sua participação no ilícito e compareça a todos os atos processuais.

As tipificações são bem intencionadas, porém, encontra obstáculos no plano pragmático, pois

> [...] é uma norma que se posiciona entre a responsabilização individual e empresarial, sem, contudo, resolver os problemas advindos de uma inusitada responsabilização objetiva e os problemas do direito administrativo sancionador. Mesmo assim, representa relevante modelo de autorregulação, nos moldes de uma corregulação público-privada. (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 315).

A celebração do acordo isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 6º, inc. II, e 19, inc. IV e reduzirá o valor da multa aplicável em dois terços. Contudo, não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos.

Discute-se sobre a legitimidade do Ministério Público nesses acordos de leniência. Nos termos da Lei, a legitimidade para estabelecer os acordos é da Controladoria Geral da União (CGU). Porém, os representantes do Ministério Público alegam que tais organismos de controle pertencem ao Poder Executivo, sendo seus chefes nomeados em cargos de confiança. Faltaria, portanto, a devida garantia de imparcialidade em suas decisões (CAMARGO, 2015, p. 142).

Diferentemente da Lei nº 12.529/2011, o acordo de leniência na lei anticorrupção não produz efeitos na órbita penal.

3.3.7 Lei de Combate à Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013)

A Lei nº 12.850/2013 foi sancionada para aclarar as omissões a despeito da definição de “organização criminosa”, já que todas as infrações penais que envolviam mais de três pessoas eram tidas, pelas autoridades repressoras, como criminalidade organizada. A Lei nº 9.034/95, antiga Lei de Combate à Organização Criminosa, apesar de dispor sobre utilização

de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, desincumbia-se dessa tarefa.

Frise-se, ainda, que embora previsse genericamente o instituto da colaboração premiada em seu art. 6º, a Lei nº 9.034/95 não normatizou o procedimento a ser seguido. Dessa forma, a Lei nº 12.850/2013 revogou expressamente as disposições contidas na Lei nº 9.034/95.

A Lei nº 12.850/2013 dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado nos casos que envolvam a criminalidade organizada.

Bitencourt e Busato (2014, p. 121-122) sustentam que a Lei nº 12.850/2013 revogou a delação premiada tacitamente para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa, em razão de o diploma legal disciplinar integralmente o beneplácito[64].

Além disso, nos casos em que esteja presente uma organização criminosa, mas o crime praticado seja um daqueles constantes nas demais legislações, do conflito resultará possível aplicação da Lei nº 12.850/2013, pois é mais benéfica, já que existe a possibilidade de perdão judicial, redução de pena, substituição privativa de liberdade por restrição de direitos, bastando que advenha apenas um ou mais dos resultados previstos no art. 4º. Outra inovação legislativa, prevista no §4º desse mesmo artigo, é a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

A Lei nº 12.850/2013 não prevê a cumulatividade dos prêmios ou dos resultados a serem alcançados para conquistar o prêmio. Como resultado, basta a identificação dos demais coautores e partícipes e das infrações penais por eles praticadas; ou a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas; ou a prevenção das infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; ou localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

O juiz, quando da fundamentação da sentença e fixação da pena, deverá avaliar o grau de colaboração prestada pelo delator, a personalidade do colaborador, a natureza, as

[64] Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva também defendem a extensão do procedimento da colaboração premiada as outras legislações penais, com a finalidade de se manter “um diálogo sistemático de coerência”. Portanto, plenamente possível que se aplique o procedimento de formalização do acordo de colaboração premiada da Lei 12.850/2013 às outras normas que não disciplinaram tal procedimento (tais como as Leis 8.072/90, 7.492/96, 9.807/99, 9.613/98, 11.343/06, 8.137/90. 12.529/11 e artigo 159, §4º do Código Penal), pois traz mais segurança ao réu colaborador e homenageia a garantia constitucional do devido processo legal (GOMES; SILVA, 2015, p. 222-223).

circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, correlacionando-os com a pena a ser diminuída, dentro dos parâmetros legais.

A legislação em comento prevê que a colaboração seja voluntária. Ao longo desse tópico, muito se debateu sobre a previsão em cada legislação, ora afirmando ser voluntária, ora espontânea. A diferença é que a espontaneidade na atuação revela que o ato não poderia ser iniciado ou incentivado por qualquer autoridade estatal, isto é, a vontade de praticá-lo nasce exclusivamente do colaborador, sem interferência externa. Já o ato voluntário permite que o agente colabore por interferência alheia. Entretanto, afirma-se que se chegou "[...] a um consenso no sentido de que basta para a concretização da delação premiada a voluntariedade, não sendo imprescindível sua espontaneidade." (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 35).

O que efetivamente não se permite é que a colaboração do delator seja conseguida por meio coativo, quer por intermédio de coação física, quer por meio de coação psicológica. Até mesmo porque a palavra "voluntário" tem o mesmo sentido étimo de "espontâneo" (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 66-67, 97).

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 224) entendem que deve haver uma uniformização dos institutos pelo intérprete, pois se até com relação à organização criminosa, conduta socialmente mais grave, permite-se que a colaboração premiada seja voluntária, não há motivos para se exigir que as delações premiadas dos outros diplomas normativos sejam espontâneas.

Além de produzir o resultado eficaz, ou seja, alcançar o objetivo pretendido pelo instituto, e a celebração do acordo gozar de voluntariedade, outro requisito muito discutido é a confissão do delator.

3.4 Aproximações e distanciamentos entre o acordo de delação premiada e a confissão

O brocardo "a confissão é a rainha das provas", apesar de antiquado para o discurso garantista e democrático do processo penal brasileiro, ainda se mostra presente na finalidade probatória da persecução criminal. Aliás, pode-se afirmar que ao invés de ser uma característica superada ao longo do tempo, já que a evolução da racionalidade dos instrumentos científicos e das técnicas investigativas permitiu uma maior eficiência no esclarecimento dos fatos criminosos, a confissão foi elevada a um patamar mais significativo com a inserção da colaboração premiada no sistema jurídico penal.

A delação premiada não se confunde com a confissão. Confessar significa admitir a autoria ou participação em crime. É o ato pelo qual o acusado "opta" por declarar-se autor ou partícipe do delito e assume a responsabilidade pelo ato (LIMA; CARVALHO, 2009, p. 124).

A delação vai além da confissão. Ao assumir a autoria ou participação na conduta criminosa, o delator ainda atribui a terceiro o envolvimento na infração penal. A confissão é pressuposto da delação premiada, pois se não houver a confissão estará prejudicada a concessão do "prêmio" ao delator:

> Entende-se como pressuposto da colaboração processual que o investigado confesse os fatos dos quais tenha participado, abrindo mão, de forma expressa, de seu direito constitucional ao silêncio, e comparecendo no processo na condição de testemunha/informante, o que os britânicos denominam de *crow witness*[65]; a razão de ser da colaboração processual é a busca de provas internas à estrutura delituosa (PEREIRA, 2014, p. 34-35).

A confissão é "[...] elemento constitutivo da própria essência do instituto" (BRITO, 2016, p. 54), pois o réu deve praticar basicamente duas condutas: confessar suas ações e revelar a identidade dos demais autores ou participantes do delito, com o intuito de deixar clara sua vontade de colaborar com as investigações.

Caso o delator apenas impute fato criminoso a terceiro, sem assumir seu envolvimento na prática do delito, configurará uma *notitia criminis* (simples comunicação de fato criminoso por terceiros) ou *delatio criminis* (comunicação de fato ilícito feito pelo próprio ofendido ou por seu representante legal). Aquele que simplesmente aponta a responsabilidade penal de terceiros é um informante ou testemunha.

Antes da promulgação da Lei nº 12.850/2013, o Superior Tribunal de Justiça[66] decidiu ser imprescindível a confissão do sujeito colaborador, devendo ele assumir sua culpa para obter os "prêmios" resultantes da contraprestação estatal pelo esclarecimento dos fatos.

A Corte[67] afirmou também que para fazer jus ao benefício da colaboração premiada é necessário que o colaborador tenha participado dos mesmos delitos que os demais coautores

---

[65] O *crow witness* (testemunha da coroa) demonstrou ser um meio de prova ineficaz na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Isso porque é meio de prova de credibilidade duvidosa e com possíveis desvios determinantes na falta de lógica. O delator pode apenas esclarecer "meias-verdades", deixando de lado fatos e, principalmente, pessoas que não interessam delatar (COUTINHO; CARVALHO, 2007, p. 99-100).

[66] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 123.380, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento 24/03/2009, DJe 20/04/2009; *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* n. 1285269, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Julgamento 04/11/2010, DJe 29/11/2010.

[67] Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial* n. 1102.736, Relatora Ministra Laurita Vaz, Julgamento 04/03/2010, DJe 29/03/2010.

ou partícipes delatados. Entretanto, a Lei nº 12.850/2013 ficou silente em relação a esse entendimento, não se permitindo fazer uma interpretação prejudicial ao réu.

Tema bastante controverso é o que diz respeito à confissão e delação premiada no sistema trifásico de aplicação definitiva da sanção penal. Tendo por base que a confissão espontânea está intimamente ligada à delação premiada, verifica-se no Código Penal que o confitente tem direito ao decréscimo de sua reprimenda penal caso haja condenação (art. 65, III, d); trata-se de circunstância atenuante. De outro lado, cumpridas as exigências legais, o delator tem direito ao prêmio previsto pelo legislador; trata-se de causa de diminuição de pena, segundo preceitua o art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

Isso implica afirmar que a precitada causa espécie e circunstância podem ser aplicadas concomitantemente, ou seja, a incidência de uma não exclui a adoção da outra. A atenuante é aplicada na segunda fase do sistema trifásico e a delação premiada é posta na terceira fase do supradito sistema.

Luiz Vicente Cernicchiaro (2006, p. 194) pontua que a delação premiada é uma causa especial de redução de pena. Sua natureza jurídica configura tanto causa especial de diminuição da sanção penal quanto circunstância atenuante. Contudo, a delação não se identifica com as circunstâncias atenuantes do art. 65, III, d, do Código Penal. Os institutos indubitavelmente se aproximam, porém, evidenciam-se distinções: na delação premiada, o objetivo fundamental é o esclarecimento de infrações penais, isto é, o acusado deve tomar a iniciativa de cientificar a autoridade pública acerca do ilícito penal e dos respectivos agentes. Já na confissão, há uma confirmação do réu de sua participação delitiva que reforça a credibilidade do conjunto probatório.

O Superior Tribunal de Justiça sustenta que os institutos são diferentes, pois a confissão versa sobre fatos imputados na denúncia e a colaboração premiada versa sobre um dos resultados previsto no art. 4º da Lei nº 12.850/2013. Entende a Corte que a confissão e a delação podem ser aplicadas em conjunto[68]. Os tribunais seguem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e afirmam que a atenuante da confissão não configura *bis in idem* com a delação premiada[69].

---

[68] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 84.609, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgamento 04/02/2010, DJe 01/03/2010.

[69] Tribunal Regional Federal da 2ª Região (BRASIL, 2015), Processo n. 2012.51.01.49029-0, Apelação Criminal 12079, 2ª Turma Especializada, Relator Desembargador Messod Azulay Neto, julgamento 11/11/2014, DJe 28/11/2014.

Sobre a confissão, importante ressaltar as criticáveis Súmulas 545 (BRASIL, 2015) e 231 (BRASIL, 1999) do citado órgão. A Súmula 545[70] ratifica que a atenuante da confissão será aplicada apenas quando destinada à formação do convencimento do julgador. Isso restringiria a aplicação da atenuante, posto que dependeria da subjetividade do magistrado na avaliação das provas.

A mais discutível é a Súmula 231[71]. Esta afirma que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal[72]. Sustenta-se sua inconstitucionalidade, porque fere o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal, na proporção em que ao deixar de aplicar uma pena menor está impondo um excesso que corresponde a uma pena sem culpa; ilegalidade, porque desatende ao comando do artigo 68 do Código Penal, uma vez que impõe a aplicação do sistema bifásico quando anula a fase intermediária relativa à aplicação das circunstâncias atenuantes, bem como o do artigo 29 que determina a punição na medida da culpabilidade; e, por derradeiro, fere o princípio da isonomia uma vez que, no concurso de agentes, de maneira mais visível, pode impor penas iguais para pessoas com culpabilidade diferente [73].

Camile Eltz de Lima e Salo de Carvalho (2009, p. 136-137) defendem a modificação do efeito penalógico da confissão em futura reformulação legislativa, com a finalidade de que seja compreendida como causa especial de diminuição de pena. É um critério mais salutar para o sistema jurídico-penal, visto que mais alinhado à filtragem constitucional. Isso permitiria fixar a pena aquém do mínimo legal e enaltecer o direito fundamental à individualização de pena. A sistematização diferenciada entre delação e confissão fere o princípio da isonomia, pois são institutos de natureza penal e processual penal análogos. Seria ética e juridicamente mais interessante se ambos os institutos tivessem tratamento iguais.

Argumenta-se também que a delação premiada possui como pressuposto lógico a confissão do colaborador, porque ao pleitear os benefícios de redução de pena ou perdão judicial, o acusado admitiria sua culpa. O raciocínio é simples: quem não admite ser culpado

---

[70] Superior Tribunal de Justiça - Súmula 545. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. Brasília, DF, 2015.

[71] Superior Tribunal de Justiça - Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília, DF, 1999.

[72] Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* n. 597270/RS, Relator Ministro Cezar Peluso, Julgamento 26/03/2009, DJe 05/06/2009.

[73] Nesse sentido é o parecer do Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, na Apelação Criminal n. 0324350-78.2011.8.05.0001, em trâmite perante a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia (BAHIA, 2016), no qual, inclusive, desaprova a maneira arbitrária com que foi imposto esse entendimento e ressalta o perigo do totalitarismo judicial via sistema de precedentes.

por um delito pleiteia absolvição e não redução de pena. Contudo, a justificativa sustentada é passível de censura:

> Entende-se que se trata de argumento tendencioso a conferir justificativa "plausível" ao pressuposto da confissão. Ora, embora a confissão seja um pressuposto da delação premiada, por integrar a própria razão de ser do instituto, não pode concordar com a dedução de culpabilidade do delator, pois esse argumento desconsidera todo o contexto judicial que por vezes é desenhado para que o réu admita a sua culpa, delate coautores ou partícipes e negocie sua pena. Não raro essa conduta faz parte da própria "estratégia de defesa" elaborada pelo patrono do réu, por entender ser o melhor a se fazer diante do cenário acusatório (BRITO, 2016, p. 57-58).

A própria Lei nº 12.850/2013 discorda da dedução de culpabilidade gerada pela colaboração premiada, pois conforme §16 do art. 4º, "[...] nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador."

O dispositivo legal consolida o entendimento de que é necessário considerar o contexto judicial das provas produzidas e não apenas a assunção formal da culpabilidade via confissão. Pode o colaborador admitir a prática de um delito e auxiliar nas investigações, porém, isso não induz a concluir que o acusado assente integralmente com as imputações da acusação e, portanto, não possa pleitear sua absolvição com relação a outras condutas criminosas que lhe foram atribuídas indevidamente.

O sedutor modelo negocial disfarça o caráter inquisitório do instituto da delação premiada e o descomprometimento com os direitos e garantias fundamentais. A posição de desvantagem do acusado frente o órgão acusador, em termos de possibilidade de produção probatória, o faz sucumbir aos interesses do poder punitivo.

Aliás, o discurso de que "todos saem ganhando" oculta a real finalidade da consensualidade na composição do conflito penal: provocar a letargia no acusado, ao persuadi-lo a aceitar sua culpabilidade em troca de benefícios a sua liberdade de locomoção[74].

A confissão do crime e a demonstração de arrependimento por parte do acusado têm papel de afirmação da norma jurídica, isto é, uma preocupação em reafirmar a funcionalidade do sistema punitivo. Pode se dizer que a delação premiada e a confissão são resultados do contexto social contemporâneo, na medida em que visam a compreender a complexidade da criminalidade organizada a partir dos próprios sujeitos participantes do delito.

Eis o paradoxo tão assente na pós-moderna sociedade de risco: a racionalidade. O mesmo sujeito que provocou o delito é também o responsável pela resolução do conflito

[74] As práticas consensuais dissimulam o interesse punitivo, isso porque o sistema penal não é feito por sujeitos horizontalmente postos em situação de igualdade (MANDARINO; ROSA, 2015, p. 115-137).

penal, ou seja, a decisão que produziu o risco de fratura da sociedade (prática do crime) é também a decisão que renova a confiança[75] no sistema, nas instituições.

Esse cenário, traduzido numa espécie de ocultação do objeto legitimante das instituições, é o que Ulrich Beck denominou de *modernidade reflexiva* ou *contramodernidade*, isto é, a "[...] modernidade se embota, não como uma espécie de recalcamento, mas, sobretudo, pela sua incapacidade de dar conta dos fenômenos da racionalidade moderna." (GLOECKNER, 2015, p. 105).

O reconhecimento da complexidade e da paradoxalidade é fundamental para entender o mecanismo de reflexivização dinamizado pelo risco. Este não é produzido por escolhas individuais ou coletivas. Tantos os produtores quanto os afetados pelo risco estão na mesma situação. Há uma espécie de hibridismo entre autor e vítima, no chamado *efeito bumerangue*.

O efeito bumerangue é uma "[...] consequência inquebrantável que une polos anteriormente considerados despedaçados, alheios uns aos outros. Passa-se uma visão unificante do que então era tido como causa e efeito: a confusão entre autor e vítima." (GLOECKNER, 2015, p. 115).

Essa confusão entre polos é cristalina nos modelos negociais do processo penal. O mesmo réu que procura resistir ao poder punitivo é também aquele que possui o ônus para esclarecer a "verdade" dos fatos delituosos. Todavia, imperioso refletir que da mesma forma que a confusão de polos pode auxiliar para produzir provas mais seguras e, consequentemente, reduzir as incertezas da culpabilidade do autor do crime, pode também provocar um dano e este dano se voltar conta quem o vislumbra.

Portanto, caso o delator admita sua culpa na prática delituosa, mas não consiga auxiliar a Polícia e o Ministério Público no alcance efetivo dos resultados exigidos em lei, poderá perder os benefícios da colaboração premiada e também não conseguir provar sua inocência, gozando apenas da atenuante da confissão. Consigne-se que, se a pena for fixada em seu mínimo legal, nem mesmo do direito à atenuante o acusado poderá usufruir.

A confissão é o instituto que apresenta mais aproximações com o direito penal premial. Pode-se afirmar que a finalidade de ambos os institutos é uma só: reduzir a proliferação dos riscos processuais e fornecer mais segurança e credibilidade ao sistema

[75] Ao analisar a confissão e a delação sob o ponto de vista da sociedade do risco, fica claro que o objetivo desses instrumentos penais é retomar a crença no funcionamento do sistema penal: "[...] a confiança em sistemas assume a forma de compromisso sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante." (GIDDENS, 1990, p. 90).

jurídico-penal. Também por essa razão é que os modelos de justiça consensual ganham força e crescentemente são aplicados no processo penal, como é o caso da delação premiada.

3.5 O modelo consensual de justiça criminal e a delação premiada

O modelo de justiça consensual surge a partir da necessidade de celeridade e eficiência no sistema jurídico-penal. Fruto das pressões sociais contemporâneas por respostas rápidas do Estado aos comportamentos delitivos, a consensualidade se insere no processo penal como um mecanismo fundamental para composição dos conflitos penais.

Nesse contexto, consolida-se a proposta de "diversificação" ou "diversão" dos procedimentos penais como uma proposta de flexibilização da perseguição penal a fim de ampliar a tentativa de encontrar alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional (FERNANDES, F. A., 2001, p. 133).

Numa dimensão radical, a diversificação teria o intuito de resolver o conflito jurídico-penal fora do sistema formal de justiça e, consequentemente, descongestionar os tribunais e afastar o réu do ambiente criminal para que se evitasse a sua indução à delinquência.

Entretanto, essa dimensão radical parece ser atenuada. Isso porque, retirar a resolução do conflito da competência estatal leva ao menosprezo da legitimação processual penal. As vias judiciais ainda são instrumentos essenciais para sedimentar as expectativas sociais, já que enaltecem a confiança no papel do Estado e mantém (ainda que simbolicamente) o controle sobre as práticas delituosas.

A utilização da diversificação processual também interessa aos aparelhos formais de controle, pois produz uma integração do processo penal com os fins de política criminal. Adotam-se ritos processuais mais céleres que conduzam a uma economia de tempo, custo, etc. com a finalidade de atender a complexidade dos sistemas sociais.

A busca pela diversidade de formas de procedimento nem sempre é um papel de fácil efetivação, já que os direitos fundamentais garantem a realização do devido processo legal e, teoricamente, impedem a excessiva "sumarização" do processo. Contudo, o que se vislumbra atualmente é a deformação do procedimento, com a inserção cada vez mais ampla das técnicas negociais para produzir provas, como é o caso das delações premiadas.

3.5.1 Consensualidade e a justiça penal negociada

Tradicionalmente, o processo penal apresenta as estruturas do modelo de justiça conflitiva, baseado no sistema dialético de busca da "verdade" dos fatos criminosos. É um meio de legitimação do *jus puniendi* estatal através da efetivação do contraditório e ampla defesa e dos demais valores fundamentais do devido processo legal. É um cenário marcado pelo poder-dever do Estado de punir os infratores do direito penal, mediante a aplicação de normas de natureza pública (LEITE, 2009, p. 31).

Até 1990, a justiça criminal brasileira seguia o modelo clássico conflitivo, o qual praticamente estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa. A Lei de Crimes Hediondos deu início a um movimento de negociação processual, através da delação premiada. Mas a partir da Lei nº 9.099/95 e da previsão constitucional do art. 98, inc. I, houve um rompimento no paradigma conflitivo com o advento dos Juizados Especiais Criminais e a previsão de um procedimento específico para as infrações de menor potencial ofensivo.

A citada Lei trouxe uma alternativa mais célere para a resolução do conflito penal através da aplicação da justiça consensual. A possibilidade de acordo ou consenso entre as partes no processo afastou a unilateralidade do julgador para decidir a solução do conflito. Passaram a subsistir dois sistemas de justiça no ordenamento jurídico brasileiro: o conflitivo e o consensual.

Rosimeire Ventura Leite (2009, p. 32) afirma que o modelo de justiça consensual:

> [...] compreende um modelo de processo penal que atribui uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se fundam na bilateralidade. De lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se às possibilidades asseguradas por um contraditório amplo.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 54) chama a atenção para as controversas quanto à origem do modelo de consenso. Há quem sustente a influência de pensamentos civilistas, num movimento de "contratualização" do processo penal, na medida em que representaria a convergência dos interesses opostos com a realização do negócio jurídico. Por outro lado, há quem refute essa visão minimalista, apregoando que o discurso da consensualidade envolve mais do que uma alteração de cultura jurídica, mas a forma como a sociedade representa esta justiça.

O gênero justiça consensual apresenta quatro espécies: justiça reparatória, que prega a conciliação e a reparação dos danos, conforme se verifica nos Juizados Criminais e nos crimes ambientais; justiça restaurativa, que exige um mediador, distinto do juiz; justiça negociada, a qual realiza acordos de natureza penal e a justiça colaborativa, uma subespécie da justiça negociada, cuja finalidade é premiar criminosos que colaboram consensualmente com a justiça criminal (GOMES; SILVA, 2015, p. 218).

A justiça negociada seria uma espécie de justiça consensual. A diferença reside no fato de que a justiça consensual submete determinadas medidas à prévia anuência da pessoa acusada, ao invés de determiná-las unilateralmente, isto é, a aceitação a uma proposta já fechada em seus termos. Em contrapartida, na justiça negociada o imputado tem "poder de discussão" sobre as propostas que lhe são feitas. Haveria uma efetiva participação do acusado a interferir no conteúdo das decisões tomadas. O acusado teria mais autonomia, o que possibilitaria ir além da aceitação ou recusa.

Entretanto, essa distinção não reflete a realidade do processo penal. As práticas negociais são pautadas pela coerção, cuja vontade do acusado, embora presumidamente livre, é imposta circunstancialmente, de modo que "[...] a grande maioria, se não a integralidade dos acordos seriam consensuais e não negociados." (VASCONCELLOS, 2015, p. 55).

No presente trabalho, o termo *justiça consensual* deve ser compreendido em seu significado amplo, integrando tanto a negociação entre os sujeitos do processo como aquele em que o imputado adere à proposta do órgão acusatório. A consensualidade deve ser assimilada à supressão ou abreviamento do processo, cujo escopo seria evitar "[...] o trâmite processual, uma vez que as partes negociam a solução da lide." (BALASTEGHIN, 2014, p. 34).

A finalidade da consensualidade é incentivar a participação dos atores processuais na busca de uma convergência de vontades e simplificar o procedimento penal. São exemplos: transação penal, suspensão condicional do processo, *plea bargaining* americano, o *absprachen* e *vergleiches* alemão[76], o *pattegiamento* e o

[76] Destacam-se na Alemanha as atenuações informais ao princípio da legalidade (*vergleiches*), representadas pela existência na prática processual de acordos envolvendo confissões de culpabilidade pelo inculpado e determinada contrapartida por parte da acusação. Esses acordos informais, embora contrários ao princípio da legalidade e inquisitorialidade alemã, são utilizados com o intuito de deflacionar a sobrecarga processual, principalmente nos delitos de natureza econômica. A expressão *absprachen* é utilizada para designar os opositores aos acordos informais, isto é, seriam os acordos autênticos, em que ocorre uma combinação entre as partes. O termo *vergleiches* também corresponde à ideia de acordo, porém, implica que cada parte ganha alguma coisa ou de algum modo fica beneficiada: resulta no abandono de posições antagônicas que culmina numa aproximação favorável de todos. Os acordos informais baseiam-se na confiança negocial, totalmente destituído de quaisquer formalidades. Vislumbra-se a troca de uma suspensão ou redução de pena da parte dos órgãos de persecução por um comportamento cooperativo do inculpado, com primazia para aquele correspondente a uma confissão de culpabilidade (FERNANDES, F. A., 2001, p. 415-431).

giudizio abbreviato italiano[77].

A delação premiada insere-se no modelo de justiça consensual. É um instituto pautado pela aceitação de ambas as partes (acusação e defesa) a um acordo de colaboração processual com o afastamento do imputado de sua posição de resistência. Em regra, impõe-se o encerramento antecipado, abreviação ou supressão integral de alguma fase processual. O objetivo é antecipar a imposição de uma sanção penal em detrimento da renúncia ao transcorrer do processo judicial com a observância de todas as garantias constitucionais.

3.5.2 Características do consenso no processo penal contemporâneo

As dificuldades de aplicação do modelo consensual transcendem a boa-fé do legislador em promulgar normas que estimulem um processo dialógico, com a participação efetiva das partes no sentido colaborativo para composição do conflito. A sociedade contemporânea necessita do conflito, pois prioriza a dialética para a mudança e inovação. É uma sociedade aberta às transformações, cuja consensualidade pura é uma utopia, porém uma utopia que merece ser nutrida constantemente para manter a funcionalidade sistêmica do entorno social.

Esse quadro encaixa-se perfeitamente ao processo penal, conforme explica Manuel da Costa Andrade (1988, p. 330-331, grifo do autor):

> [...] o processo penal organiza-se igualmente para assegurar a reacção institucional ao mesmo crime. Ora, o crime releva duma *conflitualidade real*, mais ou menos intensa e com mais ou menos linhas de afrontamento. Podendo traduzir o antagonismo delinquente-vítima, o crime exprime sempre uma conflitualidade entre o delinquente e o sistema social. O normal será que estas linhas de clivagem e conflitualidade se reproduzam, de forma mais ou menos autêntica, na dramatização do crime em processo penal. Bem podendo suceder que as posições de alguns intervenientes – os seus direitos, garantias e prerrogativas processuais – se revelem, do ponto de vista do sistema formal, limitadores e disfuncionais. E tanto mais quanto mais consistentes aquelas posições forem. Isto explica que as tentativas de reduzir a respectiva complexidade tendam a revelar-se particularmente atractivas.

Outro problema é a efetividade da autonomia pessoal na consensualidade. Nem sempre o consentimento estará protegido de abusos e desvios do Estado. Este está empenhado na cooperação consentida do interessado, com o objetivo de evitar o arrastamento do conflito.

---

[77] O *pattegiamento* é procedimento de aplicação da pena a pedido da parte. Acordo realizado entre Ministério Público e imputado acerca da pena a ser infligida no caso concreto, com incidência de controle jurisdicional. O *giudizio abbreviato* suprime a audiência preliminar, a pedido do imputado, e permite o ingresso imediato na fase instrutória do processo penal. Ao final é concedida uma sanção mais leve ao acusado. O *pattegiamento* está ligado ao modelo consensual e o *giudizio abbreviato* à economia processual. Respectivamente, são reflexões amadurecidas da *plea bargaining* norte-americana e do *summary trial* inglês (LEITE, 2009, p. 91-103).

Isto explica a preferência dos Estados por soluções via consentimento, já que podem "[...] impor os seus fins sem ter de exibir publicamente o potencial de força." (ANDRADE, 1988, p. 332).

Existe o interesse estatal em manipular o consentimento para fins de legitimação e integração sistêmico-social, de maneira que o uso da consensualidade pode desvelar um caminho recôndito para práticas de arbitrariedades.

A justiça penal negociada determina uma nova leitura das bases que fundamentam o processo penal. Na busca de uma maior funcionalidade para o processo, a orientação consensual é um conceito tentador, pois promete uma facilitação em dois sentidos: aumenta a capacidade de trabalho do sistema e diminui os seus problemas de legitimação (FERNANDES, F. A., 2001, p. 140).

Jürgen Wolter apresenta uma interessante análise acerca da tensão "conflito-consenso" no processo penal. Essa antinomia existe em razão da heterogeneidade da fenomenologia criminal: de um lado a pequena criminalidade e de outro a criminalidade grave. Para o autor, a o processo penal se estrutura numa dialética possível de ser demonstrada graficamente: a polaridade conflito e consenso constitui o eixo vertical de um sistema de coordenadas e o outro eixo representado pela fronteira entre a chamada pequena criminalidade e criminalidade grave:

> Naturalmente distintos do ponto de vista lógico-teorético, a verdade é que os dois eixos referidos – o *vertical*: conflito/consenso; o *horizontal*: pequena criminalidade/criminalidade grave – propendem a separa a fenomenologia criminal segundo linhas sensivelmente sobreponíveis. Concretamente, e embora não esgote o espaço de consenso, é invariavelmente a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais do consenso (ANDRADE, 1988, p. 335, grifo do autor).

Esse exame topográfico traduz a evolução da justiça criminal brasileira. O desafio inicial da justiça negocial era resolver a criminalidade menos ofensiva e evitar que o processamento das infrações acarretasse a sobrecarga dos órgãos de justiça. A Lei nº 9.099/95 foi promulgada com o viés de agilizar a solução de conflitos de baixa complexidade e promover a economia processual, pois o instituto da suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil dos danos são medidas despenalizadoras que visam a não discutir o mérito da causa processual, no que se denominou de *nolo contendere*: o acusado não contesta a imputação a ele dirigida, nem assume a culpabilidade.

Contudo, se antes a legitimação processual do modelo consensual era evitar o prolongamento judicial de pequenos delitos e se esquivar de discutir o mérito da ação penal, o

que se vislumbra atualmente é uma realidade inversa aos fins inicialmente projetados: a utilização de acordos para discutir a culpabilidade, produzir provas e buscar a verdade relativa aos crimes de alta complexidade, estimulando o acusado a confessar e a colaborar com a justiça nos esclarecimento dos fatos.

A colaboração premiada exemplifica o sistema de coordenadas proposto por Wolter. Ao traçar uma linha hipotética (mediatriz) a partir do vértice do eixo de coordenada, sobrepondo o eixo horizontal com o vertical, depreende-se que à medida que a criminalidade se agrava e torna-se complexa, a opção pela aplicação da consensualidade também aumenta. A evolução da criminalidade não permite que os acordos sejam aplicados apenas aos pequenos delitos. Analisada no sentido prospectivo, a mediatriz representa o instituto da delação premiada, mecanismo este que tangenciaria a criminalidade complexa com o modelo consensual.

Como bem frisa Manuel da Costa Andrade (1988, p. 335, grifo do autor), a distinção entre o *espaço de conflito* e o *espaço de consenso* tem relação com "[...] a postura ou atitude espiritual e cultural dos diferentes sujeitos processuais, com os modelos de interacção bem como o compromisso e o empenhamento intersubjectivo no que toca ao *out-put do processo*". São os *outputs* de outros subsistemas que orientam a escolha política criminal do subsistema processual. Essa interação sistêmica de informações (*inputs* e *outputs*) é que define a seleção do paradigma do consenso ou do conflito.

A Lei nº 12.850/2013 demonstra a opção político-criminal pelas práticas negociais como instrumento não somente para estancar conflitos, mas principalmente um mecanismo para melhorar a eficiência probatória do processo penal. Essa opção é resultado da modernidade tecnológica que enfrenta a sociedade atual. Gradativamente se hipertrofia a complexidade dos delitos referentes à criminalidade organizada (tráfico de drogas, corrupção, etc.) e aos delitos de natureza econômica (sonegação de impostos, lavagem de dinheiro, desvio de dinheiro público, etc.).

As modernas tendências verificadas no processo penal são resultantes principalmente dos *outputs* produzidos no âmbito do direito penal material. Particularmente no que se refere aos novos ritos de natureza negocial, estes possuem a difícil missão de absorver a sobrecarga penal, vertendo-se ao terreno processual os problemas não resolvidos pelo direito material.

> [...] não é por mera coincidência que precisamente as matérias penais 'modernas' – ambiente, drogas e sistema econômico – são apontadas pela doutrina como os campos mais apropriados para a realização de acordo ou conciliação, reforçando, pois, o entendimento de que esse fenómeno é uma reação do processo penal à sua saturação, a qual deve ser creditada à específica hipertrofia do Direito Penal

> material. [...] com a ampliação do princípio da oportunidade estariam a ser perseguidas finalidades de direito material com instrumentos processuais. (FERNANDES, F. A., 2001, p. 162-163).

A comunicabilidade entre o direito penal substantivo e o instrumental é imprescindível para composição do conflito penal, razão pela qual há uma transferência da política criminal para o processo. A afinidade funcional entre os dois sistemas permite essa fungibilidade de valores normativos para operarem no mesmo sentido.

Por esse motivo, a diversificação processual denota um método adequado em termos de política criminal, visto que mantém a função tutelar do direito penal. Resultado dessa diversão processual são as práticas negociais, as quais possuem um caráter maleável,

> [...] permitindo-se sua retração ou evolução conforme os critérios legislativos utilizados para a valoração dos diversos bens jurídicos penalmente tutelados. Assim é que se pode perceber que em determinadas experiências ou em determinados momentos a diversificação processual esteja circunscrita à pequena criminalidade e em outros possa evoluir alcançando também algum espaço no âmbito da criminalidade de grau médio. (FERNANDES, F. A, 2001, p. 802).

Jesús-María Silva Sánchez (2004b, p. 16-19), ao analisar as dimensões sistêmicas da teoria do delito, afirma que há um excesso de sistematicidade em torno do fato punível. A tendência contemporânea é propor um modelo analítico menos rígido, com a finalidade de substituir a binariedade fisiológica do ordenamento jurídico: castigo e não castigo. Direito penal e processo penal são instrumentos de política criminal, pois fazem parte de um mesmo sistema de controle social. Constituem uma unidade político-jurídica com fins comuns.

A proposta de um sistema integral de direito penal[78], conhecido na Alemanha como *gesamtes Strafrechtssystem,* é ir além da visão do processo penal como instrumento formal para verificação da culpabilidade e aplicação da pena. Tal compreensão parte da ideia de que o delito é uma comunicação desestabilizadora da norma e, portanto, haveria uma interação e integração sistêmica para reestabilização normativa (SILVA SÁNCHES, 2004b, p. 21-23).

O objetivo é reduzir a complexidade sistêmica, com a elaboração de uma dogmática orientada à racionalização da aplicação judicial do direito penal.

---

[78] A crítica que se faz a esse conceito é que essa unidade não conduz necessariamente a um processo penal garantista, uma vez que dependerá da orientação político-criminal que se quer adotar. A integralização entre o direito e o processo penal apenas com o fim de reestabilizar a norma a qualquer preço pode conduzir ao antigarantismo, sem respeito à presunção de inocência, legalidade, etc. Seria um simples pretexto para impor um castigo antecipado e legitimar decisões arbitrárias. Todavia, se a ideia de unidade entre os citados sistemas penais for construída a partir da perspectiva garantista (e não apenas funcional) poderá proporcionar maior proteção formal ao indivíduo frente ao exercício do poder punitivo do Estado e contribuir para maior efetividade dos direitos humanos (VIEIRA; QUEIROZ, 2008, p. 469-478).

Jürgen Wolter (2004, p. 31-89) sustenta que o sistema de delito estaria configurado em três perspectivas: direito penal material, cujo critério é a punibilidade; direito processual penal, cujo critério é a perseguibilidade; e a determinação da pena, cujo critério é a sancionabilidade. Essas três perspectivas estariam integradas, pois, embora o fato resulte punível e processável, a sanção pode ser atenuada ou isentada por opção político-criminal.

Em outras palavras, ainda que verificado um fato materialmente punível e ético-socialmente reprovável, merecedor e necessário de punição, a sanção pode deixar de ser aplicada quando:

> [...] determinados interesses preventivos ou de certas finalidades extrapenais (relativas à política jurídica geral) ou considerações jurídico-constitucionais (incluso especificamente de política jurídico-constitucional) apontem que não será necessária a persecução penal em um caso concreto ou que basta um simples pronunciamento da culpabilidade com a renúncia da pena.[79] (WOLTER, 2004, p. 37, tradução nossa).

O modelo negocial tornou-se um mecanismo para dar funcionalidade aos interesses políticos criminais. Percebe-se a alteração nas finalidades do processo penal, o qual não visa tão somente ser um instrumento de persecução criminal e determinação de pena, mas também um sistema aberto aos *outputs* do direito penal. O problema se agrava quando entram em jogo as garantias constitucionais e não se consegue compatibilizá-las com a eficiência desejada pelo processo.

3.5.2.1 Oportunidade, legalidade e a obrigatoriedade da ação penal

Pelo princípio da legalidade, não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia escrita, estrita e certa. Esse é o teor da expressão *nullum crimen, nulla poene sine lege*, garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. XXXIX.

A legalidade adentra ao processo penal, pois *nullum crime* é o limite que tem o titular da ação penal de exercê-la para persecução dos delitos. Se não existe conduta criminalizada prevista em lei, o Ministério Público não poderá levar adiante a acusação penal contra a pessoa.

Com a previsão constitucional, em interpretação conjunta com o Código de Processo Penal, entendia que o princípio da legalidade no processo penal corresponderia à obrigatoriedade da persecução punitiva, isto é, do dever de acusar quando houvesse indícios

---

[79] *Determinados intereses preventivos o de ciertas finalidades extrapenales (relativas a la política jurídica general) o consideraciones jurídico-constitucionales (o incluso específicamente de política jurídico-constitucional) determine que no sea necessária la persecución penal em un caso concreto o que baste com un simples pronunciamento de la culpabilidade con renuncia a la pena.*

de autoria e materialidade suficientes da ocorrência de uma infração penal. Em tal cenário, o princípio da legalidade acarreta diversas consequências, como a proibição da discricionariedade da ação, da desistência, da retratação e do perdão ao acusado pelo órgão acusatório (VASCONCELLOS, 2015, p. 35-37).

Por outro lado, existe o princípio da oportunidade, que garante ao titular da ação penal a faculdade para dispor de seu exercício, a depender de determinadas circunstâncias. Há quem identifique tal princípio com a discricionariedade e subjetividade do acusador, o que estaria em contradição com o princípio da legalidade (ANDRADE, 1988, p. 341).

Com a intenção de conciliar as particularidades do princípio da oportunidade com o tradicional regramento pautado na legalidade é que se desenvolve o conceito de *oportunidade regrada*: a obrigatoriedade da ação penal seria mitigada de modo restrito, somente nos casos previstos em lei e conforme critérios ali regulados. É o que se vislumbra na Lei nº 9.099/95, que cria exceções ao princípio da obrigatoriedade.

A partir da lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a limitação ao princípio da obrigatoriedade passou a ser admitida e excepcionada pelo texto legal, depreendendo-se que "[...] obrigatoriedade da ação penal pode coexistir com os critérios da oportunidade." (LEITE, 2009, p. 47).

O princípio da legalidade não está adstrito ao princípio da obrigatoriedade. Conforme esclarece Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 46), a legalidade impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade com as imposições e limitações da norma jurídica. De modo distinto, a obrigatoriedade da ação penal determina a persecução dos fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrarem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente. Em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso pode ser empregado para fundamentar a não propositura da denúncia ou o início da persecução punitiva.

Os critérios de oportunidade estariam em consonância ao modelo de justiça consensual, já que o órgão acusador deixa de sustentar a persecução penal até seu desfecho final. Porém, a crítica que se aponta é que o acordo estabelecido é uma falácia do modelo participativo, que não afasta o princípio da obrigatoriedade, apenas altera sua dimensão tradicional. Isso porque o oferecimento da transação penal e da suspensão condicional estabelece um rol de atitudes possíveis ao promotor. Portanto, mesmo com a proposta, o processo fica ao controle e vigilância punitiva do Estado.

Nos acordos de delação premiada também se aplica o princípio da oportunidade. Conforme prevê o art. 4º, §4º, da Lei nº 12.850/2013, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração. Contudo, o termo "poderá" utilizado na lei abre margem a discussões, o que leva a entender que o órgão acusatório possuiria certa discricionariedade para oferecer a acusação, ainda que preenchido os requisitos legais.

3.5.2.2 A paradoxalidade do consenso: o processo penal entre a verdade consensual e a verdade material

Conforme Marco Antônio de Barros (2011, p. 22-25), a verdade é elemento essencial da justiça, pois "[...] não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade". Essa é uma visão utópica, pois "verdade" e "justiça" são dois valores que nem sempre são alcançados conjuntamente no processo penal. A verdade é fruto da dialética estabelecida entre acusação e o réu, cada parte apresentando sua versão sobre a realidade dos fatos. É o resultado do convencimento do julgador sobre determinada conduta penal a partir das provas colhidas no processo. Nem mesmo esse convencimento é facilmente obtido pelo juiz, pois o processo penal convive com as contingências de sua dinâmica (nulidades, prescrição, decadência, extinção de punibilidade, etc.).

A partir da inserção da justiça consensual, a verdade toma novas formas. O objetivo dos acordos penais seria dispensar, ou reduzir significativamente, a atividade probatória necessária para reconstituir, no processo, a realidade fática. Na justiça penal consensual não haveria uma apuração detalhada do fato criminoso, apenas informações colhidas na fase de investigação preliminar. É um modelo processual que não tem a verdade como escopo a ser seguido (BADARÓ, 2003, p. 58).

Contudo, essa era a mentalidade do legislador na Lei nº 9.099/95. Atualmente, a negociação da verdade apresenta diversas gradações e torna-se alvo de controvérsia. Isso porque, os acordos penais deixaram de ser "coadjuvantes" do sistema penal para serem "protagonistas" na busca da verdade. Passaram a ser utilizados para amplificar os elementos probatórios e, consequentemente, esclarecer a realidade dos fatos.

As delações premiadas estabeleceram um paradoxo na justiça consensual: a negociação como forma de estimular a busca pela verdade material. Não que ela vá ser alcançada, mas retoma-se o velho modelo de atuação cognitiva para reconstruir

historicamente os fatos e aproximá-lo ao máximo possível da realidade, o que até então era veemente repudiado pelo modelo consensual.

Alterou-se a finalidade do modelo consensual aplicado incialmente no sistema penal brasileiro. Utiliza-se o pretexto do consenso para buscar obsessivamente a verdade por meio da confissão e obter novas informações para prosseguimento da persecução penal, quando na realidade os acordos eram efetivados para evitar os constrangimentos e estigmas produzidos pelo processo penal. Ampliam-se os estigmas do delator perante a sociedade e, principalmente, perante o sujeito delatado, que possivelmente irá se defender e estender ainda mais o conflito.

Eis a contradição que o processo penal contemporâneo enfrenta: a consensualidade como instrumento de intensificar os conflitos. O alcance da verdade ainda é o parâmetro para se estabelecer a justiça, ainda que se tenha que reduzir ou isentar o acusado de penas ou, até mesmo, não oferecer denúncia caso a confissão do delator esteja de acordo com a "verdade" pré-definida nas investigações, servindo como ato formal para confirmar a "verdade" estabelecida pela acusação.

> Cabe, em suma, indagar se essa verdade consensual é tolerável no processo que tenha como marco o Estado Democrático de Direito. A nosso ver, a verdade decorrente do consenso e de um contexto probatório mais reduzido é aceitável quando se pretende uma solução simples e desburocratizada nos delitos de menor lesividade. Isso porque os valores e princípios não se realizam de forma absoluta nem são imutáveis ao longo do tempo e do avanço das sociedades. No entanto, nas infrações graves, a verdade consensual oferece maiores riscos de prejuízo para os fins do processo. Recomendável, portanto, que nessas hipóteses, o sistema jurídico viabilize mecanismos de conferir mais transparência aos acordos e de aperfeiçoar o arcabouço probatório dentro da ideia de celeridade que orienta o modelo consensual. (LEITE, 2009, p. 46).

Portanto, cabe a reflexão sobre os limites das práticas consensuais no sistema penal. Nem sempre a simplificação do procedimento será o meio mais eficiente para cumprir as finalidades do processo penal.

3.5.2.3 Renúncia aos direitos fundamentais: a verdade como "business"

O discurso que defende a aplicação da justiça negocial se apoia nos benefícios desse modelo: modernização do procedimento, estancamento da morosidade para resolução de conflitos penais oriunda da sobrecarga processual e facilitação do acesso à justiça.

Porém, essa extrema flexibilização do procedimento, em busca da eficiência e celeridade da justiça penal, é alvo de críticas. A primeira crítica aponta para a mitigação das

garantias processuais. A informalização dos procedimentos, a exemplo do que aconteceu com a criação dos Juizados Especiais Criminais, gera uma fissura no núcleo duro dos direitos fundamentais do acusado:

> Enquanto no processo penal (dito) comum ainda se tem um pouco de pudor, no sentido de se garantir a presença de defensor, mesmo que formal (ou virtual, passa para assinar depois...), defesa prévia, ouvida de testemunhas, denúncia e sentença, nos Juizados Especiais Criminais, sob o pano de fundo dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei 9.099/95, art. 2º), vale tudo para diminuir o número de processos, mesmo que ao custo da violação das garantias processuais e penais. E isto não dá para tolerar. Ressalto a existência de Juizados Especiais Criminais Constitucionais (ROSA, 2005, 71-72).

No Estado Democrático de Direito, dois valores devem ser reverenciados: a "dignidade da pessoa humana" e o "devido processo legal". A partir desses valores, surgem os princípios corolários: presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, a imposição de pena condicionada à aferição da culpabilidade, a inafastabilidade da jurisdição, etc. Os princípios constitucionais estão em constante tensão com o modelo consensual, pois eles servem de limitação ao poder punitivo, o que lhe garantiriam o caráter de irrenunciabilidade e inalienabilidade.

Por outro lado, há quem defenda que esses direitos devem ser observados não apenas em garantia do titular imediato, mas toda a sociedade, adquirindo uma dimensão objetiva que transcende o interesse particular, o que lhe proporcionaria a renunciabilidade, isto é, o poder de disposição acerca dos direitos fundamentais (LEITE, 2009, p. 38).

A justiça penal consensual insere-se nessa discussão na medida em que o acordo ou adesão do acusado à pena traz como consequências algumas restrições às liberdades públicas fundamentais. Numa primeira análise seria tolerável a renúncia aos direitos fundamentais em alguns casos, visto que a manifestação de vontade opera no contexto de acordo e negociação com órgão acusador, o qual oferece benefícios mais vantajosos como a não aplicação de pena ou evitar os riscos inerentes ao processo.

O problema se avulta quando a renúncia aos direitos fundamentais atinge "[...] o risco de fragilização do imputado, desequilibrando a relação com o pode punitivo estatal" (LEITE, 2009, p. 41). Esse é o obstáculo que surge nas práticas negociais da colaboração premiada, o qual será esmiuçado no próximo capítulo.

A segunda crítica é com relação à inderrogabilidade da jurisdição, princípio corolário do devido processo legal. Isso porque "[...] o consenso pode ser entendido como uma mútua concessão de privilégios entre acusador e acusado, abdicando este de um processo

formalmente completo, em prol de uma aplicação imediata da pena, mais branda, suave." (GLOECKNER, 2015, p. 312).

É a lógica perversa gerada pela "despenalização" e "desjudicialização" do procedimento penal: já que pena não há, desnecessário um processo com todas as formalidades. Mais perverso ainda é fazer o acusado acreditar que o aplacamento da resistência às acusações é sempre a opção mais benéfica, numa total inversão ideológica da finalidade garantista do processo penal[80].

A inafastabilidade de jurisdição, prevista no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, assegura a todos o livre acesso ao processo e ao poder jurisdicional. A lógica da justiça negociada conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, ao não atuar mais como interventor necessário, mas apenas "assistindo de camarote o conflito" (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 139).

Ao suprimir o controle jurisdicional, a violência repressiva da pena não passa pelo filtro da legalidade e se submete à discricionariedade do Ministério Público. A justiça consensual é resultado do contexto contemporâneo, mais especificamente das premissas neoliberais, em que se propaga a atuação mínima do Estado, refletida no processo penal com a intervenção mínima da jurisdição para maximização de uma solução ao conflito.

Por fim, a terceira crítica é com relação à excessiva "contratualização" do direito penal, o que desrespeitaria o princípio da individualização de pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal. Conforme art. 29 do Código Penal, o acusado responderá pela acusação no limite de sua responsabilidade e terá a imposição da pena condicionada à aferição da culpabilidade.

O uso da consensualidade para amenizar o caráter repressivo e unilateral de resposta aos comportamentos infracionais é uma medida salutar. Contudo, a autonomia de vontade para renunciar os direitos fundamentais se mostra inconveniente quando a liberdade se torna uma moeda de troca do acusado e transforma o sistema de justiça criminal num "business", isto é, num mercado que se propõe a efetivar acordos "rentáveis" ao Estado com o propósito de desvelar condutas ilícitas.

Essa negociação é altamente "rentável" aos interesses do Estado, na medida em que reduz a carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade, quando sua real finalidade contínua sendo a legitimação do poder punitivo e ampliação do controle social (VASCONCELLOS, 2015, p. 158-159).

[80] Para aprofundar o tema acerca da inversão ideológica das garantias processuais penais, sugere-se a leitura: MANDARINO; FREITAS, 2015, p. 126-148.

As garantias do processo penal, que a princípio seriam instrumentos necessários para coibir os constrangimentos do Estado, se sucumbem às barganhas do poder punitivo. O apelo a políticas utilitaristas-economicistas, cujo objetivo se funda em práticas eficientistas e neoliberais, na realidade preconizam a "mercantilização" do processo penal através da relativização das garantias fundamentais.

Nos acordos de delações premiadas isso fica evidente. As práticas negociais saem do "universo" das infrações de menor potencial ofensivo e estendem sua aplicação à criminalidade grave, através da utilização de mecanismos consensuais como meio de provas, em busca da verdade. Um pacto é formalizado, dissimulado de consensualidade, em que se negocia a inocência do imputado em troca de provas sobre o fato criminoso.

3.5.3 A expansão dos modelos negociais no cenário da justiça criminal brasileira

A Lei nº 9.099/95 foi o paradigma da justiça consensual na seara jurídico-penal brasileira. Ao inserir a previsão dos juizados de pequenas causas no art. 98, inc. I, da Constituição Federal, estruturou-se um novo microssistema no ordenamento jurídico para favorecer o acesso à justiça, a celeridade e a eficiência no julgamento dos casos penais. O regramento do procedimento sumaríssimo trouxe três institutos consensuais: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Tais institutos ressaltam a essência comum: aceitação do acusado a cumprir obrigações, com a renúncia à possiblidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo, em troca de suposto benefício. Com a previsão do mecanismo de delação premiada, tal cenário atesta a gradual expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro, "[...] especialmente a partir da necessidade contemporânea de colaboração à persecução punitiva, o que certifica a cristalina insuficiência da resposta estatal ao complexo fenômeno delitivo." (VASCONCELLOS, 2015, p. 110).

Contudo, critica-se que os atuais aparatos negociais não reverenciam a imposição constitucional, diferente do que corretamente fora feito na promulgação da Lei nº 9.099/95. Esse é o cenário que se observa nas legislações relativas às delações premiadas, levantando discussões acerca da sua constitucionalidade. Seguindo esse caminho, outras propostas legislativas infraconstitucionais para inflação dos espaços de consenso têm sido debatidas em projetos de lei no Congresso Nacional.

É o que se depreende do Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, atual Projeto de Lei nº 8.045/2010 em trâmite pela Câmara dos Deputados, que visa a uma reforma integral do Código de Processo Penal, e nº 236 de 2012, que propõe um novo Código Penal. Além dessas propostas de ampliação dos institutos consensuais, Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 129) salienta que já foi discutida em sede de Projeto de Emenda à Constituição, via PEC 230/2000, a adição de função ao rol das atribuições do Ministério Público do art. 129, no hipotético inc. X, CF, a qual previa a possibilidade de negociar a pena de indiciados em inquérito policial e denunciados em ações penais em curso, podendo fazer acordo, transigir, desistir da ação penal, conceder imunidades para que estes confessem detalhes de crime, apontem cúmplices, desde que preenchidos os requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar.

Caso essa modificação fosse aprovada, a justiça criminal brasileira se aproximaria muito do modelo da *plea bargaining* norte-americana. A citada PEC foi arquivada em 2008, porém, o modelo negocial de justiça criminal retomou suas forças com a reforma do Código Penal e o Código de Processo Penal.

O PLS 236/2012 (SARNEY, 2012) e o PL 8.045/2010 (SARNEY, 2010) apresentam inovações relevantes para dilatar os espaços de consenso. O intuito é romper com as limitações transacionais em matéria penal ao autorizar, inclusive, a negociação para imposição de pena privativa de liberdade com o pleno reconhecimento da culpabilidade.

O PLS 236/2012 propõe a previsão do instituto da barganha e da colaboração premiada, no Título VII, nominado de *Barganha e Colaboração com a Justiça*. A barganha é a possibilidade de acordo durante o processo, em que as partes transacionam não para evita-lo, mas para abreviá-lo.

Conforme o art. 105 do Projeto de Lei, após o início da ação penal, Ministério Público ou querelante e acusado ou querelado poderão celebrar acordo para aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento. Este acordo implicará a assunção de culpa, por parte do acusado ou querelado, que receberá, em contrapartida, a pena mínima a ser cumprida no regime semiaberto ou aberto. O artigo 106 traz a previsão da delação premiada, que pouco muda com o que está previsto nas legislações penais especiais.

Aliás, cumpre ressaltar que os institutos negociais previstos no PLS 236/2012 não trazem especificações sobre o procedimento e as previsões são muito semelhantes às contidas no PL 8.045/2010. Uma diferença merece destaque: no PLS 236/2012 não existe qualquer limitação à gravidade do delito, isto é, o acordo penal seria possível em qualquer tipo de crime.

A exposição de motivos do projeto deixa clara a inspiração direta no modelo da *plea bargaining* norte-americano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para concertação de termos de avença que possam convir a ambas, o que romperia com o paradigma rígido da indisponibilidade da ação penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 132).

O PL 8.045/2010 também converge no sentido de estimular as práticas negociais. O projeto está em fase mais avançada que o 236/2012, inclusive, com aprovação pela Comissão nomeada pelo Senado Federal e enviada para análise na Câmara dos Deputados. A possibilidade de acordo penal ficou intitulada de "procedimento sumário", disposto nos arts. 283 e 284 da proposta do "novo" Código de Processo Penal.

O artigo 283 autoriza a realização de transação entre o representante do Ministério Público e o acusado, em delitos cuja pena máxima abstrata não ultrapasse oito anos, determinando-se a fixação da sanção penal em seu mínimo legal. Pode a sanção ser convertida em restritiva de direitos ou suspensa, nos termos do Código Penal. O pressuposto para esse pacto é que o acusado confesse os fatos narrados na acusação e ambas as partes renunciem à produção de qualquer prova. Homologado o acordo pelo juiz, ele terá efeitos de sentença penal condenatória, o que acarretará antecedentes e reincidência.

A realização do acordo previsto no PL 8.045/2010 constitui um direito do acusado, a exemplo da suspensão condicional do processo e da transação penal. Preenchidos os requisitos, o acusado terá direito à formalização do pacto e à redução da punição. A vontade do acusador público limita-se ao previsto em lei e, portanto, não possui discricionariedade para recusar a negociação.

Outro ponto a ser destacado nos referidos Projetos de Lei é a atenção à necessidade de publicidade, com a finalidade de possibilitar o controle democrático dos atos processuais. Embora o texto não mencione expressamente, devem ser proibidos os acordos informais, estes muito comuns no procedimento alemão. Todo o conteúdo das tratativas deve ser descritos em audiência, além de gravado em áudio e transcrito aos autos do processo, com a presença do Ministério Público e do réu com seu defensor. A transparência das negociações é fundamental para evitar constrangimentos indevidos.

Pela proposta do PL 8.045/2010, o prazo final para efetivação dos acordos ocorre com a audiência de instrução, ou seja, até o início da produção probatória. Nesse ponto, o modelo de barganha brasileiro se mostrou menos ousado que o norte-americano, já que a *plea bargaining* pode ser realizada antes, durante ou até depois do processo (LEVENSON, 2012, p. 9). Já com relação ao período mínimo da persecução para que se autorize tal mecanismo

mostra-se fundamental que se dê em momento posterior ao recebimento da denúncia, conforme previsto no PLS 236/2012.

Se o intuito é evitar o processo, o mais correto seria autorizar a iniciativa do acordo até o momento anterior à prolação da sentença de primeiro grau, de modo que o acusado possa ter o conhecimento da prova produzida e sua situação no processo.

Também não consta do projeto previsão sobre a postura do julgador nas negociações. Um julgador passivo respeitaria à imparcialidade, ao passo que um julgador ativo traria maior previsibilidade e confiança nas negociações. Pelos critérios recentemente adotados na legislação acerca da colaboração premiada, Lei nº 12.850/2013, o juiz deve permanecer equidistante, apenas homologando os termos das tratativas. A finalidade é evitar a violação do princípio da imparcialidade e da presunção de inocência, bem como intensificar o poder de coerção estatal para forçar a realização da barganha (VASCONCELLOS, 2015, p. 138).

Pela redação do PL 8.045/2010, o juiz apenas observará o cumprimento dos requisitos formais do procedimento, sem considerações ao mérito. Isso significa, a exemplo do previsto no art. 4º, §16 da Lei nº 12.850/2013, que o magistrado não poderá utilizar a confissão da barganha como única fonte de prova para a condenação. O julgador está autorizado a absolver o acusado caso a confissão não for confirmada pelo lastro probatório existente.

Por fim, os Projetos de Lei não preveem a possibilidade de recurso frente ao acordo penal realizado e homologado judicialmente. O §8º do artigo 283 do PL 8.045/2010 considera a homologação do acordo sentença penal condenatória. Em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, o acesso recursal é plenamente admissível para obstar a prática informal das negociações e proporcionar o controle dos acordos pelos tribunais superiores. Por óbvio que a impugnação se limitará às questões formais do acordo.

As leis e os projetos de lei mostram que a expansão do modelo consensual no Brasil converge cada vez mais para o sistema processual penal norte-americano. Houve uma evidente importação de alguns conceitos da *Common Law* para o procedimento criminal brasileiro. Oportuno analisar esse processo de “americanização” da justiça criminal pátria e examinar especialmente o seu alinhamento à justiça penal colaborativa.

3.6 Americanização do sistema processual penal brasileiro e o seu alinhamento à justiça penal colaborativa

3.6.1 Aspectos gerais da *Common Law* e da *Civil Law*

Dentre os diversos sistemas jurídicos, dois se destacam na sociedade contemporânea: o sistema romano-germânico, denominado de *Civil Law*, e o sistema da *Common Law*. Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 25) sustenta que a *Common Law* não deve ser confundida com o "sistema inglês", pois se aplica a vários países, embora seu nascimento se dê na Inglaterra. Também não deve ser confundida com o sistema "britânico", pois a Escócia pertence ao sistema da família romano-germânica, e nem com o "anglo-saxão", porque esse adjetivo designa o sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que a expressão *Common Law* possui três acepções distintas: numa primeira acepção significa "direito comum", apta a suplantar os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra. Essa concepção se opunha à *Equity Law*, direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei (*Court of Canhcery*), notadamente no século XVI ao XVIII. A *equity* é inspirada nos ideais de justiça natural, com vistas à correção da *Common Law* (MACHADO FILHO, 1997, p. 51).

Nos EUA, a utilização da *Equity Law* é utilizada subsidiariamente, caso inexista remédio na *Common Law*. As questões disputadas que pertencem à equidade (*equitable issues*) são julgadas pelo juiz togado, e as questões que pertencem à *Common Law* (*legal issues*) são julgadas pelo júri.

O segundo sentido de *Common Law* se refere ao contraste existente entre o direito criado pelo juiz (*judge made law*) e o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário (*Statue Law*). O *Statue Law* é o direito resultante do *enactments of legislature*, isto é, tratados internacionais, constituição federal, leis, diplomas legislativos elaborados pelo Poder Judiciário como o *Code of Civil Procedure*, elaborado pela Corte Suprema dos EUA.

A *Common Law* era tida como um conjunto de princípios do direito natural do homem, de origem divina e, portanto, anteriores ao Estado e à sociedade. Os juízes não "criavam" os direitos, mas apenas "descobriam" o direito mais correto a ser aplicado. A sentença era um ato formal, pois a regra substancial do direito já existia. Em seu sentido moderno, a *Common Law* é o direito criado inteiramente pelos tribunais, tanto em seu aspecto

"formal" como no "material", consoante a expressão *judge made law* (MACHADO FILHO, 1997, p. 21-23).

No terceiro sentido, *Common Law* refere-se por um por um lado ao sistema da família dos direitos que receberam a influência do direito da Inglaterra (em que vicejam os contrastes apontados entre *Common Law*/*Equity Law* e *Common Law/Staute Law*) e de outro lado, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, denominados de *Civil Law*.

L*aw* significa "direito objetivo", como conjunto de decisões judiciais dos tribunais, e não ao que corresponde no sistema da *Civil Law*, ao "direito positivo", restrito à legislação ou à lei como fonte principal do direito.

Apesar da discussão quanto a sua sistematização, em regra, a *Common Law* se aplica aos países associados ao modelo britânico. É um modelo pouco conhecido pelos países dominados pelo sistema continental centro-europeu, os quais têm outras particularidades e se aplica o modelo da *Civil Law*. A partir da codificação napoleônica francesa no início do século XIX elaborou-se um sistema teórico de organização do direito vigente. Surgiram as teorias gerais do negócio jurídico, do contrato, das obrigações e, por fim, dos delitos, os quais pretendiam fornecer base teórica e sistemática para interpretar qualquer ordenamento jurídico, sempre a respeitar as particularidades de cada nação.

A feição marcante da *Civil Law* é a codificação e compilação das normas jurídicas. Essa é uma característica do direito romano, que visava a racionalizar as soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos. O direito é concebido como um modelo de justiça racional a ser atingido, baseado na estrutura basilar de uma sociedade idealizada, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida. É um sistema em que a norma precede os fatos (SOARES, 1999, p. 27).

O método utilizado é o silogismo, com a dedução das soluções a partir da exegese da lei escrita. O propósito é evitar o casuísmo jurisprudencial e doutrinário.

O sistema de *Common Law* não tem a pretensão de validez universal e não se preocupa com questões sistemáticas ou demasiadamente abstratas no momento de interpretar e aplicar o direito positivo. Influenciados pelo método indutivo, seu interesse principal é apresentar uma solução ao caso concreto, denominados de *case law*.

As decisões são proferias por um tribunal absolutamente independente do poder político e, quando bem fundamentadas adquirem prestígio e servem de base para outras futuras decisões judiciais e como instrumento de orientação para o direito. Mais do que uma exposição sistemática das decisões, a *Common Law* consiste em uma recompilação de casos e

decisões jurisprudenciais. Algumas são tão antigas que, em razão do prestígio que gozam no ordenamento jurídico norte-americano, se tornam jurisprudência com força de norma. Todavia, os precedentes não impedem que se complementem o ordenamento com dispositivos emanados do órgão legislativo, nominadas como *act law* (MUÑOZ CONDE, 2007b, p. 10).

Apesar das vantagens práticas da *Common Law*, frise-se que sua sistematização teórica e abstrata do direito penal é bastante escassa:

> Está claro que a elaboração sistemática da matéria jurídica é indispensável, sobretudo diante da complexidade e amplitude que o mundo atual tem em qualquer ramo do ordenamento jurídico. Precisamente, a elaboração de um sistema pretende reduzir essa complexidade, evitando possíveis resoluções contraditórias e, por vezes, a arbitrariedade e o oportunismo que por diversas razões se dão nos tribunais de justiça. A identificação de um conjunto de conceitos e princípios gerais sistematizados adequadamente pode ser também uma boa 'gramática jurídica' para ensinamento e aprendizagem do direito. (MUÑOZ CONDE, 2007b, p. 11, tradução nossa)[81].

A *Common Law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente reveladas pelos precedentes (*rule of precedent*). As decisões que se tenham constituído em regra importante se tornam *leading case*, em que as outras decisões passam a gravitar com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação. As razões da vitalidade desse sistema é a possibilidade de que, em futuros casos iguais ou semelhantes, a solução tenderá a ser a mesma, já que "[...] os juízes estão vinculados à decisão do passado." (OLIVEIRA, A. C., 2015, p. 124).

Além da promoção da igualdade, outras virtudes são apontadas: a previsibilidade das decisões (*stare decisis*), já que os futuros casos serão julgados de forma semelhante aos julgados pretéritos, a economia processual, pois a medida que os *issues* são decididos, as nova matérias serão decidas com maior agilidade e, por fim, o respeito ao Pode Judiciário, pois as soluções dão maior responsabilidade e força suasória às decisões judiciais (SOARES, 1999, p. 41).

Apesar das vantagens apresentadas, o que se vislumbra nos EUA é um sistema misto entre *Common Law* e *Civil Law*. Sebastião Machado Filho aponta, inclusive, que se descortina um movimento codificador norte-americano, em que há um desalojamento da posição

---

[81] *"[...] está claro que la elaboración sistemática de la materia jurídica es indispensable, sobre todo dada complejidad y amplitude que en mundo actual tiene cualquier rama del ordenamento jurídico. Precisamente, la elaboración de un sistema pretende reducir esa complejidad, hacerla abarcable, evitando en lo posible las resoluciones contradictorias, y a veces la arbitrariedad y el coyuntrualismo que por divesas razones se dan a veces en los Tribunales de Justicia. La identificación de un conjunto de conceptos y principios generales sistematizados adecuadamente puede ser también una buena gramática jurídica para la enseñanza y el aprendizaje del derecho."*

proeminente da *Common Law* impulsionada pelo "pragmatismo legislativo", processo inverso da justiça criminal brasileira:

> Não seria de todo fantasioso deduzir que, talvez com desaconselhável radicalismo, que a tendência nos países da *common law* – ao contrário do que se observa nos países da *civil law*, pelo menos do ponto de vista da importância que se vem conferindo à jurisprudência dos tribunais – é no sentido de substituir-se o *judge made-law* pelo *legislator made-law*. (MACHADO FILHO, 1997, p. 82).

Também impulsionado por mudanças, no Brasil se verifica o processo inverso. Há uma tendência crescente em utilizar o modelo de precedentes e importar as técnicas norte-americanas, como bem se verifica na justiça penal pátria. O propósito é buscar em outros sistemas respostas mais eficiente aos conflitos. Entretanto, a compatibilização entre eles nem sempre é fácil, de modo que existe no processo penal brasileiro uma incidência grande do modelo de *common law* que desrespeita a estrutura sistêmica da *civil law*.

A estrutura do processo penal brasileiro cada vez mais se assemelha à estrutura processual penal norte-americana, com a absorção tanto dos aspectos procedimentais como de métodos negociais e práticas colaborativas para o alcance da verdade.

3.6.2 A estrutura do processo penal norte-americano

Por ser um sistema misto de *Civil Law* e *Commom Law*, importante frisar que o processo judicial norte-americano deve respeitar os princípios de ordem constitucional. São eles:

A repulsa aos aspectos inquisitoriais, vedando o impulso oficial do magistrado (*inquisitorial proceedings*). O relacionamento entre as partes e o juiz é neutra, decidindo o magistrado apenas quando provocado pelo autor ou pelo réu, conhecido no processo civil como *adversary proceedings*. No processo penal, as partes são representadas pelo Ministério Público (*prosecutor*) e pelo acusado (*accused*), conhecido como *accusatory proceedings*.

A instituição do *jury*, cuja competência é julgar questões de fato por doze leigos (*laymen*) e as de direito ficam reservadas ao juiz (*judge*). O *Grand Jury* é um tribunal formado por 23 jurados, com atribuições para acolher denúncias do promotor ou apresentar ele próprio a acusação, e só existe no processo penal.

A precedência de oralidade e informalidade nos procedimentos judiciais, bastando apenas uma petição inicial (*complaint*) com um mero relato dos fatos, indicação de autoria e pedido, mesmo sem indicação dos fundamentos legais do pedido, conhecido como sistema

notice pleading. E, por fim, o irrestrito respeito ao princípio do *due processo f law* (SOARES, 1999, p. 104-105).

O processo penal se instaura com o *indictment*, a acusação formal perante o Judiciário pelo promotor, ou o *presentement*, acusação formal formulada pelo *Grand Jury,* e que inaugura a fase do *before trial.* Porém, antes de iniciar a ação penal há as investigações preliminares (*preliminary examinations*), em que se colhem as provas circunstanciais e realiza a oitiva das testemunhas, mas sem qualquer manifestação pessoal do suspeito. Essa etapa é extremamente sensível e passível de anulação tantos na fase do *before trial* como do *trial*, quando se observa se as provas colhidas na busca e apreensão feriram a liberdade dos cidadãos (proteção contra buscas e apreensões irrazoáveis, conhecidas como *unreasonable search and seizure rule*) ou se foram obtidas através da confissão coercitiva (*coerced confession*), denominadas de *exclusory rules*, que é o sistema americano de proibições de provas.

As *exclusory rules* visam a prevenir o recurso a meios de prova contrários às garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. O sistema americano é muito atento à proteção das liberdades públicas fundamentais durante o procedimento investigativo, tanto que "[...] tende a privilegiar a *dimensão processual* como sede de proclamação e de tutela. Em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal." (ANDRADE, 1992, p. 136).

O julgamento pelo *Grand Jury* pode ser dispensado, uma vez que o *prosecutor* pode trocar a admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou pela desqualificação do delito para tipos com punibilidade menos grave através do instituto da *plea bargaining*, *guilty plea* ou *plea nolo contedere*.

Calhando no insucesso das medidas negociais, passa-se à fase do *trial*, caracterizada pela ampla publicidade dos atos procedimentais. A instauração dessa fase é um indício da culpabilidade. Imperam nessa fase a oralidade e a concentração de procedimentos probatórios em sessões corridas, em geral numa única sessão. Ao final, será proferido o veredito pelos jurados de culpa (*guilty*) ou inocência (*not guilty*), em geral apresentada por um de seus representantes, nominado de *foreman*. Não há motivação na decisão e também não se admitem votos discordantes. A deliberação do júri é secreta.

Durante a fase de julgamento do acusado (*trial*), as provas são formalizadas através de um conjunto de procedimentos ordenados conforme o direito, denominado de *Law of Evidence*. Estão enquadradas as seguintes matérias: espécies de provas judiciais possíveis e

admissíveis; os impedimentos, suspeições, credibilidade das testemunhas (*competency*), bem como procedimentos de seus testemunhos; a admissão e exclusão de procedimentos de provas e da legalidade e legitimidade de sua apresentação em juízo; privilégios e regalias de certas testemunhas; ônus da prova e as presunções de existência e de veracidade (SOARES, 1999, p. 143-144).

Por ser um "processo penal de partes" (*adversarial system* ou *accusatory system*), a busca da verdade se concentra na disponibilidade da acusação e da defesa, que se encarregam de providenciar o material probatório para convencimento do julgador. O juiz não está defeso de realizar a inquirição, porém prevalece o sistema do *cross examination*, em que as partes fazem as perguntas e as reperguntas diretamente às testemunhas e aos peritos. Frise-se que a prova documental é pouco utilizada no sistema norte-americano, posto que a oralidade é predominante na formação da verdade no processo (ANDRADE, 1992, p. 137-139).

Essa alteração das finalidades do processo judicial se deve à inspiração da cultura penal anglo-americana, que revigorou os ideais neoliberais da eficiência e celeridade e o transpuseram para o processo penal.

No Brasil, a americanização do processo judicial teve início com os Juizados Especiais, com competência para compor as pequenas causas, frutos dos *Poor Man´s Court*, juizados de pequenas causas criados nos EUA em 1934, mais especificamente em Nova York, competentes para julgar causas de pequeno valor, inferiores a cinquenta dólares. Mais tarde esse sistema se difundiu no país, com a criação das denominadas *Small Claim Courts*, importados para o Brasil com a nomenclatura "Juizados Especiais Cíveis" da Lei nº 9.099/95.

No processo penal, esse fenômeno de incorporação de experiências estrangeiras se intensificou a partir da reforma legislativa de 2008, através das Leis nºs 11.689 (BRASIL, 2008a), 11.690 (BRASIL, 2008b) e 11.719 (BRASIL, 2008c), as quais alteraram a disciplina acerca das provas ilícitas e do procedimento de inquirição de testemunhas.

Essas legislações sofreram grande influência do direito norte-americano no tratamento das provas ilícitas por derivação, com a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), também conhecido como princípio da contaminação. As provas ilícitas por derivação são aquelas que, em si mesmas, não contêm uma contrariedade à norma jurídica, mas cuja produção foi possível em razão de anterior ilicitude. A ideia é que se a árvore está envenenada, os frutos por ela gerados estarão igualmente contaminados, devendo tais provas ser desentranhadas do processo.

Elas são resultados da *exclusionary rule* extraída da 4ª e da 5ª Emendas à Constituição Americana, em conformidade com a jurisprudência firmada pela Suprema Corte norte-americana, não se limitou à inadmissibilidade das provas obtidas diretamente em desconformidade com as garantias constitucionais (por exemplo, uma apreensão realizada sem mandado judicial e sem indícios de causa provável da ocorrência delituosa), mas passou a alcançar toda e qualquer prova ou evidência a que tenha a autoridade policial chegado em razão da diligência ilegal. Em conformidade com a teoria dos frutos da árvore envenenada, todo aquele que teve garantias constitucionais violadas pela autoridade policial pode invocar a exclusão do processo de todas as evidências obtidas direta ou indiretamente em razão dessa violação (ROMANO NETO, 2009, p. 336).

A exceção à prova contaminada ocorre se a acusação conseguir demonstrar que: a evidência ou a prova ilegal seria obtida mesmo na ausência de sua violação, isto é, a fonte da prova é independente e pré-constituída em relação à ilegalidade (*independent source exception*); por outros meios a descoberta do crime seria inevitável (*inevitable discovery exception*); as provas, ainda que ilegais, foram produzidas pela boa-fé dos agentes estatais ou policiais (*good faith exception*).

Em obediência à previsão do texto constitucional do art. 5º, inc. LVI, em que não se admite provas obtidas por meios ilícitos, o Código de Processo Penal passou a prever em seu artigo 157 situações iguais a do modelo norte-americano.

No tocante à inquirição de testemunhas, o Código de Processo Penal passou a prever em seu art. 212, a adoção do sistema de inquirição direta (*direct examination*) e cruzada (*cross examination*). Guardadas as peculiaridades de cada sistema, visto que nos EUA o *trial* é realizado perante um júri, o modelo brasileiro importou o modelo do "direito ao confronto"[82] estabelecido na Sexta Emenda da Constituição Americana, que prioriza a oralidade e a concentração de atos (ROMANO NETO, 2009, p. 343-344).

Além da evidente aceleração procedimental, o intento de retirar do juiz o poder de interrogar os colaboradores da justiça é para garantir uma melhor averiguação das condutas criminosas e assegurar a imparcialidade do julgador. Contudo, Oliver Klug (2005, p. 114-121) afirma que esse "processo de partes" está se esmorecendo diante da introdução crescente de

[82] O sistema do *cross examination* e do *direct examination* tem sido relativizado pelos tribunais, pois ainda se admite que o juiz presidente do ato inicie a inquirição e, portanto, a inversão da ordem do rito seria apenas nulidade a ser alegada se constatado o prejuízo. O direito ao confronto brasileiro não é rigidamente obedecido como no sistema norte-americano. Contudo, a norma insculpida no art. 212 do CPP visa a conter as arbitrariedades na inquirição, como, por exemplo, a ausência do Ministério Público ou do defensor em audiência, o protagonismo do juiz na inquirição como no modelo anterior, dentre outras práticas nitidamente inquisitórias.

instrumentos para a tramitação consensual do processo penal. Aponta o autor inclusive que haveria uma "privatização" do processo penal, já que este se destinaria a cumprir acordos semelhantes aos do *pacta sunt servanda* do direito civil. Vislumbra-se o abandono da dialética inerente a um processo penal democrático, que tem sua razão de existir muito mais pela "ambição jurídica" de provar a inocência ou a culpa do acusado, através da retórica das partes, do que o objetivo de buscar a verdade do fato criminoso.

Se por um lado o Brasil importou alguns aspectos do modelo procedimental conflitivo e probatório norte-americano, há que se ressaltar que essa inspiração no sistema jurídico da *Common Law* se acentua também para compatibilizar com o modelo de práticas negociais e cooperativas com a justiça.

3.6.3 Justiça penal negociada norte-americana

No processo penal norte-americano, a declaração de culpabilidade mediante acordo entre acusação e defesa é fundamental para o funcionamento do sistema. Isso porque ela afasta os debates inerentes ao *adversary system*. Levada a peça acusatória ao conhecimento do *Grand Jury* e após sua aprovação pelos jurados, denominado de *true bill*, prosseguir-se-á o julgamento.

Contudo, antes do seu início, será oportunizada audiência preliminar ao julgamento, denominada de *arraignment*, cujo escopo é indagar o acusado acerca de sua culpabilidade. O suposto autor dos fatos delituosos poderá assumir sua culpa (*guilty plea*)[83], declarar-se inocente (*not guilty*) ou não contestar as imputações (*nolo contendere*). É nesse momento que surge a oportunidade de se apelar para a barganha e evitar o prosseguimento da ação penal, conhecido como *plea bargaining*.

Caso o acordo seja infrutífero, o processo avança para a fase de confronto probatório (*discovery*), com o consequente julgamento que se fará pelo magistrado (*brench trial*) ou pelo júri (*jury trial*). A Constituição americana prevê que, nos crimes com pena de prisão superior a seis meses, o acusado renuncie esse direito de ser julgado pelo júri e passe a ser julgado pelo magistrado (MARQUES, 2014, p. 36).

---

[83] Nos Estados Unidos, 97% das condenações no âmbito federal e 94% no âmbito estadual são resultados do *guilty plea*. Pode-se dizer que a *plea bargaining* é a regra e não a exceção. Não é um instrumento adjunto da justiça criminal, mas o principal elemento que impede o sistema de justiça criminal norte-americano entrar num colapso (LEVENSON, 2012, p. 2-3).

Ao se declarar inocente, *not guilty*, o Estado terá o ônus de provar todas as imputações criminosas e propiciar o cumprimento dos parâmetros mínimos das garantias constitucionais (julgamento por júri imparcial, contraditório, ampla defesa, etc.). O *nolo contedere* trata-se de opção viabilizada apenas na justiça penal de metade dos estados americanos e na jurisdição federal. O acusado não contesta as acusações, mas também não reconhece sua culpa, isto é, aceita a imposição da pena em casos mais restritos, sem gerar efeitos para uma possível indenização civil (VASCONCELLOS, 2015, p. 62-63).

O *nolo contendere* é pouco aplicado no sistema da *common law*. No Brasil, ele se destacou a partir da Lei nº 9.099/95, com a criação das medidas despenalizadoras. A suspensão condicional do processo e a transação penal são bons exemplos de *nolo contendere*: no primeiro, o imputado não contesta as imputações e nem se declara culpado para, em contrapartida, aceitar os requisitos previstos no art. 89 da citada Lei. Na transação penal, o Ministério Público aplica uma pena restritiva de direito ou multa antecipadamente e, se aceita e cumprida a proposta pelo infrator, este não responderá por processo crime, nos termos do art. 76 da Lei dos Juizados.

O *guilty plea* constitui o reconhecimento da culpabilidade dos fatos criminosos, com a aceitação do réu à imposição imediata da pena e a sua renúncia a direitos fundamentais. O processo não prossegue e, portanto, não há cargas probatórias para o *prosecutor*. Não é um meio de prova ou confissão, mas uma condenação de igual valor ao veredito do júri.

O *guilty plea* pode ser de três formas: voluntária, situação em que o réu não sofre nenhuma influência dos atores do processo e opta por reconhecer sua culpa diante das provas desfavoráveis ou por arrependimento; induzida ou unilateral, quando a lei prevê pena mais severa para quem insistir no julgamento ou quando existe um tratamento mais leniente de promotores e juízes àqueles que o renunciam; negociada, aquela em que existe um livre acordo com o intuito de renunciar o processo, estabelecendo tratativas sobre o delito ou a pena a ser imposta (VASCONCELLOS, 2015, p. 63-64).

A declaração de culpa pode ocorrer sem negociação, porém, na esmagadora maioria dos casos penais está associada à *plea bargaining*, pois se concretiza no pacto estabelecido entre acusação e defesa.

Pode-se definir a *plea bargaining* como:

> [...] o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado (VASCONCELLOS, 2015, p. 68).

Dentre as características da barganha, destaque-se: a necessidade de arrefecer a postura de resistência e contestatória do imputado, a imposição de punição antecipada e a esperança de o réu auferir algum benefício ou vantagem por tal consentimento.

A possibilidade de barganhar a pena existe nos EUA desde o século XIX e se tornou um mecanismo preponderante na justiça americana. O processo de urbanização e o fenômeno da globalização forçaram a criação de uma maior quantidade de figuras delitivas, de maneira que a estrutura judiciária norte-americana teve que se adequar à nova demanda e à intensificação da produção legislativa. Pontue-se ainda que os ritos do *jury trial*, antes do século XIX, eram mais céleres, pois não se exigiam a intervenção de advogados e as regras de produção probatória eram menos complexas (LEITE, 2009, p. 75).

Essa duração longínqua se deve principalmente à ampla discricionariedade do acusador para realizar as negociatas e o respeito às delimitações do *due process of law* (VASCONCELLOS, 2015, p. 60).

Defesa e acusação têm ampla disponibilidade para transigir ou refutar os termos do acordo e não se vinculam à taxatividade da lei. Nos EUA, o *due process of law* é compreendido como o direito ao procedimento judicial. É uma opção do acusado, assegurada pela 5ª e 6ª Emenda Constitucional, ter ou não o julgamento. Pode ele renunciar à ação penal e aceitar a imposição da pena consentida no acordo.

A admissão de culpa da *plea bargaining* é válida somente no processo sob *iudice* e não pode servir de prova em outros processos criminais[84], em razão do preceito constitucional da garantia da vedação da dupla punição (*double jeopardy clause*).

Há posições favoráveis e contrárias à utilização da barganha no processo penal americano. Os defensores da *plea bargaining* sustentam a inevitabilidade do instituto, ao ressaltar seu valor histórico e a necessidade de sua aplicação diante do sobrecarregamento da justiça criminal, tanto pela quantidade de casos como pela maior complexidade do processo de julgamento. Refutam, inclusive, as críticas com relação à expressiva quantidade de reconhecimentos de culpabilidade como fundamento das condenações criminais, advertindo que num mundo "ideal", tal instituo não poderia ser aceito, mas na prática restaria inviável sua abolição, pois imprescindível para a sobrevivência do sistema da *Common Law* (LEVENSON, 2012, p. 16).

[84] O direito norte-americano possui um instituto interessante, chamado *Multi-District Litigation*, ou MDL. Em processos "repetitivos" e "semelhantes" reúnem-se todos eles em um único juízo, para que a produção da prova seja feita uma vez só e respeite o contraditório e a ampla defesa.

Outro argumento favorável é que expurgar a barganha da justiça criminal leva ao aumento de acordos informais, à semelhança do que acontece na Alemanha. Além disso, proibir os acordos acarretaria um aumento das punições, o que prejudicaria o imputado.

Afirma-se que os pactos realizados pela *plea bargaining* contribuem para a redução do número de prisões cautelares, pois a punição antecipada resolveria o conflito penal.

Ainda no que tange aos benefícios da barganha, pontua-se que todos os envolvidos e atores do campo jurídico-penal "saem ganhando", pois as partes fazem concessões para obter vantagens mútuas e, consequentemente, reduz a incerteza e os riscos do julgamento: evitam-se gastos, inseguranças, constrangimentos, prejuízos e atrasos no processo, além de obter uma suposta redução de pena pela complacência do autor do delito. O defensor obtém retorno financeiro de modo rápido e abranda suas responsabilidades. Promotores e juízes reduzem gastos e cargas de trabalho. Na esteira desse raciocínio, o mecanismo negocial contribui para a promoção da dignidade da pessoa humana, ao propiciar que o acusado participe diretamente sobre o caso e valorize sua liberdade de escolha.

Sustenta-se também que a *plea bargaining* é uma forma de resolução do conflito através do consenso. A partir do ajuste racional dos riscos do processo, fomenta a resolução do conflito por meio do acertamento entre pretensão acusatória e a resistência defensiva como forma de obtenção de um resultado "justo". Há quem defenda, inclusive, sua natureza administrativa com regramento próprio, projetando o *plea bargaining* como um microssistema separado do modelo de justiça criminal (VASCONCELLOS, 2015, p. 86).

Entretanto, em que pesem as opiniões favoráveis à aplicação da barganha no direito norte-americano, as críticas são veementes no sentido contrário à vigência do instituto. A crítica principal é que os argumentos a favor do modelo negocial são sempre pautados na retórica da "necessidade" do instituto e nunca na sua compatibilidade constitucional ou efetivas contribuições ao sistema penal.

A *plea bargaining* declina a busca da verdade processual, através de uma investigação completa, e nega à defesa a possibilidade de apresentar seus argumentos. Minam-se os valores fundamentais da justiça criminal ao deixar as providências do destino da ação penal exclusivamente sob o poder do promotor (LEVENSON, 2012, p. 19).

Como corolário da abreviação processual, surge a outra crítica: a renúncia ao direito de defesa, pois a barganha suprime as fases do procedimento em detrimento da aplicação imediata da pena: "[...] pensa-se que a barganha exclui qualquer possibilidade de defesa e pauta-se inexoravelmente por influências e coações para a aplicação antecipada de uma

punição, sendo incompatível com exercício do direito de defesa.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 69).

No que tange à diminuição de prisão cautelar, tal argumento é frágil. Renunciar o direito fundamental ao julgamento para evitar o prolongamento de uma prisão cautelar é inaceitável, pois a manutenção da prisão cautelar é reponsabilidade única e exclusiva do Poder Público, não podendo transferir essa carga ao imputado (VASCONCELLOS, 2015, p. 78).

Critica-se também que celeridade processual provocada pela *plea bargaining* é um mito, pois envolve custos com audiências preliminares e consumo de tempo das Cortes. Apesar de ser inexorável que a complexidade dos tipos penais e do próprio processo penal se intensificaram após o século XIX, o que então justificaria as negociações na justiça criminal, é oportuno esclarecer que o procedimento penal acusatório também foi bastante simplificado, com a concentração de audiências e a prevalência das provas orais. Essas modificações no procedimento viabilizou o julgamento em tempo hábil.

Destaque-se que a barganha norte-americana não visa a um resultado “justo”, pois ela é permeada por pressões e coações que maculam a liberdade de decisão e a autonomia do acusado. Apesar de reconhecer a existência do risco inerente ao processo penal, inexiste o “ajuste racional dos riscos”, pois os acordos não almejam reduzir racionalmente os perigos de um processo incerto a partir de uma suposta consensualidade entre as partes. O acusado possui pouca autonomia para negociar e, ao final, a única “certeza” proporcionada pela *plea bargaining* é a condenação com a confissão, de modo a manter os interesses do poder punitivo.

Existe uma coação (direta ou indireta) para que o réu declare sua culpa, podendo surgir diversos abusos por parte do Ministério Público: *overcharging*, em que o *prosecutor* se vale de sua posição privilegiada para imputar mais crimes do que as provas permitem; *overrecomendation*, em que o promotor ameaça com pena maior que a recomendada pelos critérios de justiça e a *bluffing*, em que o acusador afirma mentirosamente ter mais provas do que realmente possui (GOMES; SILVA, 2015, p. 219).

A racionalidade dos riscos é uma falácia. A finalidade da *plea bargaining* é, em sua essência, utilitarista e economicista, que visa a garantir o “bom funcionamento” da justiça criminal. Laurie Levenson (2012, p. 20) pondera que o instituto negocial “pinta um quadro” em que a lei é como um “bazar turco”, em que a justiça pode simplesmente ser comprada e vendida.

Essa “falsa” consensualidade da *plea bargaining* não tem a pretensão de resolver a conflitualidade real. É um mecanismo para o poder punitivo exercer seu controle social. Trata-se de uma prática discriminatória, pois favorece o tratamento desigual entre os acusados que aceitam e os que não aceitam o pacto, além de ser uma resposta simbólica do Poder Público aos problemas pertinentes ao crime:

> Parece-nos que tal sistema traz alguns inconvenientes. Não se pode afirmar, com certeza, que essa margem de negociação entre promotor e o indivíduo não seja desempenhada de forma discriminatória, de acordo com o *status* de quem praticou a infração. Por outro lado, percebe-se que o resultado da conciliação, não tem como base o verdadeiro conflito penal estabelecido, na medida em que não se sedimenta a aplicação da pena menor em razão daquilo que realmente aconteceu. Trata-se, isso sim, da aplicação de uma pena por fato anunciado, admitido e julgado, mas não correspondente à realidade ou sequer próximo dela, mas que, por razões utilitárias, é dado como ocorrido. Há de se questionar o verdadeiro valor pedagógico e preventivo geral desta solução, na medida em que ela expressa uma resposta artificial do Estado ao crime: a pena não serviria assim como consequência exata e proporcional ao que efetivamente abalou o convívio social harmônico, mas sim ao acordo estabelecido entre o promotor e o acusado (GOMES et al., 2008, p. 28).

Apesar de não ser a finalidade precípua da *plea bargaining*, nota-se que ela possibilita a cooperação do acusado com a justiça, o que revelaria certa semelhança com a colaboração premiada. Apesar de existir projetos de lei no sentido de expandir as práticas negociais no ordenamento jurídico-penal pátrio, o que se vislumbra na justiça brasileira são alguns pontos de convergência e divergência com sistema norte-americano.

3.6.3.1 Justiça penal colaborativa: plea bargaining e a (in)compatibilização com a delação premiada no processo penal brasileiro

Subespécie da justiça negocial, a justiça penal colaborativa segue o modelo norte-americano de abreviação dos procedimentos. Entretanto, não é simplesmente um acordo de assunção de culpa para abreviar o encerramento do processo. O propósito é incitar a cooperação com a justiça, com a finalidade de esclarecer condutas ilícitas ou, até mesmo, prevenir a prática de futuros delitos.

Nos países da Grã Bretanha é muito comum a *plea agreements*, que são acordos acompanhados da assunção de culpa e possibilitam a retirada da acusação (*nolle prosequi*), a não apresentação de provas em juízo para alcançar a absolvição (*offering no evidence*) ou, ainda, de conceder imunidade àquele que colaborou no esclarecimento dos fatos (*accomplice evidence*) (PEREIRA, F. V., 2014, p. 46).

Na *plea bargaining* norte-americana, a atuação do *prosecutor* praticamente não encontra entraves para a negociação com a defesa. Sua discricionariedade é absoluta ou quase irrestrita. Diante dessa possibilidade ampla de negociações, a *plea bargaining* apresenta variações que se aproximam da colaboração premiada.

Permite-se que o representante do Ministério Público retire certas imputações ou capitule em fato menos grave, na negociação denominada de *charge bargaining*. Admite-se também que o *prosecutor* negocie a pena em troca da declaração de culpa e da colaboração na investigação criminal de outras pessoas, no denominado *sentence bargaining*[85] (GOMES; SILVA, 2015, p. 218) ou, até mesmo, que se evite a persecução penal, no conhecido *non-prosecution agreements*.

Outro instituto muito utilizado é o *approvement*, que permite ao colaborador pedir perdão em troca da colaboração com a justiça (MARQUES, 2014, p. 37). Neste caso, o colaborador não é processado. Assemelha-se bastante com o previsto na Lei nº 12.850/2013, no artigo 4º, §4º.

Na hipótese de vários autores, existe a possibilidade do reconhecimento da *contigent plea bargaining*, que determina a manutenção das negociações com determinado arguido está condicionada ao fato de as declarações dele, em prejuízo de um coarguido, surtirem o efeito esperado de condenação desse coarguido. É um, portanto, uma colaboração indireta.

Também existe o *package plea bargaining*, que constitui a possibilidade de ser propostos benefícios a um ou mais acusados sobre a condição de todos confessarem a prática delituosa. Não satisfeita essa condição, a acusação retira a proposta em bloco (MARQUES, 2014, p. 36).

A discussão central para o trabalho é se a delação premiada seria uma extensão do modelo da barganha norte-americana. Vinicius Gomes de Vasconcellos sustenta que sim, pois a expressão da justiça negocial já é regulada no Brasil, inclusive com pretensões de expansão no sistema de justiça penal:

> A colaboração premiada pressupõe o reconhecimento da culpa (confissão) e, a partir disso, a colaboração à persecução criminal estatal, em regra com a incriminação de coautores e o desvelamento de informações importantes para a produção probatória; buscando-se um tratamento mais leniente (em regra, redução de pena). Sabe-se que, conforme a regulação brasileira atual, o réu não pode ser condenado exclusivamente com base na delação, sendo necessária a busca por provas confirmatórias. Entretanto, ao contribuir com a persecução estatal, o acusado sai de sua posição de

[85]Além da pena reduzida, a *sentence bargaining* possibilita a concessão do benefício da *probation*. A *plea bargaining* não se confunde com a *probation system*, pois esta suspende a aplicação da pena (*sentence*) ante o cumprimento de determinadas condições por um período de provas. Não obstante, há um juízo de culpabilidade – *conviction* (VASCONCELLOS, 2015, p. 67).

> resistência, de modo a incompatibilizar-se com o exercício efetivo do direito de defesa. Assim, há quem identifique os mecanismos de barganha e de delação premiada na categoria intitulada de “direito premial”, que se pauta pela colaboração do acusado na persecução penal. (VASCONCELLOS, 2015, p. 70).

Em sentido contrário, Frederico Valdez Pereira afirma que a delação premiada guarda semelhança com a *plea bargaining* apenas pelo fato de ambas serem frutos de um negócio com a justiça. O autor não refuta a inspiração no sistema jurídico de *Common Law*, porém, defende ser possível uma assimilação meramente superficial com a *plea bargaining*.

A cooperação pós-delitiva do coautor do delito para auferir provas no processo penal foi idealizada no sistema da *Common Law*, pois um de seus propósitos é viabilizar a participação do imputado na administração da justiça penal. A persecução penal nos países que seguem a *Common Law* é regida pelo princípio da oportunidade, o que confere amplo poder de seleção ao Ministério Público sobre os casos criminais que serão conduzidos a julgamento. Segue-se a linha do utilitarismo, de modo que a discussão do sistema anglo-americano não está centrada na legitimidade do prêmio ou nas garantias processuais do colaborador, mas sim no “[...] grau de credibilidade e no valor probatório da colaboração, mormente quanto à exigência de uma *corroborative evidence* das declarações do colaborador.” (PEREIRA, F. V., 2014, p. 42).

Outra diferença com os modelos de tradição romano-germânica é que no direito norte-americano há uma racionalização da renúncia à garantia fundamental. Com a abdicação do direito ao silêncio (*privilegie against self incrimination*), há um regramento específico e o imputado se insere num microssistema normativo da *imunity*. Com a imunidade, o acusado se transforma numa testemunha e, em troca, é assegurada a não persecução pelos fatos revelados (PEREIRA, F. V., 2014, p. 43).

Nos países de predominância da *Civil Law*, a exemplo do contexto jurídico brasileiro, italiano e alemão, os acordos de colaboração são modernas técnicas de investigação na busca da verdade da prática criminosa. A delação premiada é um instrumento de política criminal, diante da necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade.

Nos sistemas da *Civil Law* não se admite a negociação acerca das imputações a serem formuladas na denúncia, pois a atuação do acusador é, em regra, mais regulada e menos discricionária. Some-se ainda a previsão do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual mantém o controle judicial sobre a acusação.

O princípio da legalidade e o da individualização das penas impedem a inserção de livres juízos discricionários por partes de órgãos da persecução penal. As normas devem

prever a natureza e extensão das medidas premiais. Necessária também a judicialização das provas. Ao contrário, no *plea bargaining*, que mira a assunção de culpa pelo imputado na fase preliminar, sem passar pela fase de julgamento, a normativa dos arrependidos condiciona a aplicação de qualquer medida premial à verificação judicial dos pressupostos da colaboração (PEREIRA, F. V., 2014, p. 46).

No cenário jurídico contemporâneo, vislumbra-se que a justiça penal negocial tem sido aplicada também no direto penal econômico com intuito não somente punitivo, mas fundamentalmente numa perspectiva de gerenciamento e prevenção do risco penal. Esse modelo também vem ganhando espaço no sistema penal brasileiro, fruto novamente da importação de um conceito americano.

3.6.3.2 Direito penal econômico e a influência norte-americana na justiça penal colaborativa: criminal compliance e o whistleblowing systems

A vertiginosa especialização de comportamentos empresariais e a necessidade de regulamentação para assegurar o funcionamento do mercado financeiro resultaram na incapacidade do sistema de justiça criminal apresentar mecanismos aptos a responder às expectativas do sistema econômico.

A globalização das atividades corporativas reconfigurou o intervencionismo penal, provocando o reconhecimento dos riscos inerentes à gestão empresarial e a necessidade de imputação de responsabilidade à pessoa jurídica.

Para acompanhar a evolução da criminalidade moderna, novos microssistemas são criados com o propósito de antecipar a persecução penal já no ambiente empresarial. Flexibilizam-se os instrumentos processuais com incidência bastante apelativa dos canais de denúncia, através do *whistleblowing systems*, e na interpretação extensiva das práticas de justiça penal colaborativa, com a celebração de programas de prevenção às infrações econômicas, por meio do *criminal compliance* e dos acordos de leniência (SAAD-DINIZ, 2015, p. 12).

Os *compliance programs* são de origem estadunidense e possuem o propósito de prevenir delitos econômicos empresariais através de uma corregulação estatal e privada. São sistemas autorreferenciais de “autorregulação regulada”, cujo processo de autorregulação é baseado em códigos de condutas corporativos, vistos como uma autoimposição voluntária de

padrões de condutas por parte de seus organizadores (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 114).

A relação entre vigilância e *compliance* se manifesta desde a origem da própria cultura de cumprimento normativo. Essa cultura, de fato, não é senão a expressão da delegação, às empresas, das funções de prevenção de ilícitos, próprias que são do Estado. As empresas, por sua vez, assumem essa delegação mediante a adoção de medidas de autorregulação regulada, genericamente tidas como programas de cumprimento. *Compliance* significa "autovigilância" (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 135).

No direito norte-americano os programas de *compliance* objetivam aferir o grau de responsabilidade empresarial através do *Guidelines for Sentencing Organization*, que seriam programas empresariais destinados a assegurar que as regras vigentes sejam cumpridas pela pessoa jurídica e pelos indivíduos de seu contexto, além de que as infrações sejam descobertas e punidas.

Os programas de *criminal compliances* seriam mecanismos de gestão de riscos voltados especificamente ao controle e prevenção de descumprimentos da legislação penal. Consubstanciam-se nas medidas adotadas pela empresa com o propósito de dar cumprimento aos mandamentos e proibições do Direito Penal. É um setor do *compliance* empresarial (PAULINO, 2015, p. 92).

Entretanto, cumpre ressaltar que o Estado delega a gestão dos riscos às empresas de modo legalmente controlado e não de maneira absoluta. O *compliance* é pautado na legislação criada pelo Estado, por meio do qual são assentadas estruturas de incentivo ou vinculação à implementação de programas de controle de riscos pelas empresas. O intuito é verter a regulação estatal às situações de riscos que ocorrem nas organizações empresariais e estabelecer controles preventivos, antecipando à situação de descumprimento normativo. Além disso, possui o propósito de informar os membros da corporação o comportamento aceito pelo grupo, com o escopo de que haja o cumprimento da legislação estatal e evite-se a responsabilização e sancionamento.

Estabelece-se, portanto, limitação aos riscos jurídicos de responsabilizações pelo descumprimento da norma estatal no exercício de suas atividades econômicas. Nesta "cultura de *compliance*" se integram tanto a internalização pelas empresas de deveres de vigilância, como também "medidas positivas de formação", cujo objetivo é a inocuização de práticas coletivas potencialmente propícias ao cometimento de delitos (MARIN, 2015, p. 74).

Vislumbra-se a *administrativização do direito penal* diante da complexidade moderna da sociedade de risco. Isso se deve diante da dificuldade da criminalidade intraempresarial para verificação correta e individualizada da autoria e do descobrimento do fato criminoso. Dentro de um ambiente empresarial existe uma divisão de funções do trabalho e de hierarquias, o que dificultaria a individualização de certas condutas. Exige-se a aferição da atribuição de cunho individual de responsabilidade, o que é imprescindível para verificar a presença de crime no ambiente corporativo e há, também, a consequente dificuldade de eficácia dessa responsabilidade.

A grande dificuldade é compatibilizar os preceitos dos programas de *compliance* com as legislações estatais, pois cada país possui um sistema jurídico diferente. Sendo um instituto de princípios fundamentados da *Common Law*, nos países seguidores da *Civil Law* a dificuldade residiria na responsabilização penal da pessoa jurídica:

> [...] traduzido literalmente (o termo *compliance*) tem-se o entendimento de "cumprimento" ou "conformidade", o que implicaria uma percepção de fidelidade ao Direito, o que poderia significar, em última análise, uma evitação de riscos de responsabilidade criminal. A preocupação por essa evitação, no entanto, deve ser vista como uma forma de assunção pelo sistema da *civil law* de premisas de *common law*. Se nesta última, sua realidade geradora, aceita a responsabilidade penal das pessoas jurídica, caberia cogitar se seria possível pretender-se limitar o *criminal compliance* a um marco que renega a mesma. (SAAD-DINIZ; SILVEIRA, 2015, p. 115).

No Brasil, o *criminal compliance* foi inaugurado através da nova Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei nº 12.683/2012, ao especificar que determinadas pessoas (físicas e jurídicas) se mostram obrigadas a identificar seus clientes e manter registros dos mesmos, bem como comunicar certas operações financeiras com o fim de prevenir a prática de alguma conduta criminosa de lavagem. Estabelece também sanções de ordem administrativa quando verificado o descumprimento das obrigações legais.

A Lei reforçou o paradigma da autorregulação regulada ao impor a determinados agentes econômicos deveres de controle interno de suas atividades, bem como de comunicação ao Estado de operações financeiras potencialmente destinadas ao branqueamento de capitais.

Mais recentemente, voltando a utilizar mecanismos de incentivo, a nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) definiu a existência de programas de *compliance* e a cooperação com as investigações como alguns dos critérios de mensuração da punição administrativa aplicável a pessoas jurídicas. Contudo, permanecem pouco claras as condições

de adaptabilidade da realidade brasileira à austeridade regulatória característica desta nova cultura organizacional (MARIN, 2015, p. 76).

A noção de *compliance* se mostra intimamente relacionada à previsão de incentivos às denúncias internas. Dentro dessa possibilidade de cooperação com as investigações, surgem mecanismos de denúncia interna na seara empresarial, conhecidos como *whistleblowing system*. Estes são instrumentos de controle e supervisão da conformidade das práticas empresariais com o direito, mais especificamente "[...] a denúncia de certo comportamento que esteja em desacordo com as estruturas de governança estabelecidas na empresa." (PINTO, 2015, p. 117). A expressão *whistleblowing* se refere ao ato de informar o cometimento de um ilícito, ou seja, a pessoa que "assopra o apito" a fim de delatar as irregularidades perpetradas dentro da empresa (PAULINO, 2015, p. 92-93).

O *whistleblower* é o delator, pessoa incentivada de levar ao conhecimento interno atitudes que ofendam a ética empresarial estabelecida nos programas de *compliance*. O informante precisa possuir uma relação com a organização corporativa objeto das irregularidades, como por exemplo, os empregados e funcionários. Está excluído do conceito de *whistleblower* aquele que exerce função de controle, investigação ou delação, isto é, aquele profissional que cumpre obrigação vinculada ao seu cargo de informar aos diretores da empresa que empregados da organização cometeram irregularidades.

A noção de *whistleblowing* é composta por quatro elementos: o membro da organização que "assopra o apito"; a denúncia da irregularidade reportada (não se confunde com reportar uma má conduta, pois abrange má administração, corrupção, assédios ou outras violações legais que envolvam a organização); o indivíduo ou o grupo de pessoas que estão cometendo as violações e, por último, a pessoa ou entidade que recebe a denúncia (PINTO, 2015, p. 117).

Dividem-se os sistemas de *whistleblowing* em internos e externos: os internos que comunicam a situação irregular aos representantes da própria empresa, enquanto os externos efetuariam as denúncias perante terceiros, como autoridade ou meios de comunicação alheios ao ambiente corporativo. Ambos se enquadram em um firmamento de um ideal programa de *compliance*, pois as denúncias exercem uma função preventiva sintomática.

No sistema do *whistleblowing*, a recompensa pela cooperação pode ser de natureza econômica. A lei norte-americana *Dodd-Frank* traz, em sua Seção 922, a regulação referente à proteção do *whistleblower*. Conforme a Lei, ao informante é fornecido um "prêmio" por aquele que voluntariamente prove informações relativas à violação de regras estabelecidas por

regulação. A Lei prevê valor de 10 % a 30% do que for coletado em sanções monetárias impostas na ação ou a esta relativa. A concessão do "prêmio" não acontecerá: se o informante tiver sido condenado criminalmente em algum caso relacionado ao caso denunciado; se ele obtiver a informação através de auditoria realizada ou, por fim, se o *whistleblower* não cooperar com o esperado pelas autoridades competentes.

No sistema jurídico brasileiro, em que pesem os tímidos dispositivos da Lei de Lavagem de Dinheiro e da Lei Anticorrupção referentes à cultura do *compliance*, não existem regulamentação suficiente sobre a prática de *whistleblowing*. Porém,

> [...] existem alguns projetos de lei que têm como objetivo criar programas de recompensa para aqueles que denunciarem crimes. A exemplo dos Estados Unidos, o Brasil vem demonstrando preocupação com o tema, foram apresentados projetos legislativos que versam sobre a criação de mecanismos para recompensar as pessoas que comuniquem às autoridades os crimes praticados contra a administração pública. (PINTO, 2015, p. 120).

Desde o século XIX encontram-se previsões estadunidenses que incentivam atos de delação dos mais diversos matizes, desde o oferecimento de proteção física até recompensas econômicas. A partir de 1960, as delações ganharam notoriedade com o caso *Watergate* e com os escândalos financeiros do final do século XX e início do XXI. Com o baldado *Sarbanes-Oxley Act*, a colaboração coorporativa tomou dimensões significativas (SAAD-DINIZ, 2015, p. 347).

No Brasil, a noção de justiça penal colaborativa com viés investigativo é uma prática recente, porém, cresce exponencialmente sua aplicabilidade. Importam-se institutos norte-americanos com a intenção de obter respostas mais eficientes aos casos penais. Percebe-se uma similaridade entre os propósitos do *whistleblowing*, os acordos de leniênica e a colaboração premiada dos crimes organizados: reduzir os riscos sistêmicos produzidos pela incapacidade de o Estado gerir o sistema penal.

Da mesma forma que na *compliance* retira-se do Estado a responsabilidade total pela resolução do conflito, na delação o ente estatal deixa a cargo do imputado o ônus de trazer provas e esclarecer a verdade para o desfecho processual, contribuindo primordialmente para o deslinde da persecução criminal. Absorvendo as práticas negociais norte-americanas, o sistema brasileiro "renova" as finalidades do processo penal, de modo que fica claro o seu alinhamento à justiça penal colaborativa.

CAPÍTULO 4 LIMITES PROBATÓRIOS DA DELAÇÃO PREMIADA FRENTE À VERDADE NO PROCESSO PENAL

4.1 A "prova líquida" da criminalidade moderna e a colaboração premiada

Zygmunt Bauman (2001) se refere à existência de uma deformação no espaço e no tempo na sociedade contemporânea, fenômeno que denominou de "modernidade líquida". Assim é que o líquido representa o grau difuso e dinâmico da sociedade moderna. Partilhando dessa ideia, Byung-Chul Han (2016) aponta que a modernidade convive com a dispersão temporal, justificando que o tempo está dessincronizado das relações sociais. Essa dessincronização é resultado da complexidade progressiva naturalmente provocada pela modernidade.

Ao traçar uma analogia a esses conceitos, vislumbra-se que o sistema jurídico-penal apresenta um tipo de criminalidade fruto da "modernidade líquida". São condutas ilícitas praticadas a partir de associações organizadas, cujas provas são difíceis de serem colhidas diante da difusão de responsabilidade e da diferenciação de funções dos agentes. Além disso, tais condutas se caracterizam pela especificação do conhecimento técnico para a ação delituosa, como nos casos dos crimes de natureza econômica, financeira, cibernética, ambiental, consumerista, empresarial, dentre outros.

Esses delitos são convencionalmente chamados de "criminalidade moderna", que remonta à noção dos "crimes de colarinho branco" (*White Collar Crime* [86]). Entretanto, o conceito de criminalidade moderna é mais abrangente do que a definição inicial de Sutherland, pois o citado autor foca sua análise na perspectiva da lesividade social, mais especificamente na diferenciação de classes sociais assente na dicotomia entre *powerful* e *powerless*. A definição de Suthelard tem contornos claramente subjetivos, pois centra sua teoria nas características do agente (SANTOS, 2006, p. 1154).

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 228, grifo do autor) pontuam:

---

[86] Essa denominação surgiu com os estudos de Edwin Sutherland, que diagnosticou uma classe de delinquentes com alto poder econômico e grande influência social, cujas condutas são cometidas por pessoas de respeitabilidade e *status social* alto no exercício de sua profissão, ocorrendo, em regra, a violação de confiança. O termo "colarinho branco", a princípio, foi utilizado para designar os dirigentes e administradores de empresas, numa remissão à vestimenta assimilada às pessoas bem sucedidas (*powerfuls*). A definição de *White Collar Crime* refere-se também às pessoas com prestígio político e financeiro, em oposição à expressão *Blue Collar Crimes*, relativas aos operários (*social work*) que vestiam macacão na cor azul (ELBERT, 2009, p.155-176).

> [...] fala-se abundantemente em "criminalidade moderna", que abrangeria a criminalidade *ambiental internacional, a criminalidade industrial, o tráfico internacional de drogas e o comércio internacional de detritos*, em que se incluiria a delinquência econômica ou a criminalidade "colarinho branco". Essa dita *criminalidade moderna* tem dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis que o *Direito Penal Clássico* não consegue atingir, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, individualizar a culpabilidade, apurar a responsabilidade individual ou mesmo admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

O Estado punitivo não consegue acompanhar a imensidão heterogênica das condutas ilícitas da criminalidade moderna, heterogeneidade esta fruto do complexo processo de globalização da pós-modernidade. Apesar de ser evidente o crescimento das repressões no âmbito da delinquência contemporânea, notável que o ente estatal ainda encontra dificuldades para deflagrá-la. Os mecanismos investigativos ainda são substancialmente vertidos para a punição das condutas típicas do direito penal clássico (furto, roubo, tráfico de rua, etc.), também conhecidos como "criminalidade de rua" ou "criminalidade de massa". São adotadas estratégias diferentes para colher provas da criminalidade moderna e da criminalidade de massa, pois há um "[...] campo potencialmente propício à incapacidade para a detecção de eventuais condutas delituosas daquela natureza." (COSTA, 2006, p. 94).

Assim é que para combater a criminalidade moderna, o direito penal reformula suas orientações político-criminais: *perigo* em vez do *dano*; *risco* em vez de *ofensa efetiva* a um bem jurídico; *abstrato* em vez de *concreto*; *tipo aberto* em vez de *fechado*; bem jurídico *coletivo* em vez de *individual*.

O sistema jurídico penal sofre uma restruturação como consequência natural da complexidade social atual, a qual apresenta especificidades técnicas incompatíveis com os dogmas do direito penal tradicional. Surge para o direito penal contemporâneo a necessidade de se organizar previamente, disponibilizando meios rápidos, eficientes e mais sofisticados para responder aos riscos inerentes à sociedade pós-moderna. Enfraquece a clássica concepção de repressão para tutelar bens individuais e, em seu lugar, surge o direito de intervenção para proteger bens jurídicos coletivos, num nítido viés utilitarista.

José de Faria Costa (2006, p. 93) chama a atenção para o aumento de leis de tonalidade securitária, cujo objetivo é evitar a que a prática delitiva se propague no seio social e continue a prejudicar toda a coletividade. Cita o autor, inclusive, a inversão do ônus da prova nos delitos de branqueamento de capitais no sistema europeu, salientando a senda punitiva também nos delitos de natureza econômica.

Esse é também o cenário do sistema jurídico brasileiro. A colaboração premiada é um instrumento processual de tonalidade securitária, que visa não apenas esclarecer as

condutas ilícitas, mas também prevenir o resultado hipotético de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa[87].

Enquanto a criminalidade de massa está vertida para realização de condutas violentas e imediatas, com vítimas reais, a criminalidade organizada apresenta um potencial de ameaça e de perigos em sua prática, sendo capaz de produzir consequências imprevisíveis e incontroláveis na sociedade (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 22).

A imprevisibilidade e a incontrolabilidade estão diretamente ligadas ao caráter transnacional da criminalidade organizada. Com a evolução tecnológica dos meios de comunicação e o fenômeno da globalização, a ação delituosa supera fronteiras e exige medidas transnacionais para desvelar sua ocorrência. Diferentemente da criminalidade de massa, cuja prática é cessada, na maioria das vezes, com um simples flagrante de delito, nos delitos associativos o controle punitivo se mostra mais complexo ante a difusão de condutas, pessoas e lugares. É uma criminalidade silenciosa, quase imperceptível, que muitas das vezes é resolvida apenas com conhecimento pericial sobre o assunto ou, até mesmo, com a colaboração efetiva dos próprios membros da organização.

O crime organizado é um fenômeno mundial, que possui raízes em instituições públicas e privadas, "[...] despontando como um dos maiores problemas da sociedade globalizada contemporânea e um dos elementos desencadeadores da crise do Direito Penal." (PEREIRA, C. J., 2006, p. 811).

Cláudio José Pereira (2006, p. 812) destaca que o crime organizado tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e possui estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia.

No Brasil, o conceito de organizações criminosas teve diferentes sentidos no decorrer dos anos. Não havia uma definição clara de crime organizado, pois a Lei nº 9.034/95 igualou crime organizado à quadrilha ou bando. Com a promulgação do Decreto nº 5.015/04 (BRASIL, 2004), o Brasil passou a ser signatário da Convenção de Palermo, a qual mantinha o quórum de três ou mais pessoas da quadrilha ou bando, porém passou a exigir a existência

[87] É o que preceitua o art. 4º, inc. III, da Lei 12.850/2013.

de um grupo estruturado, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer crimes (GEMAQUE, 2011, p. 150).

A Lei nº 12.694/2012 (BRASIL, 2012b) acrescentou a exigência de a associação ser estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas.

Contudo, a Lei nº 12.850/2013 revogou a Lei nº 9.034/95 e alterou o *nomen iruris* referente à conduta de "quadrilha ou bando" para "associação criminosa" prevista no art. 288 do Código Penal, cessando as dúvidas existentes acerca do conceito de organização criminosa.

Pelo art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/2013, organização criminosa é

> [...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) ou que sejam de caráter transnacional.

Com essa definição precisa no citado texto legal, sepultaram as confusões antes feitas com a conduta de quadrilha ou bando. A Lei nº 12.850/2013 criou o tipo penal de "associação criminosa", que se configura com a associação de três ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes. Apesar de o tipo penal ser pouco preciso, a associação criminosa é crime de perigo comum e abstrato, comissivo e de caráter permanente. É necessário que os componentes da associação estejam previamente concertados para prática específica de crimes indeterminados. "Por tudo isso, a associação criminosa somente se configura quando realmente de *associação estável* se tratar, caso contrário estar-se-á diante de concurso eventual de pessoas (art.29), independentemente do número de pessoas envolvidas" (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 239).

A Lei nº 12.850/2013 atenta para o caráter transnacional das organizações criminosas, reafirmando a necessidade de se observar os Tratados e Convenções internacionais referentes à matéria, recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Fica evidente que o propósito da Lei de Combate à Organização Criminosa foi enfrentar o complexo fenômeno delitivo da sociedade pós-moderna, pois "não se fala aqui de crimes cometidos por quadrilha ou bando, compreendidos como um conceito de criminalidade massificada, mas sim, do crime organizado, compreendido como criminalidade sofisticada" (VASCONCELLOS; REIS, 2014, p. 43).

A sofisticação delituosa exige também a sofisticação dos instrumentos investigativos hábeis a apurá-la. A colaboração premiada é uma técnica de investigação moldada para

solucionar a "liquidez" probatória da criminalidade moderna, pois a sua característica marcante é a possibilidade de transferir ao acusado o ônus para desvendar o crime. Nesse sentido, a Lei de Combate à Organização Criminosa aposta muito mais na busca da verdade do que na imprescindibilidade da repressão punitiva, pois, ao que se depreende da lei, privilegia-se o desvelar do delito e a prevenção dos riscos de sua continuidade, ainda que para alcançar tal finalidade tenha que "conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos", consoante art. 4º da Lei.

Por óbvio, a política criminal engendrada não é a descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização. Pelo contrário, esses "benefícios" proporcionados pelo sistema punitivo permitem uma abreviação, redução, simplificação e remoção de obstáculos formais que possam dificultar uma imediata e funcional reposta penal.

O Estado assume sua incapacidade de colher provas pelos métodos tradicionais de investigação criminal, de maneira que as novas técnicas se mostram mais precisas para obter a individualização da culpabilidade dos membros da organização[88], dada a grande divisão de tarefas nela existente. A Lei nº 12.850/2013 ainda prevê no seu art. 3º outras técnicas investigativas que também auxiliam no desmantelamento da criminalidade organizada, tais como: ação controlada; infiltração de agentes; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas; afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal; cooperação entre instituições e órgãos públicos na busca da prova.

Entretanto, mesmo que esse extenso rol de métodos investigativos auxilie na persecução das organizações criminosas e, assim, procure dar funcionalidade ao sistema penal, as limitações de ordem constitucional e legal devem ser respeitadas. Impõe-se um filtro de garantias constitucionais relativo à produção probatória, cujo objetivo é obstar os abusos perpetrados pelo ente estatal na busca da verdade no processo penal.

---

[88] Apesar da ampla discussão, há uma forte tendência mundial sustentando a responsabilidade penal objetiva da criminalidade organizada. Essa nova orientação justificar-se-ia pela necessidade de um direito penal funcional que pudesse corresponder às complexidades modernas, adotando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no caso de fatos cometidos por indivíduos integrado às suas estruturas, e a responsabilidade por fato realizado por terceiro (PEREIRA, C. J., 2006, p. 816).
Não deve ser descartada a utilização da intervenção penal para responsabilizar pessoas jurídicas, todavia, as sanções penais devem ser adequadas à própria natureza dessas entidades, privilegiando-se as sanções pecuniárias, as suspensão de atividades, as sanções administrativas, dentre outras (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 230-231).

4.2 A delação premiada e as limitações constitucionais na busca da verdade

Conforme pormenorizadamente estudado nos capítulos precedentes, a verdade no processo penal pode ser analisada sob diferentes perspectivas, as quais não se anulam, mas se complementam a depender do enfoque dado à matéria. No caso da delação premiada, o alcance da verdade sofre limitações linguísticas, semânticas e temporais, pois a produção probatória depende diretamente da declaração do acusado sofre algum fato. Existem ainda as contingências do processo (prescrição, determinado número de testemunhas ouvidas, nulidades, etc.) que também são fatores limitativos da verdade.

O controle de constitucionalidade, porém, é o instrumento limitativo da verdade mais relevante do processo penal. As garantias constitucionais asseguram que a forma procedimental para a colheita de provas e as liberdades públicas fundamentais não sejam violadas pelo poder punitivo. Nesse sentido, José de Faria Costa (2006, p. 95) orienta que:

> A diminuição das garantias processuais é um dos aspectos que mais rapidamente se manifestam enquanto característica do Estado punitivo. Não por acaso é o direito processual penal visto como a mais sensível das sensitivas às variações mínimas das estruturas do poder.

A funcionalidade da justiça criminal para reprimir e prevenir delitos deve estar alinhada ao valor da dignidade da pessoa humana. A grande dificuldade é compatibilizar os interesses do poder punitivo de "defesa social" com os interesses do acusado de preservar sua dignidade humana, mais especificamente quando entra em cena a necessidade de produzir provas. Jürgen Wolter (2005, p. 228-229 e 242) alerta para o perigoso uso do princípio da proporcionalidade no processo penal na tentativa de harmonizar a dignidade humana e a liberdade com a justiça penal e seu caráter preventivo. As liberdades são suprimidas em razão do interesse de prevenção da criminalidade grave. A efetividade da persecução criminal e da segurança dos cidadãos, em prol do bem comum, parece mais relevante que a proteção da dignidade humana do indivíduo num processo penal liberal.

Para Wolter (2005, p. 230), a dignidade do homem e o livre desenvolvimento de sua personalidade são o "coração" dos direitos fundamentais de qualquer Estado Democrático de Direito, de maneira que a dignidade humana possui dois significados no processo penal: em sentido negativo, a ausência de coação, e, em sentido positivo, a possibilidade jurídica constitucionalmente garantida de desenvolver sua personalidade e de autodeterminação.

Os métodos de colheita das provas em processo penal devem invadir minimamente o âmbito privado do acusado, isto é, as técnicas investigativas mais invasivas à intimidade do

acusado só devem ser usadas se não for possível esclarecer os fatos por outros meios de prova. Portanto, ficam proibidos os maus tratos e a tortura, o desrespeito à presunção de inocência, a inobservância ao direito ao silêncio e de não autoincriminação, a desconsideração da igualdade das partes e o estímulo à renúncia do direito de defesa. Além dessas premissas, as provas devem ser produzidas com fundamento ao previsto em lei, vedadas aquelas obtidas por meios ilícitos, devendo obedecer às diretrizes do devido processo legal.

A delação premiada é um meio de prova que estabelece essa tensão entre a funcionalidade do direito penal para proporcionar a segurança dos cidadãos e a confiança nas instituições estatais e os valores individuais tutelados pela Constituição Federal para o acusado ter o direito a um julgamento dentro dos parâmetros do devido processo legal. Essa "luta contra a criminalidade organizada", sempre visando os interesses da população, faz um contrapeso aos interesses elementares da liberdade do imputado no processo penal (WOLTER, 2005, p. 247-248).

Questiona-se, inclusive, a constitucionalidade da delação premiada. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2006, p. 8) afirma que "[...] o instituto é inconstitucional, como se coloca hoje, e prejudicial à estrutura democrática da sociedade." Sustenta o autor que a delação é um instituto demasiadamente inquisitorial e a inquisitorialidade do processo penal é incompatível com a estrutura constitucional. Além disso, há ferimentos inadmissíveis ao devido processo legal, posto que não se penaliza sem que haja processo. Na delação premiada não há processo, pois não há oportunidade de contraditório.

Jacques de Camargo Penteado (2006, p. 640) ressalta a incompatibilidade do instituto da colaboração premiada com o Estado Democrático de Direito e com a garantia do devido processo legal. O seu processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como a razoabilidade e senso de justiça para aplicação de seus dispositivos, não estão enquadrados nas preceituações constitucionais. Além disso, a delação premiada inibe a asseguração da paridade de armas entre as partes, não havendo uma igualdade substancial entre a acusação e defesa.

Com fundamento nessas premissas, passa-se a refletir a respeito da concordância prática da delação premiada com os principais preceitos constitucionais referentes à matéria, analisando principalmente o atual procedimento da colaboração processual previsto na Lei nº 12.850/2013.

4.2.1 A presunção de inocência e o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*)

A presunção de inocência constitui uma orientação ideológica que deve presidir todas as atividades estatais relacionadas à persecução penal, tanto a legislativa como a administrativa e, sobretudo, a judicial. É uma garantia prevista no art. 5º, inc. LVII, a qual preceitua que "[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 321, grifo do autor) assevera que:

> Como verdadeiro *princípio-garantia*, a *presunção de inocência* implica a predisposição de certos mecanismos pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo é tornar seguros os direitos do cidadão diante do poder punitivo estatal e também diante dos outros cidadãos. Trata-se de estabelecer verdadeiros limites à atividade repressiva, demarcando uma espécie de "terreno proibido" no qual o legislador ordinário (e até mesmo o poder constituinte derivado) não pode penetrar, de forma a possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais envolvidos.

Esse princípio é a exigência de que nenhuma condenação será proferida sem a prova da culpabilidade. André Nicolitt (2006, p. 59-64) afirma que o princípio da presunção de inocência possui três dimensões axiológicas, pois atua como: regra de tratamento, pois o suspeito de prática criminosa deve ser tratado como inocente no curso do processo; regra de garantia, visto que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assenta, em seu art. 8º, que o acusado é presumidamente inocente enquanto não se comprove legalmente sua culpa, garantindo a observância estrita da legalidade na produção de provas; e, a regra probatória, que está vinculada à distribuição do ônus da prova e às normas de julgamento.

O ônus de demonstrar os fatos imputados ao réu é exclusivo da acusação, não cabendo ao imputado fornecer provas conta si, conhecida na máxima latina como *nemo tenetur se accusare* ou *nemo tenetur se detegere*. O direito à não incriminação revela a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos e possui como escopo primordial proteger o indivíduo contra excessos no exercício do poder punitivo, os quais evolvem o resguardo contra violência física ou psicológica, bem como a não admissão de mecanismos proibidos de interrogatório para que o imputado colabore com a investigação de delitos.

Tal formulação assegura o direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, CF) não apenas do acusado, mas de qualquer pessoa inquirida pelos órgãos da persecução penal, pois ninguém pode ser forçado a incriminar-se. Isso implica, também, a obrigatoriedade de efetiva

comunicação prévia ao inquirido sobre a faculdade em questão, sob pena de invalidade de eventual confissão.

Leonir Batisti (2009, p. 196) destaca que o direito à não autoincriminação é uma das faces da presunção de inocência. Mas, há outro direito que complementa este e por ele é complementado que é o "direito de ser ouvido". Esses dois direitos estão conectados ao princípio do contraditório e amplitude de defesa e, para o exercício de tais direitos, torna-se necessário conhecer o conteúdo da investigação que pode incriminá-lo ou afastar qualquer incriminação. Nesse sentido, ao art. 186 do Código de Processo Penal prevê o direito de o acusado permanecer calado em seu interrogatório, não consubstanciando o silêncio uma confissão, mas sim uma forma de defesa.

No que tange à colaboração premiada, a Lei de Combate à Organização Criminosa, em seu art. 4º, §14, deixa expresso que "[...] nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade." Disso resulta uma restrição ao direito de autoincriminação pelo fato de o instituto premial embasar-se na confissão plena e cooperação de sujeito investigado pelos mesmos fatos objeto da apuração.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 58-59) sustenta que o direito ao silêncio é renunciável, sendo possível atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, e ainda que acrescida da colaboração revelativa, não importa violação do direito à não autoincriminação tampouco elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado. Significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito à decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou, até mesmo, não se opor à imputação. O acusado não tem o dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva, bem como a confissão gerada pela colaboração premiada não possui eficácia isolada das demais provas colhidas no processo.

Segundo os defensores da constitucionalidade do instituto, nenhum direito possui caráter absoluto e todos se voltam à proteção dos interesses individuais. A garantia ao silêncio é um direito fundamental disponível, sendo facultado ao acusado livre e conscientemente colaborar com a justiça. Não haveria lógica o delator, no momento de prestar as informações, invocar seu direito constitucional e permanecer calado. Além disso, o delator presta o compromisso de dizer a verdade, sendo que, se a mentira de suas declarações for vislumbrada, ele responderá pelo crime de delação caluniosa previsto no art. 19 da Lei de Combate à Organização Criminosa.

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 134-135) afirmam que o

> [...] dispositivo legislativo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de 'colaborar' com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador. Afinal, interessa-lhe muito mais (é-lhe muito mais benéfico) uma sentença absolutória, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração.

Outro fundamento utilizado para rechaçar a constitucionalidade do dispositivo é que o agente colaborador tem a posição de investigado ou réu, e não de testemunha. Se ele é investigado ou réu, tem constitucionalmente assegurado o direito ao silêncio, não podendo norma infraconstitucional impor a renúncia desse direito.

De fato, há que se concordar que o agente colaborador não é "formalmente" uma testemunha; porém, fica nítido que o viés da Lei foi transformar o delator numa figura muito aproximada da testemunha, principalmente ao dispor sobre o compromisso da verdade e a configuração do crime caso descumpra o compromisso. Isso reafirma a intenção de utilizar o delator como um elemento probatório essencial na persecução dos crimes organizados, invertendo-se o ônus da prova no processo penal e ferindo o princípio da presunção de inocência. Interessante notar que o imputado deixa de ser um "sujeito" processual e se torna um "agente" colaborador, deixando sua condição passiva no processo para assumir o papel de figura ativa na busca da verdade.

A ideologia pautada pela busca da verdade real, que predomina no processo penal, inibe a eficácia dos direitos fundamentais. O interesse público na efetividade da persecução penal faz com que a garantia da presunção de inocência seja solapada pelos ideais da defesa social. A tendência do processo penal em obter a verdade dos fatos com a colaboração do acusado constitui claro resquício inquisitorial de que o delator é o objeto da prova e de que existe uma ideia preconcebida de sua culpabilidade.

Como bem pondera Michelle Barbosa de Brito (2016, p. 76-83), a utilização da confissão como melhor instrumento para se alcançar a verdade e do acusado como detentor da plenitude de conhecimento sobre os fatos ocorridos denotam a lógica inquisitorial que envolve a aplicação do instituto da delação premiada. Poder-se-ia falar em liberdade de escolha do acusado em confessar ou colaborar ou não com as investigações se não houvesse nos procedimentos de persecução penal uma ideia preconcebida de culpabilidade. A delação premiada consiste em um instrumento utilizado na contemporaneidade para "arrancar, com

elegância", a confissão do acusado. Não há como entender de outra forma: estimular a confissão equivale a estimular a autoincriminação.

Outro ponto a ser destacado da Lei nº 12.850/2013 é que a imprescindibilidade da presença do defensor do colaborador para assegurar validade à renúncia ao direito ao silêncio é uma previsão normativa que beira ao absurdo, pois a participação da defesa técnica é vital justamente para estabelecer a dialética processual e efetivar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A tese de que o aconselhamento do advogado ao réu sana qualquer vício e possibilita a escolha racional e voluntária também carece de sustentabilidade, já que as relações entre tais atores processuais se torna disfuncional e ilegítima, inviabilizando qualquer representação adequada (VASCONCELLOS, 2015, p. 169).

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 332-333) afirmam que, mesmo que a renúncia ocorra na presença de seu defensor, poderá o colaborador invocar o direito constitucional ao silêncio, gerando consequências apenas na eficácia do acordo de colaboração, mas nunca poderá ensejar qualquer tipo de responsabilidade criminal[89]. Exercer ou não o direito ao silêncio pertence ao íntimo do colaborador, pois apenas ele sabe que quanto menos eficaz o seu acordo, menos prêmio irá receber, sendo pouco relevante (para não dizer, *pro forma*) a participação do defensor nesse tipo de decisão.

Em sede de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Alberto Youssef, no midiático caso da *Operação Lava-Jato*, o Supremo Tribunal Federal sustentou a prevalência do direito fundamental ao silêncio quando celebrado acordo de delação premiada, afirmando que:

> [...] independentemente de o paciente ter celebrado acordo de colaboração premiada homologado judicialmente, a garantia constitucional da não autoincriminação permanece e, portanto, o direito de permanecer em silêncio. Cabe exclusivamente ao paciente, assistido por seus defensores, a decisão do exercício do direito ou não ao silêncio. Eventual consequência em relação ao acordo de colaboração premiada dependerá de provimento judicial da autoridade competente.[90]

A preocupação com a irrenunciabilidade do direito ao silêncio não é exclusiva do direito nacional. Comissão de juristas reuniu-se entre 1990 e 1992 para elaboração de regras

---

[89] Essa análise desconsidera a situação do delatado. O coimputado é um sujeito de direitos fundamentais e, portanto, não pode ele sofrer imputações falsas de alguém e não obter a devida tutela do Estado. Apenas não reconhecer a eficácia da delação, por um lado, efetiva o direito fundamental ao silêncio do agente colaborador; por outro lado, estimula delações irresponsáveis e pode trazer constrangimentos (processuais e extraprocessuais) indevidos ao delatado.

[90] Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 129.929/DF, decisão monocrática do Ministro Relator Teori Zavascki, Julgamento 24/08/2015, DJe 09/11/2015.

mínimas a serem adotadas no processo penal de um Estado Democrático de Direito, conhecidas como *Regras Mínimas do Processo Penal de Palma de Mallorca*. Dentre os direitos do imputado ficou assegurado que o indivíduo não poderá ser interrogado sem ser advertido previamente sobre seu direito de permanecer em silêncio e de abster-se de declarar contra si mesmo, garantindo-lhe o direito irrenunciável a declarar livremente ou guardar silêncio sobre os fatos que lhe são atribuídos. Não poderá ser constrangido ou induzido a confessar mediante violência, ameaça, engano, recompensa ou outro meio de efeito semelhante (RUIZ VADILLO, 1995, p. 115).

O ponto mais sensível do confronto da delação premiada com o direito à não autoincriminação reside na voluntariedade da renúncia do direito ao silêncio. A colaboração deve ser a expressão da vontade livre, esclarecida e consciente do acusado, sendo a postura ativa do delator imprescindível para o alcance do resultado pretendido na persecução penal. Porém, não é uma liberdade de escolha plena, pois o fato de haver uma investigação criminal em desfavor do agente colaborador já demonstra certa coercibilidade por parte do poder punitivo.

Ainda que se refute a possibilidade de a persecução criminal configurar um instrumento de coação estatal, há o poder coercitivo da "sedução" dos prêmios. O direito à não autoincriminação torna-se letra morta se existe a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, consequentemente, um agravamento na situação de quem não o fizer (VASCONCELLOS, 2015, p. 167-168).

O uso de benefícios processuais macula qualquer escolha livre da defesa, pois a opção mais fácil do acusado será a de abreviar o incômodo de enfrentar as incertezas do processo penal. A predileção pelos modelos negociais nem sempre é o caminho mais viável para a redução racional dos riscos de eventuais condenações de inocentes. Entretanto, o encanto provocado pelas facilidades dos prêmios da colaboração processual força o acusado a renunciar a direitos fundamentais e ao direito a um julgamento justo.

Outro ponto que merece ser destacado é o uso de prisões cautelares para intensificar a pressão do aceite ao acordo de delação premiada. Aproveitando-se da morosidade do sistema jurisdicional, prisões preventivas ou temporárias são desmotivadamente decretadas com o propósito de coagir o acusado a "colaborar" com as investigações.

Tercio Sampaio Ferraz Junior (2015b) chama a atenção para dois pontos: o primeiro se refere à extensão que se possa dar aos fundamentos expressos no art. 312, CPP para aplicação da prisão preventiva; o segundo, aos seus limites temporais. Os requisitos previstos

para a decretação da prisão preventiva são muito genéricos e permite uma ampla elasticidade na interpretação do dispositivo para almejar qualquer finalidade, inclusive, para obter a confissão do acusado. Além disso, a morosidade para a realização do julgamento criminal faz com que o réu opte por confessar os fatos e colaborar com a justiça em troca de prêmios.

A segregação cautelar tem sido utilizada para convencer os infratores a colaborar com o desvelamento dos ilícitos penais, principalmente sob o argumento de "conveniência da instrução criminal" ou "para assegurar a aplicação da lei penal", nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Miguel Reale Júnior (2014) apresenta duras críticas ao referido procedimento:

> Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece preso à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas passível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações. Evidentemente, não se compadece como o regime democrático que o Estado valha-se do uso da violência para extrair confissões.

A prisão para delatar desfigura a delação e retoma a lógica inquisitorial. As prisões cautelares não podem ser utilizadas como instrumento de tortura psicológica, coagindo os acusados a negociar com o Estado em troca de sua liberdade. O devido processo legal não pode ceder às práticas que afrontem a integridade psíquica e física do acusado.

A "voluntariedade" exigida na Lei não se verifica nas práticas processuais. Mesmo sem a vontade clara de delatar ou, até mesmo, sem informações fidedignas para tanto, o réu acaba pressionado a assim atuar por receio de ser prejudicado se não o fizer.

4.2.2 A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O processo é um instrumento ético e deve se pautar dentro das regras do devido processo legal e do respeito à dignidade do indivíduo. A finalidade do processo penal não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, já que a verdade deve ser obtida de acordo com a forma preestabelecida em lei e com os ditames constitucionais.

A verdade processualmente válida e atingível possui limites expressos em regras que purificam o material probatório que o juiz irá valorar e um destes filtros é a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, garantidos constitucionalmente, no art. 5º, inc. LVI, e no Código de Processo Penal, nos arts. 157 e 155, §1º. Destes dispositivos depreende-se que toda vez que a obtenção ou produção probatória violar normas jurídicas ou princípios gerais do

ordenamento de natureza processual ou material, a prova será ilícita e, portanto, vedada sua utilização. A consequência pelo desrespeito da norma será o desentranhamento das provas colhidas dos autos do processo e das demais provas contaminadas por derivação da ilicitude produzida.

No caso da colaboração premiada, a ilegalidade da prova produzida pode ser vislumbrada nos acordos que afrontem o procedimento previsto na Lei nº 12.850/2013 e as garantias constitucionais. Oportuno esclarecer que a Lei estabelece, além da repercussão probatória, também consequências materiais à delação, quando prevê prêmios ao delator. "[...] ao estabelecer redução de pena ou extinção da punibilidade para o delator, o legislador agrega uma consequência de direito material ao ato processual da delação." (GRINOVER, 2013, p. 233). Nesse diapasão, sem afastar a incidência das regrais processuais, na grande maioria dos casos ilegais se verificará a prática de ato ilícito quando houver afronta ao procedimento da colaboração premiada.

Nas situações processuais que estejam relacionadas à colaboração premiada, mas não vinculadas diretamente à materialização do acordo, poderá ser reconhecida a nulidade; como, por exemplo, o §16 do art. 4º, que prevê a impossibilidade da sentença condenatória ser proferida com fundamento exclusivo nas declarações de agente colaborador. Caso o juiz profira decisão motivada isoladamente na delação premiada deverá ser reconhecida a sua nulidade, pois o ato processual não está relacionado diretamente à forma de obtenção da prova, mas sim a uma ilegalidade procedimental.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 178) assevera que as práticas negociais premiadas são um retrocesso processual autoritário, pois impossibilita qualquer controle acerca da ilicitude das provas. A deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive, "[...] hipervalorizando a confissão incriminadora."

A ilegalidade da delação premiada pode ser verificada em diversas situações, a depender da especificidade do caso concreto. O art. 4º da Lei nº 12.850/2013 traz previsões procedimentais que, caso seja ferida, poderá consubstanciar a ilicitude da prova produzida.

Primeiramente, o *caput* do referido artigo destaca a necessidade de a colaboração ser efetiva e voluntária com a investigação. Na hipótese de a prova colhida ser contrária à vontade livre e consciente do acusado, poderá configurar afronta à *liberdade de declaração* do delator. Trata-se de desrespeito a direito substantivo, pois a liberdade de declaração de

vontade não pode ser prejudicada através de maus-tratos, fadiga, ofensas corporais, tortura, meios enganosos (ANDRADE, 1992, p. 149-153).

Em segundo lugar, os §6º, §7º e 9º do referido dispositivo prevê a presença do defensor. Se a delação premiada for realizada desacompanhada de advogados em todos os momentos de negociação e concretização do acordo, as provas que advierem das informações prestadas pelo colaborador serão contaminadas pela ilegalidade do ato. A presença do patrocinador dos interesses do delator tem o objetivo de se tentar evitar abusos e intimidações na colheita das declarações (apesar de que, como já analisado, nem sempre o constrangimento é diretamente produzido no momento das declarações, como, por exemplo, o uso de prisões cautelares).

A terceira hipótese ilícita centra no fato de o juiz participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. O julgador deve manter postura passiva e imparcial, atuando como garantidor da legalidade e do respeito a direitos fundamentais por meio da homologação ou não do acordo, conforme §6 do referido artigo.

Em quarto lugar, deve ser oportunizada a retratação do acusado, situação em que a confissão não poderá ser considerada prova lícita, consoante §10 do referido artigo.

Por fim, também pode ser reconhecida a ilicitude da prova caso se tornem públicas as informações declaradas pelo colaborador antes da homologação acordo, em respeito ao previsto no art. 7º da Lei de Combate à Organização Criminosa.

4.2.3 O direito ao contraditório e à ampla defesa

O exercício do contraditório e da ampla defesa é indispensável para a dinâmica processual penal. Previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, o direito de defesa possibilita ao acusado que apresente sua versão dos fatos com todos os meios em direito permitidos e resista aos abusos do poder punitivo. Este princípio integra o devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, pois estabelece que os atos processuais sejam praticados com a participação da defesa, da autodefesa e da defesa técnica, e assegura a efetividade das liberdades individuais no decorrer da persecução penal.

A inserção de mecanismos consensuais provoca um desvirtuamento nos papéis exercidos pelos atores do campo jurídico processual e aniquila a possibilidade do direito de defesa. Os acordos premiais flexibilizam a posição natural do acusado no processo penal, que é a de resistência à pretensão punitiva estatal, fazendo com que desapareça a função

instrumental do processo e da defesa. Pode-se afirmar que “[...] há uma tendência contemporânea de redução ao espaço de exercício do direito de defesa.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 185).

Nos acordos de delação premiada, o direito ao contraditório e à ampla defesa pode ser analisado sob dois pontos de vistas: a situação do colaborador e a situação do delatado. Na situação do colaborador, denota-se uma distorção na atuação da defesa técnica, já que as delações geram inevitáveis “tentações” ao patrono no sentido oposto aos interesses do acusado, de maneira que “inclusive profissionais preparados e bem intencionados findam por adotar posturas contrárias à atuação processual legitimamente mais benéfica ao réu” (VASCONCELLOS, 2015, p. 185).

A presença do defensor nos acordos de delação premiada evidencia um paradoxo alarmante, pois ele irá anuir com o reconhecimento da culpabilidade de seu cliente em detrimento de benefícios ou por desconfiança dos riscos inerentes ao processo, quando na realidade sua função é reagir contra o poder punitivo. Isso fragiliza a atuação da advocacia combativa, estimula indevidas pressões para o aceite do acordo e amplia a possibilidade dos “jogos de interesse” alheios ao caso concreto em questão (como, por exemplo, advogado aceita negociar com acusador público visando a favorecimentos em outros processos por ele patrocinados).

Outro problema relativo ao direito de defesa é a possibilidade de retratação, prevista no art. 4º, §10 da Lei nº 12.850/2013. Por esse dispositivo, “[...] as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.” Duas críticas vicejam da análise desse dispositivo.

A primeira delas considera que a possibilidade de retratação não aplaca a ilegítima renúncia ao direito de exercer o contraditório e a ampla defesa. Mesmo que o dispositivo legal preceitue que a retratação não prejudicará seu direito à não autoincriminação, fica evidente a mácula gerada na presunção de inocência em razão da confissão do acusado colaborador. Mesmo que o juiz não possa fundamentar sua decisão nas informações autoincriminatórias, nada obsta que ele utilize informalmente o conteúdo da declaração para condenar o delator. Além disso, a retratação suprime consideravelmente o direito de defesa na medida em que os detalhes dos fatos imputados provavelmente chegarão ao conhecimento da autoridade judicial. Oportuno seria que houvesse uma previsão legal obrigando a anulação e, posterior,

desentranhamento das declarações retratadas, com o escopo de garantir a imparcialidade do julgamento e de efetivar o direito de defesa.

Indo um pouco além dos argumentos citados, Bitencourt e Busato (2014, p. 135, grifo do autor) afirmam que:

> [...] resulta sumamente pernicioso o dispositivo legal. Por um lado, porque, sem mais, o Ministério Público poderia retirar a oferta feita, já homologada, de vantagens em troca da *colaboração*, mas tendo sido esta adredemente prestada, poderia o Ministério Público ter-se valido de tais informações para produzir outras provas que a supririam, tornando-a dispensável, ou seja, abrir-se-ia passo ao arbítrio, com prejuízos irreparáveis à defesa.

A segunda crítica diz respeito ao fato de que o texto legal se referiu apenas à utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador. A possibilidade de retratação por parte do colaborador suporia anular o depoimento integralmente. Contudo, o que se depreende da leitura atenta da norma em questão é que não se afasta das provas produzidas contra terceiros, isto é, os depoimentos ratificados seguem como provas válidas contra o coimputado delatado. Mostra-se contraproducente tal previsão, pois como aceitar que uma prova seja inválida parcialmente? Previsão como esta permitiria que o órgão acusatório atuasse ardilosamente e usufruísse descriteriosamente dessa técnica para produzir provas contrárias ao devido processo legal.

Até mesmo porque, uma vez prestadas as informações, impossível retornar à situação inicial das investigações. O colaborador leva ao conhecimento das autoridades policiais e do Ministério Público detalhes da autoria e materialidade de determinado crime organizado, de maneira que outras provas serão produzidas a partir dos dados apresentados pelo delator.

Imbuída pela busca sedenta da “verdade real”, a Lei de Combate à Organização Criminosa foi omissa em relação à situação do delatado. Em momento algum a Lei faz remissão aos direitos do delatado ou demonstra preocupação com as garantias processuais dos sujeitos acusados pelo colaborador. A única previsão legal que indiretamente se mostra solidária à situação do coimputado delatado é a do art. 4º, §16 da Lei em tela, no sentido de que a condenação não pode embasar-se somente nas declarações de colaborador processual.

Em relação ao direito de confrontar o colaborador e exercer efetivamente o contraditório e a ampla defesa, a Lei pouco diz. Apenas no §2º, do art. 7º, que trata da questão do sigilo do pedido de homologação dos acordos, o legislador assegura ao defensor do delatado o amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, desde que precedido de autorização judicial.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 146-147) sustenta ser desnecessária qualquer previsão em lei a respeito do direito constitucional ao contraditório, pois tal direito é indispensável aos chamados em causa pelo colaborador. Todas as informações prestadas em sede de delação premiada na fase inquisitória devem ser necessariamente repetidas na fase processual, com a finalidade de que o delatado possa confrontar em juízo o delator, buscando retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações e, desse modo, amenizar o risco de falsas acusações.

Aliás, a jurisdicionalidade é um princípio decorrente do reconhecimento da presunção de inocência e do devido processo legal, pois se nenhum crime pode ser considerado praticado e ninguém pode ser considerado culpado nem sujeito à pena antes de um julgamento regular, a jurisdição é a atividade necessária para que se possa obter a prova da culpabilidade (GOMES FILHO, 2006, p. 322-323).

Ao ser ouvido em juízo, o colaborador poderá ser contraditado pelo advogado do delatado na parte do depoimento em que há delação. Entretanto, qual seria a natureza jurídica dessa colaboração: o colaborador falaria como testemunha ou preservaria condição de corréu?

Antonio Sérgio Peixoto Marques (2014, p. 61) defende que embora o depoimento do delator seja consubstanciado no interrogatório, a parte relativa à delação assume uma natureza equivalente à prova testemunhal.

A Súmula nº 675 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo (USP) enuncia que "o interrogatório do corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas." (MARQUES, 2014, p. 61). No mesmo sentido é o entendimento partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça[91], o qual considerou que, apesar de o interrogatório ser um meio de defesa, se exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irresgatável.

O problema vem com relação à obrigatoriedade de o colaborador responder as perguntas. Esse é um debate longe da pacificação, pois de um lado há as questões (já amplamente contempladas anteriormente) relativas ao direito à não autoincriminação e, de outro, a renúncia ao silêncio previsto em Lei infraconstitucional. Ao prever crimes pela falsa delação e o compromisso da verdade, o legislador visou a "[...] equilibrar as garantias dos delatados e a eficiência da delação premiada como meio de prova." (MARQUES, 2014,

[91] Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* n. 83.875/GO, Ministro Relator Paulo Gallotti, Julgamento 25/03/2008, DJe 04/08/2008.

p. 62). Nesse sentido, se o colaborador se negar a responder, deve o julgador valorar com parcimônia as declarações.

É importante destacar que a partir do momento em que é efetuado acordo de colaboração premiada, o interrogatório processual perde sua natureza estrita de meio de defesa. Isso porque, dentre os benefícios possíveis a serem conferidos ao colaborador está o perdão judicial, o qual acarretará a extinção da punibilidade do delator. Assim, será dispensável realizar o interrogatório como meio defesa, razão pela qual fortalece o argumento de que o colaborador passa a ser ouvido como testemunha.

Geraldo Prado (2006, p. 11) afirma ser impensável aceitar as alegações do coimputado como meio de prova, pois "o contraditório como relativamente eficaz de descoberta da verdade (de formação de convicção) está inutilizado, uma vez que não há o ambiente de desinteresse que é essencial à produção da prova". Para que se possa valorar minimamente o conteúdo das delações, necessário que seja oportunizado o direito de defesa, com a presença dos corréus delatados durante o seu interrogatório e dando publicidade aos atos processuais (GRINOVER, 2013, p. 234).

Quanto à publicidade do acordo, a nova Lei estabeleceu duas regras: a primeira, relativa ao curso investigativo, no qual haverá o sigilo das negociações entabuladas, podendo ter acesso apenas o magistrado, o membro do Ministério Público e a autoridade policial, garantindo ao defensor do delatado o direito de acesso aos elementos de provas que não se refiram às diligências em andamento; a segunda, relativa ao momento após o recebimento da denúncia, no qual cessará o sigilo do acordo de colaboração premiada, conforme art. 7º, §2º e 3º.

Por um lado, o sigilo preserva os interesses da investigação, ao assegurar a higidez de outras linhas de apuração e da segurança do colaborador (PEREIRA, F. V., 2014, p. 151). O Supremo Tribunal Federal[92] se posicionou nesse sentido, sustentando que a preservação do sigilo no acordo de colaboração premiada é ínsita ao instituto, pois a cooperação em detrimento de prêmios não ostenta a condição de meio de prova e, por isso, nenhum efeito poderá ter sobre futura sentença penal. Todavia, conforme Súmula Vinculante 14 da referida Corte, fica assegurado ao defensor o amplo acesso aos elementos de provas documentados em processo investigativo, Súmula esta compatível com o previsto no art. 7º da Lei nº 12.850/2013.

[92] Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 90.688/PR, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Julgamento 12/02/2008, DJe 25/04/2008.

Em sentido contrário, ofuscar a publicidade inevitavelmente fomenta a realização de negociações informais e impede a fiscalização dos meios de convencimento utilizados pelo Ministério Público ou autoridade policial para que o colaborador aceite o acordo (VASCONCELLOS, 2015, p. 179).

Em que pese a divergência de posicionamento acerca do sigilo das delações premiadas, importante destacar que essa questão não se resolve simplesmente pelo regramento. A matéria deve ser aferida sob o prisma principiológico. Deve ser ponderado o direito do delatado ao acesso a esse acordo como garantia do contraditório e da ampla defesa e, também, as garantias da integridade física do colaborador e sua família, bem como de prosseguimento de investigações em outras direções além do caso examinado em determinado processo (MARQUES, 2014, p. 57).

4.2.4 A necessidade de individualização da pena: o nexo retributivo entre pena e delito

Outro princípio afrontado pela delação premiada é o da necessidade de individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal), consistente na atividade jurisdicional e legislativa de definir o crime, indicar as espécies de penas e apontar os limites para sua aplicação. Individualizar a pena significa adequar a sanção à gravidade do delito, após o regular andamento do processo penal.

A colaboração premiada afasta a prevalência de tal princípio na medida em que deixa de aplicar uma pena compatível com a gravidade objetiva do fato e a culpabilidade do delator para impor uma pena sem culpa, sem a apreciação do grau de reprovabilidade do agente. Há uma renúncia parcial à punição de autor do delito (PEREIRA, F. V., 2014, p. 60).

Quanto mais eficiente a contribuição do delator, menor será a censurabilidade de sua conduta criminosa. A graduação das medidas penais e premiais são inversamente proporcionais aos graus de responsabilidade dos imputados de crimes associativos. Para evitar esse desiquilíbrio, a culpabilidade aparece como fundamento para manter os limites intransponíveis da pena.

Alguns autores sustentam que o princípio garantista da individualização da pena não pode ser invocado para impedir a redução da pena aplicada em concreto ao réu, pois a situação de aceite da proposta de colaboração premiada lhe seria mais benéfico. Entretanto, ao traçar um paralelo entre a arquitetura da delação premiada e os movimentos contemporâneos de recrudescimento das penas, é possível vislumbrar que o enrijecimento penal facilita a

sedução pelo aceite das práticas negociais premiadas, “[...] esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia do convencimento, se converte em poderoso aliado.” (PRADO, 2006, p. 12).

4.2.5 A ausência de isonomia processual

As práticas negociais premiadas provocam uma quebra no tratamento isonômico no sistema jurídico. Essa desigualdade pode ser verificada tanto no aspecto legislativo, pois as normas preveem o benefício da delação premiada para crimes relativos à organização criminosa, associação criminosa e concurso de pessoas em casos específicos[93], quanto no aspecto processual.

No que concerne ao aspecto processual, a desigualdade pode ser analisada sob duas óticas. A primeira refere-se ao tratamento distinto entre o coimputado colaborante e o não colaborante. Criminosos em condição de ascendência na associação estruturada e orientada para a prática de delitos detêm maior quantidade de informações, o que possibilitaria uma maior capacidade de obter os “prêmios” pela colaboração, ao passo que os criminosos marginais da associação detêm menos informação e, portanto, possui uma possibilidade reduzida de realizar acordos.

A justificação para o tratamento desigual se sustenta na emergência investigativa inerente a esses delitos, visto que estão presentes as características da periculosidade e impenetrabilidade na criminalidade organizada. A necessidade do tratamento penal diferenciado aduz também à necessidade não apenas de reprimir a gravidade dos delitos por meio do esclarecimento dos fatos, mas principalmente de “[...] refrear o prosseguimento da atuação associativa na prática de crimes de especial gravidade.” (PEREIRA, F. V., 2014, p. 67). O propósito é prevenir as potenciais agressões ao bem jurídico tutelado e diminuir os riscos decorrentes da disfunção repressiva ineficiente do Estado.

Não obstante as justificativas apontadas, fato é que o delator passa a gozar de direitos e deveres distintos dos outros réus, o que pode aumentar ainda mais a conflituosidade dentro do processo penal, em razão da diferença de regime punitivo.

---

[93] Conforme analisado no capítulo 3, no tópico 3 e 5.3, apesar de não negar a existência de tratamento desigual na ordem legislativa, imperioso destacar o amplo quadro normativo a respeito do assunto e a tendência expansionista do modelo negocial no sistema jurídico brasileiro.

O segundo ponto da ausência de isonomia processual é em relação à "[...] desvirtuação generalizada dos papeis dos atores do campo jurídico-penal." (VASCONCELLOS, 2015, p. 180). A configuração do modelo negocial de justiça criminal acarreta a exacerbada valorização da atuação do acusador, causando um desiquilíbrio entre a acusação e a defesa. A acusação torna-se responsável por aplicar a sanção e o julgador faz um mero controle formal e automático ao homologar o acordo. Inexiste qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal.

Esse cenário se mostra ainda mais pernicioso diante do panorama de justiça criminal brasileira, "[...] pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória, o que acarretará o fortalecimento dos efeitos perversos da barganha." (VASCONCELLOS, 2015, p. 183). Ademais, não há como defender a isonomia de tratamento processual diante de um procedimento sigiloso, que impulsiona a inquisitorialidade e aplaca a possibilidade de defesa.

4.3 Eficiência probatória da delação premiada

A criminalidade moderna provoca uma tensão entre a necessidade de técnicas investigativas eficientes para a colheita de provas e a inviolabilidade dos direitos fundamentais, de tal sorte que esses direitos são, em sua essência, conservados, mas razoavelmente modulados e adaptados à evolução social.

A complexidade inerente à criminalidade organizada[94], dado o alto grau de requinte, profissionalidade, organização e hierarquia, exige que o Estado utilize procedimentos diferenciados, isto é, "[...] a resposta penal deve ser mais enérgica e, portanto, proporcional à gravidade da situação apresentada, cuja medida e limites se perfazem a partir do respeito às garantias individuais." (BECHARA, 2006, p. 922).

Nesse sentido, a aplicação dos acordos premiais provoca uma discussão acerca da multifuncionalidade dos direitos fundamentais: de um lado, o aspecto de defesa como garantias negativas, protegendo os direitos individuais contra os excessos do Estado; de outro, o aspecto de tutela como garantias positivas, que almejam a proteção dos direitos coletivos e sociais pelo ente estatal. Afirma Antonio Sérgio Peixoto Marques (2014, p. 52):

> É perceptível a tensão existente no campo das garantias e da efetividade/eficiência no âmbito da colaboração premiada. Há dois extremos nesse conflito: a ideia de um hipergarantismo com proteção superlativa do criminoso, inviabilizando a

[94] Sobre essa complexidade, Fábio Ramazzini Bechara (2006, p. 920-921) ressalta as características da criminalidade organizada: solidariedade, periculosidade e difusão temporal e espacial.

> colaboração premiada; e do combate eficiente às criminalidades organizadas pela via técnica premial de forma pragmática e irrestrita, flexibilizando os direitos fundamentais. Há, contudo, uma terceira via que propõe a colaboração premiada eficiente, sem, contudo, sacrificar as garantias.

Marques (2014, p. 53-54) acrescenta ainda os perigos do "garantismo hiperbólico monocular", isto é, o garantismo exagerado e unidimensional aos direitos individuais. Defende o autor que deve ser ponderada a utilização das técnicas colaborativas a partir do princípio da proporcionalidade, ao verificar a sua adequação e necessidade em cada caso concreto.

A delação premiada é uma ferramenta que visa a auxiliar o combate às novas modalidades criminais e seu intuito é suprir a insuficiência de instrumentos processuais para o desvelamento e desmantelamento da criminalidade associativa. Porém, é um instituto cuja aplicação constantemente necessita conciliar os três vetores do processo penal: garantia, funcionalidade e eficiência. Mesmo diante das dificuldades inerentes à investigação da criminalidade organizada, a modulação de direitos fundamentais para viabilizar a funcionalidade da persecução criminal não é uma tarefa fácil.

A colaboração premiada se estabelece no ordenamento pátrio permeada pelos discursos que clamam celeridade e melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo, orientados principalmente pelo princípio da duração razoável do processo. Dessa maneira, sua funcionalidade está vinculada a uma "[...] relação economicista entre custo/benefício, na qual é sintomático que as garantias dos acusados se mostram com o maior empecilho na pronta prestação jurisdicional, na 'eficiência' da justiça criminal." (COUTINHO; CARVALHO, 2007, p. 92).

A crítica feita é que, sob a perspectiva eficientista dos procedimentos investigativos, a delação premiada é meio de prova orientado pela verdade pragmática. A verdade real é apenas o pano de fundo que alimenta a utilização do instituto para descortinar os fatos, porém, o que importa com essa ferramenta processual é o resultado útil e compatível com a linha investigativa previamente estabelecida na persecução criminal. Os dispositivos legais referentes à matéria são expressos no sentido de que o acordo somente será efetivado se advier os resultados pretendidos pela acusação (identificação dos coautores e partícipes, revelação da estrutura hierárquica, etc.).

O problema é que a orientação pragmática é diametral à orientação garantista, pois na primeira prevalece o resultado "prático" e na segunda o resultado "técnico". Essa

incompatibilidade de sentidos cria um entrave para resolução do conflito a partir princípio da proporcionalidade.

As novas técnicas investigativas são criadas com o objetivo de estabelecer um processo penal marcado pela eficiência da produção probatória. Esse eficientismo consiste no pragmatismo utilitarista imposto na legislação penal e na moderna orientação político-criminal fundamentada predominantemente nos interesses criminais e na maximização do controle penal. Michelle Barbosa Brito (2016, p. 85) aduz que:

> [...] a delação premiada insere-se em uma política criminal marcada pela incessante busca da eficiência na persecução penal "em nome da segurança pública", sendo esse discurso eficientista utilizado para justificar a expansão do instituto, com todos os recursos que se fizerem necessários para efetivá-lo, a despeito de resultar em um enorme déficit de garantismo. [...] Se o sistema não funciona, é porque não é suficientemente repressivo.

A referida autora salienta que essa eficiência é exaltada pelo discurso neoliberal, no sentido de que tudo pode ser negociado, inclusive a pena. A delação premiada busca o maior benefício ao menor custo, pois o procedimento investigativo é abreviado para obter uma célere resposta penal. Essa ideia se aproxima muito da lógica econômica, já que o Direito deve "[...] ajustar-se para atender ao funcionamento do mercado, à nova ordem mundial inaugurada pelo neoliberalismo, eliminando os obstáculos jurídicos que possam incomodar o livre desenvolvimento econômico." (BRITO, 2016, p. 87).

Um sistema que prima pela garantia de direitos fundamentais representa um elemento prejudicial ao mercado e pode facilitar a estagnação econômica. Percebe-se que a delação premiada é um instrumento que provoca influxos não somente endoprocessuais, mas também "fora" dos critérios do processo judicial. A colaboração premiada visa a estimular a aceleração não apenas para busca da verdade no processo, mas também para corresponder às expectativas dos sistemas sociais, como, por exemplo, o sistema econômico aqui analisado.

4.3.1 Os limites à livre apreciação da prova

Antes de ser um instituto centrado exclusivamente no convencimento do julgador, a delação premiada visa a fornecer substratos probatórios à dinâmica processual que permitam ao julgador formular uma decisão racional. A convicção é apenas o primeiro estágio, pois ela será racionalizada a partir dos critérios jurídicos constitucionais e das limitações normativas.

Conforme sustentado no decorrer do trabalho, a certeza e a segurança probatória são atributos ilusórios à dinâmica processual. A aferição do valor probatório para incriminar

alguém leva em conta o contexto dos elementos probatórios colhidos durante a persecução criminal, os quais, posteriormente, são devidamente jurisdicionalizados, com a participação efetiva das partes para confrontar as declarações do delator.

A colaboração processual é um meio de prova que não pode ser valorado apartado das outras provas produzidas no processo, o que ficou positivado no art. 4º, § 16 da Lei nº 12.850/2013. Frederico Valdez Pereira (2014, p. 173) afirma que:

> O fato de as declarações de colaborador advirem de pessoa interessada no objeto do processo exige que se racionalize sua valoração tendo em conta exatamente sua peculiaridade, exigindo que o agente exaura seu conhecimento sobre os fatos em apuração, apresente narrativa sólida, coerente e constante, e que, principalmente, haja elementos exteriores de confirmação das revelações de modo a atestar sua credibilidade.

A delação premiada situa-se num patamar de "[...] mero indício probatório[95], o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação." (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 137). Note-se que o compromisso da verdade, ao invés de fortalecer a credibilidade das declarações, pode estimular que aquele que nada tenha a delatar, invente implicações contra um terceiro, com o fito de obter benefícios para si próprio.

A imprescindibilidade do cotejo da delação premiada com as demais provas apresentadas e investigadas visa a evitar que se abra caminho à autoridade plena do juiz no processo e a prática do decisionismo judicial (contorcionismo dogmático para "forçar" a credibilidade do instituto em determinado caso concreto) (VALLE, 2007, p. 115).

As limitações impostas na valoração probatória da colaboração processual almeja proporcionar que se efetive uma gestão de prova minimamente racional, haja vista o risco sempre eminente da discricionariedade judicial para dar respostas "eficientes" na troca por meios não democráticos. Esse é o perigo de utilizar a delação como "[...] solução de economia processual ou, mesmo, um *fast-food* para conclusão de sua responsabilidade." (VALLE, 2007, p. 101-102).

No modelo negocial, o magistrado assume um "tríplice papel": aprecia o mérito para testar a possibilidade de absolvição ou extinção da punibilidade; examina a qualificação jurídica do fato; e, por derradeiro, constata a voluntariedade e a inteligência da aceitação do acusado (VASCONCELLOS, 2015, p. 182). Ao praticar atos na fase de investigação, o juiz se contamina por prejulgamentos no sentido da veracidade da hipótese acusatória e se torna

[95] Ideia essa que se coaduna com o art. 155, *caput*, do Código Processo Penal e no art.4º, §16, da Lei nº 12.850/2013.

propenso a proferir uma sentença condenatória. Ada Pellegrini Grinover (2013, p. 221) sustenta que:

> Justamente porque é inegável esse contaminar psicológico, ante uma delação premiada, ainda mais quando tida por coerente e lógica, permeada de detalhes e minúcias, a qual se confere credibilidade, é que se tonar legítimo aos acusados delatados duvidar legitimamente da imparcialidade do julgador que participou da delação.

Esse modelo de gestão de provas é muito criticado, pois cria uma espécie de vinculação do juiz ao acordo. Retoma-se aqui a discussão já projetada no novo Código de Processo Penal que é a figura do "juiz de garantias", o qual teria como função monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado na primeira fase da persecução penal, sem prejuízo de também preservar o direito do Estado de investigar o fato e apurar a sua autoria. O objetivo do juiz de garantias é propiciar que um julgador faça o controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarde os direitos fundamentais do acusado e o outro presida a ação penal.

No momento em que o julgador homologa o acordo está ele a afirmar, antecipadamente, sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a identificação dos demais coautores ou partícipes. Isso implica dizer que a homologação tira do magistrado aquela que deve ser sua qualidade elementar para o exercício da jurisdição: a imparcialidade. O juiz que colher as declarações do imputado colaborador torna-se impedido de julgar a ação penal proposta contra o coimputado delatado. Essa contaminação judicial prejudica, inclusive, o desenvolvimento de um contraditório efetivo no processo (ESTELLITA, 2009, p. 3).

Além dos limites constitucionais e infraconstitucionais referentes à delação premiada, há uma terceira limitação probatória que é a linguagem.

4.4 O pernicioso uso da linguagem na construção da verdade e o limite probatório da delação premiada

Remetendo ao capítulo 2, em que se discutiu a relação entre *linguagem e verdade* no processo penal, pode-se depreender que a linguagem é o principal instrumento utilizado para a produção de provas. Partes, juiz e colaboradores da justiça estabelecem a comunicação entre si na busca da verdade a ser produzida no processo.

A delação premiada é um meio de prova oral que se destina a fornecer informações acerca de um fato criminoso e, nesse ponto, se assemelha bastante às provas testemunhais. Essa orientação linguística pode ser verificada tanto nos "jogos de linguagens" estabelecidos entre os participantes do processo a partir da cadeia de significantes por eles produzidas, quanto no sentido hermenêutico, em que as partes e o juiz interpretam o sentido das palavras proferidas pelo delator e, condicionados aos demais elementos probatórios, formam sua convicção.

Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa admitem que a delação premiada apenas pode ser compreendida no ambiente pragmático. Justificam que as contribuições filosóficas relativas à pragmática e à hermenêutica fortaleceram o entendimento de que *verdade* não é correspondência com a realidade, mas convenção. A delação se insere num ambiente em que "[...] não se trata mais de significados conceituais, mas grupos de sujeitos empíricos, mediados pela linguagem, intersubjetivamente." (LOPES JUNIOR; ROSA, 2014).

O uso da linguagem como ferramenta epistemológica para se chegar à atribuição do que seja verdadeiro ou falso é essencial a um processo judicial de cunho cognoscitivo. O problema é que o testemunho e a delação premiada são instrumentos que atestam a realidade de fato pretérito e, portanto, permeados por uma nítida função retrospectiva.

Por essa razão, as provas orais são imperfeitas, pois devem ser considerados os possíveis erros na percepção dos fatos advindos de terceiro observador e os potenciais desvios na reprodução do fato. Esses desvios podem ser provocados ou fortuitos. Nos desvios perceptivos provocados, o sujeito se coloca numa posição incomoda e perigosa ao ser submetido aos questionamentos da acusação e da defesa. Suas declarações são convertidas em objeto de suspeita, já que suas lembranças nem sempre são espontâneas, mas sim solicitadas pelos inquiridores. Nos desvios fortuitos, as imperfeições informativas são resultados dos equívocos do processo mnemônico, próprio da diferença perceptiva de cada indivíduo. Salah Khaled Junior e Alexandre Morais da Rosa (2015, p. 66) afirmam que:

> A objetividade dos testemunhos, exigidas pelas normas, parece ilusória a quem leva em conta a interioridade neuropsíquica; as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam no processo mnemônico, ainda mais quando a lembrança não é espontânea, mas solicitada, como nos testemunhos. Convertido em palavras, o produto mental surge como enunciado factual do acontecimento. Esse labirinto cognoscitivo-semântico, exposto a mil variações, nos induz a desconfiar do testemunho.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 174-178) sustenta que a colaboração processual apresenta poucos prováveis defeitos de percepção, sendo sincera a reprodução dos fatos

propende à realidade. O declarante tende a ter profundo conhecimento dos fatos relatados, dos quais ele, de alguma forma, participou e lhe foram significativos. De qualquer maneira, o autor não refuta o interesse do delator no objeto do processo, possuindo uma natureza peculiar em relação aos sujeitos que tradicionalmente depõe no processo penal. O colaborador figura em posição intermediária entre o exame testemunhal e o interrogatório do réu, configurando-se em "testemunha imprópria da acusação".

Apesar da divergência sobre a natureza do testemunho do colaborador, o problema mais crítico é que o legislador continua a justificar a utilização do instituto da colaboração premiada na busca da verdade, tanto que previu (inocuamente) a necessidade do delator prestar o compromisso legal de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de delação caluniosa.

Acontece que a valoração probatória do referido instituto deve sair do diagnóstico da *verdade* e centrar no diagnóstico da *confiabilidade*. A delação premiada evoca o problema da confiança e da suspeita. A questão é de fiabilidade, muito antes de ser um problema relativo à verdade, ou seja, que diga respeito às condições de reconstrução do passado através da memória. A estrutura dialogal ressalta de imediato a dimensão fiduciária que perpassa todo depoimento: a credibilidade das declarações (KHALED JUNIOR; ROSA, 2015, p. 65).

Ao assumir a imperfeição probatória do sistema processual penal, desloca-se a questão da realidade factual de um acontecimento para a credibilidade do testemunho. A partir do momento em que se aceita a existência do risco no processo, a verdade se transforma em uma ficção social, pois a imprevisão e a frustração de expectativas são inerentes ao processo judicial. Daí é que a dinâmica processual se estabelece pela confiança depositada nas provas colhidas e não na certeza e verdade que dela resulta.

Como bem salienta Niklas Luhmann (1996, p. 20), a confiança é uma aposta que se faz no presente sobre o futuro e que se fundamenta no passado. A confiança nas provas é o que faz o processo penal chegar ao seu fim, pois existe a credibilidade baseada em expectativas criadas a partir de situações pretéritas. Essa credibilidade é a mola propulsora para que o magistrado forme sua convicção e profira uma decisão final.

A confiança permite que a dinâmica processual não se abale diante da imprevisibilidade dos testemunhos, de maneira que o julgador possa convalidar as informações prestadas sem se questionar se ela é absolutamente verdadeira ou falsa. Se fosse depender da certeza e segurança das provas, o processo nunca se findaria. A abreviação do procedimento provocada pela delação premiada e a consequente aceleração processual são

resultados dessa confiabilidade probatória. Pode-se dizer que, no aspecto de valor probatório, a declaração do delator se encontra em uma dimensão de “confiança” e não de “verdade”.

É perverso assumir o processo penal como instrumento idôneo para alcançar a verdade. Contudo, apesar de não ser o elemento fundante do processo, a verdade está presente de alguma forma, ao menos “com força” de verdade, pois lida com planos materiais em que a decisão judicial vai trabalhar com a força persuasiva da prova (retórica probatória), elegendo e recortando significados válidos. Através da linguagem, o conhecimento da realidade se torna uma crença, “[...] que não implica correspondência com a realidade, mas que pode ser a melhor maneira de atingir os objetivos que nos propomos.” (AMARAL, A. J., 2009, p. 5).

4.5 O ônus da prova e a delação premiada: o processo penal rumo a uma verdade negociada?

A partir dos embasamentos filosóficos pontuados no trabalho, constata-se que a verdade não possui conceito unívoco. Porém, pacífica a compreensão de que a problemática da busca da verdade no processo penal sempre se alinhou com a noção de poder, em especial, o poder do julgador e das partes conseguirem revelá-la. Michel Foucault (2003) justifica que, no decorrer da história, as formas jurídicas delimitam a verdade a ser perquirida no processo a partir da relação de *saber* e *poder*. Assim é que o processo penal é realizado a partir da sujeição do indivíduo ao contexto da acusação, de maneira que todo mecanismo punitivo obriga que a verdade seja descoberta.

Essa concepção da verdade real advém da percepção do processo como característica de promessa de uma prestação jurisdicional perfeita. Assim há uma relação muito aproximada entre o conceito de verdade e o exercício de um poder arbitrário para a concretização da justiça. Essa relação se exterioriza também nos modelos contemporâneos de “negociação da verdade”, em que as provas estão sujeitas a composições, a ajustes de conveniência e à mercê de interesses, quando a delação ou a colaboração é quem reconstrói os fatos e dita os rumos da dinâmica processual.

Ao instalar as práticas negociais, imbuídas por um “pseudoconsenso”, o sistema processual penal entra em conflito com seus princípios até então vigentes. Os sistemas orientados pela legalidade e obrigatoriedade são regidos pela busca da verdade e da maximização probatória próxima da realidade, o que acaba colidindo com os critérios de

oportunidade e consenso, que busca essencialmente efetividade através da sumarização do procedimento.

Vislumbra-se no processo penal uma situação anômala, que utiliza os modelos negociais para fabricar verdades a partir da contraprestação de prêmios ao acusado. Assim é que, além do caráter eficientista, a delação proporciona a liberdade para negociar direitos fundamentais com o Estado, isto é, deixa o réu livre para negociar seus direitos, numa espécie de autonomia contratual. As garantias constitucionais, tão caras ao processo penal democrático, são tratadas como mercadorias que podem ser compradas, vendidas ou permutadas, aproximando-se ao direito patrimonial (BRITO, 2016, p. 140-143).

Além dos riscos de o processo penal se tornar um balcão de negociatas, em que os fatos recebem construções pautadas em interesses e feitas de maneira seletiva, há também a perigosa inversão do ônus probatório, transpondo o encargo de produzir provas para o acusado.

Essa ideia é uma tentativa equivocada de deslocar conceitos de processo civil para o processo penal, já que ambos possuem natureza jurídica distinta. No processo civil predominam disputas sobre direitos individuais e disponíveis, de maneira que a repartição do encargo de trazer ao processo o material probatório resulta do próprio tratamento paritário dispensado aos litigantes. A repartição do ônus no processo penal revela-se insuficiente, pois o objetivo não é simplesmente compor a lide, mas garantir um julgamento justo (GOMES FILHO, 2006, p. 325).

A pretensão acusatória é do Ministério Público, ao qual competente produzir provas para que haja a procedência da ação penal. Ao magistrado competente possibilitar a participação das partes processuais na produção probatória, sempre atentando para a garantia constitucional da presunção de inocência. Portanto, em não havendo provas suficientes, deve o julgador declarar improcedente a ação penal e não promover a inversão probatória como se apregoa na delação premiada.

Outra crítica à verdade consubstanciada através das negociações processuais é que o Estado busca a cooperação daqueles que estão sob coação de sua incidência punitiva iminente, o que macula a ideia principal do modelo consensual que é a autonomia de vontades. De *lege ferenda* haveria consenso, pois o agente colabora com a espontaneidade. Contudo, na prática, ocorre a coerção (inquisição) estatal, que se aproveita da situação para compelir o imputado a realizar acordos premiais.

A hipocrisia do discurso que afirma o beneficiamento do réu em razão da redução da pena esconde a real intenção do instituto que é o deslocamento da responsabilidade na

persecução penal, pois “[...] a realização do acordo é expressão da ineficiência estatal em oferecer adequada prestação jurisdicional, o que é contrabalanceado pela coação do imputado à renúncia do direito ao julgamento.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 169). Assim é que a delação premiada se disfarça na forma de um direito positivado, mas a sua real natureza denota um ônus para o acusado, pois o Estado se aproveita da condição desigual e fragilizada que se coloca o imputado na fase investigativa para que ele “colabore” com a justiça.

A verdade negociada produz uma situação paradoxal no processo penal: analisando a situação do colaborador, ainda que se leve em conta a espontaneidade de suas declarações e sua isenção de pena, a consensualidade pode ser estabelecida. Nesse sentido, o conflito resta dirimido e o procedimento abreviado. Situação oposta se verifica quanto ao coimputado delatado, o qual terá o direito ao contraditório prejudicado e poderá sofrer o constrangimento da ação penal.

Isso para dizer que, se de um lado as práticas negociais diminuem a complexidade do processo penal, em razão da sumarização procedimental produzida, por outro, aumenta ainda mais a complexidade processual, pois terá que proporcionar meios eficientes para que o delatado produza amplamente sua defesa. Soma-se a isto o risco de tais declarações serem falsas, o que resultará em persecução criminal para apurar crime de delação caluniosa ou de outros crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova, bem como de possíveis ações civis para reparar o dano oriundo do constrangimento.

Essa é uma análise centrada nos reflexos produzidos pela colaboração premiada dentro do sistema processual. Porém, essa análise pode ser ampliada, de maneira que a delação pode repercutir em outros sistemas sociais, produzindo efeitos para além da verdade no processo penal.

4.6 Delação premiada para além da verdade processual: riscos, segurança e a confiança sistêmica

A construção do sistema jurídico-penal engloba diversos subsistemas que cuidam do delito e da sanção, tanto em relação à sua previsão legal (direito penal material) como em relação à respectiva persecução (direito processual penal), de maneira que essa ideia de um sistema jurídico-penal deve vir permeada por considerações “problemáticas”, através da política criminal. Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 829) pontua ser necessária uma composição entre o “pensamento sistemático”, o qual se refere à dogmática jurídico-penal (material e processual), e o “pensamento problemático”, de cunho político-criminal.

No decorrer do trabalho, a análise centrou nos aspectos problemáticos produzidos dentro do subsistema processual penal, com a finalidade de demonstrar os limites probatórios da delação premiada frente à questão da formação da verdade processual. Porém, o direito processual penal é um subsistema aberto, o qual serve de modelo para exteriorização das proposições de política criminal no modo da validade jurídica (aspecto funcional), nos limites fixados pela ordenação axiológica e princípios constitucionais (aspecto garantista).

Para além do seu caráter retrospectivo, voltado para a reconstrução da verdade e de obediência às premissas dogmáticas (perspectiva formal), o processo penal deve estar de acordo com as conjecturas de natureza político-criminal no contexto social de sua aplicação (perspectiva axiológica). Imbuído nessa visão sistêmica do processo penal, há de se ressaltar a preocupação com a utilidade que a prestação jurisdicional (aqui, especificamente, a delação premiada) terá não apenas para o acusado colaborador, o coimputado delatado e os demais sujeitos processuais, mas, principalmente, para os outros sistemas sociais que estão em constante comunicação com o subsistema processual penal, tais como o político, o econômico, o midiático (meios de comunicação social), tecnológico, o científico, etc.

Essa abertura do sistema processual penal faz com que ele estabeleça comunicação com os outros sistemas sociais, garantindo, assim, sua funcionalidade sistêmica. Sendo um pouco mais claro, o que garante a autorreferencialidade do sistema processual penal é a sua abertura aos outros sistemas para observá-los, sem por em risco sua própria identidade e autonomia. Isto quer dizer que a constante troca de informações entre os sistemas (“irritações sistêmicas”), tanto “fornecendo” seus *inputs* quanto “recebendo” os *outputs*, viabiliza o seu funcionamento.

Claus Wilhelm Canaris (2002, p. CXII, CXIII) sustenta que o pensamento sistemático moderno na ciência do direito se embasa em quatro requisitos: abertura, mobilidade, heterogeneidade e ciberneticidade. O sistema jurídico é aberto no sentido extensivo, visto que admite questões a ele exteriores que terão que encontrar saídas, e intensivo, pois se compatibiliza, em seu interior, com informações (elementos materiais) a ele estranhas. Móvel em razão de, no seu seio, não postular proposições hierarquizadas. Heterogêneo por apresentar, no seu corpo, áreas de densidade diversa, desde coberturas integrais por proposições rígidas até às quebras intrasistemáticas e às lacunas rebeldes à analogia. Cibernético por atentar às consequências de decisões que o legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos.

Assim é que a abertura e a perene adaptabilidade do sistema jurídico permitem, ao mesmo tempo em que aumenta a complexidade de suas estruturas, reduzir a complexidade

dos subsistemas e de seu entorno. E vice-versa. Nesse sentido, traçando um paralelo com os meios de prova, pode-se afirmar que a delação premiada aumenta a complexidade do subsistema processual penal, na medida em que sua dinâmica está cada vez mais alicerçada nas práticas negociais para a busca da verdade e aceleração do procedimento; contudo, concomitantemente, as informações levantadas por meio da colaboração processual estabilizam as expectativas dos subsistemas, por exemplo, político e econômico.

Esse é o panorama consubstanciado no atual contexto da sociedade contemporânea: após homologação do acordo de delação premiada e de sua publicidade (principalmente através da veiculação dos meios de comunicação em massa), os subsistemas passam a ter outro tipo de comportamento. Assim, a título de visualização prática, é muito comum as "bolsas de valores" alterarem as operações e valorizações do câmbio em razão do contido em acordo premial sobre determinada empresa investigada. Ou, até mesmo, uma alteração no sistema político diante das declarações de delator sobre a participação de membros do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário em crime, dentre outras situações.

Niklas Luhmann (1980, 21, 24) afirma que, conforme doutrina dominante, o sentido do procedimento judicial está vinculado a um critério de verdade, a um conhecimento exato daquilo que é legalmente válido no caso concreto: "O núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo." Porém, o autor refuta essa orientação ao argumentar que a verdade produzida no procedimento não é encontrada em decisões acertadas, pois a *verdade* se opõe à *necessidade de decisão*: "[...] Um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão. A especificação de funções duma orientação exclui as doutra orientação."

Não se nega o sentido prático da verdade para o procedimento jurídico ou contestar à verdade o seu valor, porém, trata-se de "[...] conceber a verdade como um mecanismo social que permite algo de determinado, que desempenha uma função declarada e se pode comparar com outros mecanismos do ponto de vista desta função." (LUHMANN, 1980, p. 25).

Por isso é que o procedimento penal deve ser visto não como ferramenta legitimante da absoluta certeza intersubjetiva do magistrado, mas como um mecanismo abstrato de relação funcional, que inclua mecanismo da verdade, mas que não se esgote nele (LUHMANN, 1980, p. 26-27).

O objetivo do procedimento juridicamente organizado transpassa a busca da verdade, pois, ao se afirmar que o processo é pautado por uma decisão humana, adentra-se ao ambiente

do risco. A liberdade de escolha provoca no sujeito a necessidade de tomar decisões para um melhor aproveitamento das oportunidades e não para necessariamente alcançar a verdade.

Pode-se dizer que o direito processual penal adota medidas para prevenção dos riscos e das múltiplas contingências sistêmicas. A delação premiada é um instrumento que objetiva gerenciar os riscos e, consequentemente, reestabelecer a confiança sistêmica. O procedimento está totalmente integrado ao sistema social, de maneira que os riscos produzidos pelo processo penal podem ser analisados na perspectiva endoprocessual e na perspectiva sistêmica.

A perspectiva endoprocessual refere-se aos riscos pertinentes à dinâmica do processo, consoante analisado no primeiro capítulo. Sãos as incertezas provocadas pelo desenrolar dos atos processuais, de maneira que mecanismos são utilizados, tal como a delação premiada, para melhorar a operacionalização dentro do processo. Sob a perspectiva sistêmica, verifica-se que esses mecanismos são utilizados para promover a estabilização das expectativas, proporcionando a confiança no sistema processual e reduzindo a complexidade dos outros subsistemas que com ele interaja comunicativamente.

A confiança aumenta a potencialidade sistêmica para estabilizar suas expectativas. Assim é que a real finalidade das práticas negociais premiais não é alcançar a verdade dos fatos, garantindo que as decisões judiciais se pautem em provas absolutamente seguras. Pelo contrário, o seu viés é assegurar que os sujeitos confiem nas provas materializadas no processo e, dessa maneira, mantenha o sistema social estabilizado.

Destaque-se que os riscos são difusos e imprevisíveis, de tal sorte que a utilização do mecanismo da colaboração premiada pode não provocar o efeito esperado, florescendo uma situação paradoxal. É o caso do acusado delatado, o qual poderá sofrer falsas imputações e levar o sistema processual à desconfiança. Nesse caso, aumenta-se ainda mais a complexidade do entorno (sistema social), fazendo com que outros subsistemas, que com ele mantenha a comunicação, forneçam uma resposta ao risco provocado para estabilizar a expectativa sistêmica e restabelecer a confiança normativa.

Assim, no caso de o delator mentir, o sistema jurídico-penal será provocado para apurar o crime de delação caluniosa e o sistema jurídico-civil poderá ser acionado para constatar possível reparação indenizatória por dano moral, socorrendo-se assim a outros sistemas para restabelecimento da confiança sistêmica.

CONCLUSÃO

O processo penal está inserido no contexto da sociedade contemporânea e, por essa razão, absorve as características da pós-modernidade. Redução do risco, eficiência, aceleração e utilidade são os propósitos do Estado na construção de mecanismos processuais que possam corresponder com a realidade social atual.

Os acordos de delação premiada são frutos da política criminal eficientista, condicionando os acusados a participarem da solução e a esclarecerem os fatos a partir da contraprestação premial. Ocorre que a verdade depreendida através da prática negocial sofre limitações de ordem legal, constitucional e linguística.

Os limites probatórios legais da delação premiada estão previstos na Lei nº 12.850/2013, a qual passou a prever o procedimento da colaboração premiada nos Crimes de Organização Criminosa. Esse procedimento passou a ser adotados em caráter subsidiário nas demais legislações que traziam o instituto, pois antes de 2013 não havia Lei que previsse um procedimento específico sobre o assunto.

Os limites probatórios constitucionais assentam no valor da dignidade da pessoa humana e no devido processo legal, dos quais advêm os direitos humanos fundamentais para garantir um julgamento democrático.

Os limites probatórios da linguagem se baseiam na ideia de que a verdade é fruto da captação cognitiva descrita por um sujeito e da modulação interpretativa do julgador. Em razão de o sistema processual penal ser eminentemente oral e orientado pela linguagem, pode-se afirmar que a verdade processual possui uma função retrospectiva.

Deve ser abandonada a concepção da verdade real, perniciosamente difundida no processo penal. As provas produzidas são representações de fatos pretéritos, cuja verdade é analogicamente produzida sob a forma narrativa a partir de rastros da passeidade e condicionada à hermenêutica e percepção do julgador sobre essa realidade relatada nos autos do processo.

A delação premiada possui a natureza jurídica de meio de prova ou, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, meio de obtenção de provas. Entretanto, a Lei nº 12.850/2013 aproximou bastante o delator à figura da testemunha, principalmente por prever o crime de delação caluniosa, caso o delator minta, e do compromisso legal de dizer a verdade. Apesar de não poder negar o possível interesse do delator na imputação dos fatos a terceiros para poder se livrar da acusação, insta asseverar que o mesmo confessa os fatos imputados pela pretensão acusatória, o que suprimiria esse possível interesse. De qualquer

maneira, de *lege ferenda* pode-se afirmar que a intenção foi transformar a delação premiada num elemento de prova hábil para, no mínimo, auxiliar no convencimento do julgador. Não é um mecanismo para simples obtenção de prova.

O modelo consensual de justiça criminal apresenta como espécie a justiça penal negociada. Atualmente, a justiça negocial se expressa no sistema jurídico-penal brasileiro por meio dos institutos despenalizadores regulados pela Lei nº 9.099/95 (suspensão condicional do processo e transação penal), a qual se refere aos Juizados Especiais Criminais. Tais mecanismos são de aplicabilidade restrita às infrações de pouca gravidade, pois, ainda que tratados por parte da doutrina como alternativas não punitivas, representam a materialização antecipada do poder penal a partir da renúncia à defesa do réu.

Como subespécie da justiça negocial está o modelo da justiça penal colaborativa, que no Brasil se expressa através dos acordos de leniência, previstos na Lei de Proteção da Ordem Econômica (Lei nº 12.529/2011) e na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), dos programas de *criminal compliance* e *whistleblowing system*, previstos também na Lei Anticorrupção e na nova Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98 com redação dada pela Lei 12.683/2012) e, por fim, dos acordos de delação premiada.

A colaboração premiada representa instituto pautado no incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua futura punição, com o escopo de facilitar a atividade persecutória estatal na busca do esclarecimento dos fatos e na incriminação de terceiros. A diferença para os citados institutos previstos na Lei nº 9.099/95 é que estes não exigem a assunção da culpa (*nolo contendere*) e tampouco a necessidade que o sujeito forneça informações para o desvelamento do crime. Os acordos de colaboração premiada são voltados para a busca da verdade processual e não para composição consensual do conflito.

A inserção de técnicas de investigação colaborativas demonstra um movimento de americanização do sistema penal brasileiro. A estrutura do processo penal brasileiro vem se alinhando bastante às perspectivas da *Common Law*. No que tange à delação, vislumbra-se um tentativa de aproximação bastante evidente do instituto do *plea bargaining*.

Essa assimilação ao modelo americano relata uma tendência expansionista dos espaços de consenso no processo penal brasileiro pelos projetos de reforma legislativa, conforme se verifica no PL 8.045/2010 e no PLS 236/2012, respectivamente, os novos Códigos de Processo Penal e Penal. Estes projetos apresentam dispositivos que ampliam as práticas negociais entre acusação e defesa para obtenção do reconhecimento de culpabilidade.

O PLS 236/2012 institui a possibilidade da barganha e amplia a possibilidade de colaboração com a justiça. O PL 8.045/2010 propõe um “procedimento sumário” para crimes com pena máxima de até oito anos.

Os mecanismos negociais denotam uma ampla tendência internacional em matéria penal de aceleração e diversificação processual, que visa à celeridade na resolução dos casos ou a introdução de opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário com respeito às regras do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Em resumo, o problema da delação premiada frente à verdade pode ser analisado sob duas perspectivas:

No panorama restrito do processo penal (endoprocessual), relativo à produção de prova, a verdade se mostra como fruto da edificação de fatos pretéritos em um procedimento discursivo, com prevalência de recorrentes situações comunicativas. A prova no processo penal é construída através de signos preestabelecidos que serão interpretados pelo magistrado na sua decisão final. A delação premiada reforça essa perspectiva, com o adendo da inversão do ônus probatório e a consolidação de uma verdade negociada entre acusação e defesa. Assim é que, em obediência aos preceitos normativos (*lege ferenda*), a delação lida com a perspectiva da verdade, isto é, da necessidade de esclarecimento dos fatos para o deslinde processual.

Em outro sentido, os acordos de colaboração premiada produzem efeitos que transcendem os objetivos previstos em Lei, podendo ser compreendidos como mecanismos de estabilização das expectativas dos sistemas sociais. Nesse caminho, a *busca da verdade* cede lugar à *prevenção dos riscos* no sistema processual e nos demais sistemas que com ele se comuniquem. O direito processual penal é visto como um sistema necessário para dar funcionalidade aos demais sistemas, numa relação paradoxal de redução e aumento de complexidades sistêmicas. O intuito da colaboração premiada é manter a confiança no sistema jurídico processual penal, tanto por parte dos outros sistemas sociais (político, econômico, etc.) como dele mesmo. Ao proporcionar a confiança nos meios de prova, o Estado gerencia de maneira mais eficiente os riscos oriundos da dinâmica processual e, simultaneamente, mantém seu interesse punitivo.

Ao seduzir o acusado a aceitar as “premiações” penais, as práticas negociais impossibilitam um julgamento justo. A suposta “liberdade” para negociar penas tem um preço muito caro ao processo penal democrático. O respeito aos direitos fundamentais é o mecanismo mais eficiente para resistir às arbitrariedades resultantes da delação premiada e para viabilizar um processo penal mais justo e isonômico.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica na sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. **Revista Geosul**, Florianópolis, v. 15, n. 30, p. 150-167, jul./dez. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do. Algumas (re)descrições sobre a verdade no processo penal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 17, n. 202, p. 4-5, set. 2009.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: **Jornadas de direito processual penal**: o novo Código de Processo penal. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. **Consentimento e acordo em direito penal:** contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 1992.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BAHIA (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Salvador, BA, 2016. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BALASTEGHIN, Anamaria Andrade. **A justiça consensual e a vítima no âmbito processual penal**. 2014. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca. 2014.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Tempos líquidos.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECHARA, Fábio Ramanzzini. Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

BECK, Ulrich. **Que és la globlización**: falácias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Rio de Janeiro, 3 out.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 27 dez. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Revogada pela Lei 12.529/2011. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jun. 1994a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jul. 1994b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.034 de 3 de maio de 1995. Dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Revogada pela Lei nº 12.850/2013. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 3 mai. 1995a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.080 de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 1995b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 26 set. 1995c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Lei nº 9.269 de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4° do art. 159 do Código Penal. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 2 abr. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal (interceptação de comunicações telefônicas). **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 3 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. Lei 10.149 de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Lei convertida pela Medida Provisória 2.055-4 de 7 de dezembro de 2000. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10149.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

_____. Lei nº 11.689 de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jun. 2008a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jun. 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 20 jun. 2008c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.683 de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jul. 2012a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.694 de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providência. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 2012b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 1º ago. 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 2 ago. 2013b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____. Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília, DF, 12 jan. 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Brasília, DF, 2016c. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx?js=1>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

BUCKINGHAM, Will et al. **O livro da filosofia**. Trad. Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein do original de 1868. Bueno Aires: Jurídicas Europa-América, 1964.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista de Estudos Criminais,** Porto Alegre, ano 10, n. 42, p. 101-121, jul./set. 2011.

CALAMANDREI, Piero. Um Maestro di Liberalismo Processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 5, p. 1-8, 1951.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. O sistema autopoiético e seus paradoxos. **Sequência**, Florianópolis, n. 60, p. 275-290, jul. 2010.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A função do acordo de leniência na lei 12.846/2013 e a finalidade da punição da empresa por ilícitos praticados contra a administração pública. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANDIOTTO, Cesar. Foucault: uma história crítica da verdade. **Trans/form/Ação**, São Paulo, n. 29, p. 65-78, 2006.

_____. Verdade e diferença no pensamento de Michel Foucault. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 115, p. 203-217, jun.2007.

CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 17, n. 204, p.16-18, nov. 2009.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Organização Criminosa. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. In: _____.; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 78, p. 687-697, 2002.

_____. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 13, n. 159, p. 7-9, fev. 2006.

_____.; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, v. 17, n. 1, p.95-106, jan./mar. 2007.

CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; DELMANTO, Roberto.; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.
ESTRAMPES, Manuel Miranda. **La mínima actividad probatoria en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1997.

FELDENS, Luciano. O garantismo desde sua perspectiva constitucional: projeções sobre o direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 10, v. 37, p. 67-81, abr./jun. 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In*:* _____.; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Sigilo no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. O risco como novo paradigma da humanidade: mergulho em algumas questões renovadas (e laterais) da "sociedade do risco". **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 18, n. 27, jan./jun. 2014.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

_____. Usar prisão para induzir confissão é próprio da mentalidade autoritária. **Revista Consultor Jurídico,** 20 fev. 2015b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015fev20/terciosampaiomentalidadeautoritariaprenderconfessar?>. Acesso em: 22 fev. 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Vigiar e punir**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FREITAS, Marisa Helena D´Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelo dano às vítimas de crimes**. 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca. 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 11. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAUER, Ruth M. Chittó. **O reino da estupidez e o reino da razão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Brasília, DF: CEJ, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5. ed. São Paulo: Ed. UNESP, 1990.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades:** processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2010.

_____. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

GOMES, Abel Fernandes et al. Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law tradition: análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, n. 22, p.17-33, jun. 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Significados da Presunção de Inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____.; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 15, n. 65, p.175-208, mar./abr. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo III série:** estudos e pareceres de processo penal. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987. v. 1.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

HAN, Byung-Chul. **O aroma do tempo**: um ensaio filosófico sobre a arte da demora. Lisboa: Relógio d´Agua, 2016.

_____. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. **Ensaios e conferências**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ser e tempo**. Trad. Marcia de Sá Cavalcante Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização da prisão indevida**. São Paulo: Leud, 1996.

HERRERO, Xavier. O desafio da crise atual de valores. **Síntese:** Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 11, n. 31, p. 5-10, 1984.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JUNG, Heike. El processo penal, conceptos, modelos y supuestos básicos. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; KAI, Ambos (Comp.). **Constitución y sistema acusatorio:** un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

_____.; ROSA, Alexandre Morais da. **Neopenalismo e constrangimentos democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

KLUG, Oliver K. F. Sobre el processo penal como proceso de partes. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; KAI, Ambos (Comp.). **Constitución y sistema acusatorio:** un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEVENSON, Laurie L. Peeking behind the plea bargaining process. **Loyola os Los Angeles Law Review**, Forthcoming, n. 48, p. 1-44, dec. 2012.

LIMA, Camile Eltz de; CARVALHO, Salo de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. **Revista Jurídica:** Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, ano 57, n. 385, p. 123-138, nov. 2009.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal na pós-modernidade:** a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco. Curitiba: Juruá, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____.; ROSA, Alexandre Morais da. Delação premiada somente pode ser entendida no ambiente pragmático. **Consultor Jurídico**, Curitiba, 10 out. 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/limite-penal-delacao-premiada-somente-entendida-ambiente-pragmatico?imprimir=1>. Acesso em: 26 out. 2014.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. México: Anthropos & Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **Legitimação pelo procedimento.** Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, df: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociología del riesgo**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Colección Teoría Social. 3. ed. México: Triana: Universidad Iberoamericana, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.

_____. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema do common law anglo-americano: evolução e conceito. **Notícia do Direito Brasileiro,** Brasília, DF, n. 4, p.19-84, 1997.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MANDARINO, Renan P.; FREITAS, Marisa Helena D´Arbo Alves de. Reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. (Org.). **Direito penal, processo penal e constituição I:** a humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

_____.; _____. Reflexões críticas sobre a dignidade da pessoa humana no processo penal: o direito de defesa como resistência ao poder punitivo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coord.). **O respeito à dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Ed. IBDH:IIDH, 2015.

_____.; _____.; ROSA, Larissa. A 'terceira margem' dos direitos humanos: para além do poder punitivo via mandado de busca e apreensão coletivo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 10, p. 126-148, 2015.

MANDARINO, Renan P.; ROSA, Larissa. A justiça restaurativa e a inversão ideológica dos direitos humanos. **Revista Direito e Liberdade**: Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte, Natal, v. 17, n. 3, p. 115-137, set./dez. 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. **O processo eficiente na lógica econômica:** desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

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

MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada**: aspectos Jurídicos. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el processo penal.** 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007a.

_____. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: história de una relación atormentada. **Revista de Estudos Criminais,** Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 9-41, out./dez. 2007b.

NICOLITT, André Luiz. **As subversões da presunção de inocência:** violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Alécio Silveira. **Direito e linguagem**: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica. Curitiba: Juruá, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista de Direito Público - IDP,** Porto Alegre, v. 12, n. 64, p.109-126, jul./ago. 2015.

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Ética e racionalidade moderna**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1993.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. **Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULINO, Hélder Lacerda. O criminal compliance e os sistemas de whistleblowing. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal e o direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Claudio José. O direito penal pós-moderno e a expansão econômica supranacional. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada:** legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o 'princípio' da verdade real. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, ano 10, n. 115, p. 95-102, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PINTO, Nathália Regina. A prática de whitleblowing como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Processo penal:** prova e verdade. 2003. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974.

_____. **A lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **Conjecturas e refutações**. Trad. Sérgio Bath. Brasília, DF: Ed. UnB, 1982.
PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada. **Consultor Jurídico**, Curitiba, 8 dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014dez08/miguelrealejrprisaodelatardesfiguradelacaopremiada?>. Acesso em: 23 fev. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, RS, 2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 15 maio 2016.

ROMANO NETO, Odilon. Influência americana na reforma do código de processo penal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 327-347, jul./dez. 2009.

RORTY, Richard. **Pragmatismo**: a filosofia da criação e da mudança. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**, 2004, 443 f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. Rumo à praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito: Rei dos Livros, 2015.

RUIZ VADILLO, Enrique. **Estudios de derecho procesal penal**. Granada: Comares, 1995.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. In: _____.; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Inês Moreira. Crime de Colarinho Branco – práticas inconfessáveis. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais:** visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SARNEY, José. Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Projeto de Origem do Senado Federal nº 156/2009). Novo Código de Processo Penal. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. **Diário da Câmara dos Deputados,** Brasília, DF, 22 dezembro 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 17 nov. 2014.

SARNEY, José. Projeto de Lei nº 236/2012. Novo Código Penal. Institui novo Código Penal, sendo divido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541). Sendo a Parte Geral dividida nos seguintes Títulos: I - Aplicação da Lei Penal (art. 1º ao 13); II - Do Crime (art. 14 ao 44); III - Das Penas (art. 45 ao 70); VI - Da Individualização das Penas (art. 71 ao 94); V - Medidas de Segurança (art. 95 ao 98); VI - Ação Penal (art. 99 ao 104); VII - Barganha e Colaboração com a Justiça (art. 105 ao 106); VIII - Extinção da Punibilidade (art. 107 ao 120). A Parte Especial tem os seguintes Títulos: I - Crimes Contra a Vida (art. 121 ao 154); II - Crimes Contra o Patrimônio (art. 155 ao 171); III - Crimes contra a Propriedade Imaterial (art. 172 ao 179); IV - Crimes Contra a Dignidade Sexual (art. 180 ao 189); V - Crimes Contra a Incolumidade Pública; VI - Crimes Cibernéticos (art. 208 ao 211), VII - Crimes Contra a Saúde Pública (art. 212 ao 238); VIII – Crimes Contra a Paz Pública (art. 239 ao 258); IX - Crimes Contra a Fé Pública (art. 259 ao 270); X – Crimes Contra a Administração Pública (art. 271 ao 324); XI – Crimes Eleitorais (art. 325 ao 338); XII - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas (art. 339 ao 347); XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (art. 348 ao 387); XIV – Crimes contra Interesses Metaindividuais (art. 388 ao 451); XV – Crimes Relativos a Estrangeiros (art. 452 ao 457); XVI – Crimes Contra os Direitos Humanos (art. 458 ao 503); XVII – Crimes de Guerra (art. 504 ao 541). O Código entrará em vigor noventa dias após a data de sua publicação (art. 542). Indica, de forma específica, todas as disposições legais que serão revogadas (art. 543). **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 10 julho 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&>. Acesso em: 14 jun. 2015.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Trad. Fábio M Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 85, p. 4-5, dez. 1999.

SILVA, Rodrigo Lima e. Os sistemas processuais penais e sua perspectiva histórica. In: LOPES, Luciano Santos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Processo penal e constituição**: organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004a.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoria del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004b.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law:** introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCK, Bárbara Sordi. Eficiência do processo penal: uma breve leitura a partir da dicotomia tempo das relações sociais e tempo do direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 203-207, abr./jun. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. O sentido comum teórico dos juristas e o "princípio" da "verdade real": o ponto de encontro do solipsismo com o arbítrio. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 10, n. 44, p. 125-154, 2012.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espações de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____.; REIS, Erica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 31-49, out./nov. 2014.

VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (Org.). **Leituras complementares de processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2008.

VOLK, Klaus. Los princípios del processo penal y la sociedade pós-moderna: contradicciones y perspectivas. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; KAI, Ambos (Comp.). **Constitución y sistema acusatorio:** un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____. Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice. **Déviance et Société,** Louvain-la-Neuve, v. 24, n. 1, p.103-108, mar. 2000.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwing. **Investigaciones filosóficas**. 2. ed. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

WOLTER, Jürgen. Dignidad humana y libertad en el processo penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; KAI, Ambos (Comp.). **Constitución y sistema acusatorio:** un estudio de derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 225-262.

_____. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: _____.; FREUND, Georg (Org.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.