

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

DANILO MARQUES BORGES

**DA SOCIEDADE DISCIPLINAR E DE CONTROLE À SOCIEDADE DO
CONSTRANGIMENTO: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos
fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada**

SÃO LEOPOLDO

2022

DANILO MARQUES BORGES

**DA SOCIEDADE DISCIPLINAR E DE CONTROLE À SOCIEDADE DO
CONSTRANGIMENTO: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos
fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada**

Tese de doutorado apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo

2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “DA SOCIEDADE DISCIPLINAR E DE CONTROLE À SOCIEDADE DO CONSTRANGIMENTO: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada”, elaborada pelo doutorando Danilo Marques Borges, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de abril de 2022.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Membro: Dr. Nivaldo dos Santos Participação por Webconferência

Membro: Dr. Rildo Mourão Ferreira Participação por Webconferência

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto Participação por Webconferência

Membro: Dr. Wilson Engelmann Participação por Webconferência

Dedico esta tese à minha querida esposa, Ludmilla Nielle Miranda Almeida, pois os resultados não seriam os mesmos sem ela por perto.

Aos meus pais, que me incentivaram nos estudos desde os anos iniciais.

Ao meu filho, Danilo Marques Borges Filho, pela compreensão da minha ausência.

Às pessoas com quem convivi ao longo desses anos de estudo, que me incentivaram e que certamente tiveram impacto na minha formação acadêmica.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.” (Arthur Schopenhauer)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por me propiciar a realização deste trabalho.

Aos meus familiares, em especial à minha esposa e ao meu filho, pela compreensão, paciência e entusiasmo para que pudesse concluir esse título tão importante em minha vida.

Ao Professor Doutor Miguel Tedesco Wedy, meu orientador, pelas orientações competentes, paciência e apoio na elaboração desta tese.

À Universidade de Rio Verde - GO, pela oportunidade de crescimento intelectual e apoio financeiro.

À Universidade de Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, onde realizei o curso de doutorado.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para esse trabalho, meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O título da pesquisa é: “Da sociedade disciplinar e de controle à sociedade do constrangimento: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada”. O objetivo geral é compreender a evolução da sociedade da punição e vigilância (disciplinar e de controle) até a sociedade do constrangimento e, a partir disto, proceder a uma análise hermenêutico-constitucional da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do instituto da colaboração premiada, compreendendo-o como um contradireito, mecanismo de exercício de poder, e demonstrando o rompimento com o Estado Democrático de Direito. A metodologia adotada foi a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, e também se utilizou de pesquisa bibliográfica, com consultas a documentos públicos, configurando a pesquisa documental. A importância da pesquisa é demonstrada pela necessidade de observar e criticar decisões solipsistas que rompem com a integridade do direito. O problema de pesquisa: de que maneira os mecanismos de poder sustentam a tecnologia utilizada pelos agentes estatais e, por conseguinte, concebem os acordos de colaboração premiada, “incentivados” por decretações arbitrárias de prisões provisórias e outras medidas cautelares, como elemento central para o constrangimento do réu/investigado na “efetividade” do processo penal (compreendida, neste contexto, como certeza de punição), ainda que seja às custas da violação de direitos e garantias fundamentais? A hipótese é confirmada: Este contexto que associa efetividade do processo penal, colaboração premiada e medidas cautelares de natureza pessoal na conformação de um modelo de persecução criminal se sustenta a partir da existência de um perfil do Judiciário, caracterizado pelo protagonismo durante a instrução criminal. A confissão/colaboração premiada deve ocorrer, ainda que às custas da violação de direitos e garantias fundamentais, como ocorre através da decretações de prisões provisórias de modo arbitrário. Com isso, passa-se de uma sociedade da punição e vigilância (Foucault) para uma sociedade do constrangimento, utilizando-se dos elementos da sociedade disciplinar, de controle e de espetáculo para promover a sociedade de constrangimento, sendo o constrangimento do indivíduo exercício de poder. O constrangimento é um sentimento biopsicológico e social, daí porque a biopolítica e a sociedade do espetáculo contribuem para a construção da sociedade do constrangimento. As conexões originais da tese, e sua conclusão, residem no fato de que o instituto da colaboração

premiada e seu manuseio judicial, associados à decretação (arbitrária) de medidas cautelares, especialmente prisões cautelares, rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial que visa garantir uma finalidade para a persecução criminal, que é assegurar uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada. É a Crítica Hermenêutica do Direito a responsável por efetivar o modelo penal de garantismo proposto por Ferrajoli, o respeito à Constituição como o manto que acoberta o direito penal e delimita a sua atuação.

Palavras-chave: delação premiada; hermenêutica jurídica; processo penal do constrangimento; estado democrático de direito; liberdade.

ABSTRACT

The title of the research is: "From the disciplinary and control society to the constraint society: an analysis of the (un)availability of fundamental rights from the perspective of the Award-winning Collaboration Institute". The general objective is to understand the evolution of the Society of punishment and surveillance (disciplinary and control) to the society of constraint and, from this, proceed to an analysis of a hermeneutic-constitutional analysis of the (un)availability of fundamental rights under the perspective of the Institute of Award-Winning Collaboration, understanding it as a counter-right, a mechanism for exercising power and demonstrating the break with the Democratic Rule of Law. The methodology adopted was Lenio Streck's Critical Hermeneutics of Law, and bibliographical research was also used, with consultations to public documents, configuring the documental research. The importance of research is demonstrated by the need to observe and criticize solipsistic decisions, which break the integrity of the law. The research problem: how power mechanisms sustain the technology used by state agents and, therefore, design award-winning collaboration agreements, "encouraged" by arbitrary decrees of provisional arrests and other precautionary measures, as a central element for the constraint of the defendant/investigated in the "effectiveness" of the criminal process (understood, in this context, as the certainty of punishment), even if it is at the expense of violating fundamental rights and guarantees? The hypothesis is confirmed: This context that associates the effectiveness of the criminal process, award-winning collaboration, and precautionary measures of a personal nature in the conformation of a model of criminal prosecution is supported by the existence of a profile of the Judiciary, characterized by its protagonism during criminal instruction. The award-winning confession/collaboration must take place, even if at the expense of the violation of fundamental rights and guarantees, as occurs arbitrarily through the decrees of provisional arrests. With this, a society of punishment and surveillance (Foucault) turns into a society of constraint, using the elements of disciplinary society, control, and spectacle to promote the society of constraint, with the constraint of the individual being an exercise of power. Constraint is a biopsychological and social feeling, hence why biopolitics and the society of the spectacle contribute to the construction of the society of embarrassment. The original connections of the thesis, and its conclusion, lie in the fact that the institute of award-winning collaboration and its judicial handling,

associated with the (arbitrary) decree of precautionary measures, especially precautionary arrests, break with the process model of the Democratic State of Law, creating a new procedural model of exception – the penal process of constraint, guided by the judicial profile that aims to guarantee a purpose for a criminal prosecution, which is to guarantee a quick response from the State by obtaining the award-winning collaboration. It is the Critical Hermeneutics of Law that is responsible for putting into effect the penal model of guaranteeism proposed by Ferrajoli, respect for the Constitution as the cloak that covers criminal law and delimits its performance.

Keywords: awarded delation; legal hermeneutics; criminal procedure of constraint; democratic state; freedom.

RESUMEN

El título de la investigación es: “De la sociedad disciplinaria y de control a la sociedad de constricción: un análisis de la (in)disponibilidad de los derechos fundamentales desde la perspectiva del Premiado Instituto Colaboración”. El objetivo general es comprender la evolución de la Sociedad de punición y vigilancia (disciplinar y control) hacia la sociedad de desagrado y basado en esto, proceder a un análisis hermenéutico-constitucional de la disponibilidad de los derechos fundamentales bajo la perspectiva del Instituto de Colaboración Premiada, entendiéndolo como un contra derecho, mecanismo de ejercicio de poder y demostrando a la ruptura con el Estado Democrático de Derecho. La metodología Crítica hermenéutica del Derecho de Streck, también se utilizó de una investigación bibliográfica, una busca a documentos públicos configurando al trabajo documental. La importancia de la investigación se demuestra por la necesidad de observar y criticar las decisiones solipsistas, que violan la integridad de la ley. El problema de la investigación: cómo los mecanismos de poder sustentan la tecnología utilizada por los agentes estatales y, consecuentemente, diseñan convenios de colaboración premiados, incentivados por decretos arbitrarios de detenciones provisionales y otras medidas cautelares, como elemento central para la vergüenza del imputado/investigado en la efectividad del proceso penal (comprendida en este contexto, como certidumbre de punición) aunque que sea a costa de vulnerar derechos y garantías fundamentales? Se confirma la hipótesis: Este contexto que asocia efectividad del proceso penal, colaboración premiada y medidas cautelares de naturaleza personal en la formación de un modelo de persecución criminal se sustenta a partir de la existencia de un perfil del Judiciario, caracterizado por el protagonismo durante a la intrusión criminal, confesión/colaboración premiada debe ocurrir, aunque la costa de la violación de derechos y garantías fundamentales, como ocurre a través de decretos de detenciones provisionales de modo arbitrario. Así, pasa de una sociedad de punición y vigilancia (Foucault), para una sociedad de vergüenza, utilizándose de los elementos de la sociedad disciplinar, de control y de espectáculo que contribuyan a una sociedad de restricciones. Como coacción del individuo, ejercicio de poder La vergüenza es un sentimiento biopsicológico y social, de ahí porque la biopolítica y la sociedad de espectáculo contribuyen para la construcción de la sociedad de la vergüenza. Las conexiones originales de la tesis, y sus conclusiones, reside en el hecho en que el instituto de la colaboración premiada y sus manejo judicial, asociado

al decreto (arbitrario) de medidas cautelares, especialmente detenciones cautelares, rompen con el modelo de proceso del Estado Democrático de Derecho, creando un nuevo modelo procesual de ejecución – el proceso penal de coacción, guiado por el perfil judicial que tiene como objetivo garantizar una finalidad de la persecución penal, que asegura una rápida respuesta del Estado obteniendo la colaboración premiada. Es la Crítica Hermenéutica del Derecho la encargada de poner en marcha el modelo penal de la garantía propuesta por Ferrajoli, al respeto a la Constitución como manto que cubre el derecho penal y delimita su actuación.

Palabras clave: delación otorgada; hermenéutica jurídica; procedimiento penal de coacción; Estado democrático de derecho; libertad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DA SOCIEDADE DISCIPLINAR À SOCIEDADE DE CONSTRANGIMENTO	30
2.1 Sociedade disciplinar e Revolução Francesa: contrapontos	30
2.1.1 Da biopolítica em Foucault	51
2.2 Sociedade de controle e os instrumentos de poder	60
2.3 Sociedade do espetáculo e seus reflexos no direito penal	69
3 OS MODELOS DE ESTADO E SEU DIÁLOGO COM O PROCESSO PENAL	77
3.1 Os sistemas processuais penais	77
3.1.1 O modelo garantista como legitimação do Estado Democrático de Direito	103
3.2 Crise da democracia, corrupção e processo penal: os desafios contemporâneos ao processo penal	124
3.3 A crítica hermenêutica do direito como meio de integridade do direito	137
4 O PROCESSO DO CONSTRANGIMENTO: UMA CRÍTICA AO PERFIL JUDICIAL DIRECIONADO ÀS DELAÇÕES PREMIADAS.....	148
4.1 Surgimento da colaboração premiada no contexto brasileiro	148
4.2 A existência de institutos similares em outros sistemas jurídicos: comparação	169
4.3 Requisitos para a realização dos acordos de colaboração premiada	181
4.4 A aplicabilidade da colaboração premiada e seu elo com prisões provisórias	196
4.5 A decretação de prisões provisórias e sua fundamentação no contexto das delações premiadas	203
4.6 O processo do constrangimento: a ruptura com o garantismo na sociedade do controle - da punição à vigilância e da vigilância ao constrangimento	209
5 CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS.....	224

1 INTRODUÇÃO

A faceta punitiva do Estado tem sido um viés periódico em sociedades democráticas, atribuladas com o combate à corrupção, como nas denominadas operações Mãos Limpas, na Itália, e Lava Jato, no Brasil.

Sob tal argumento justificante e pragmático, ambas se relacionam com o protagonismo do Judiciário na persecução criminal; neste contexto, com o subsídio da mídia na espetacularização das investigações e do processo, tem-se, por meio do constrangimento, um adiantamento da punição antes da condenação. Ademais, o processo penal passa a ter sua efetividade condicionada à punição e não à garantia dos direitos fundamentais.

Com o recrudescimento do punitivismo e da busca da celeridade processual, em 2013, por intermédio da Lei 12.850, surge no direito brasileiro uma nova regulação para o instituto da colaboração premiada, o que fortalece a denominada justiça negocial, na qual o réu ou indiciado contribui com a produção probatória e em troca recebe um prêmio, como a redução da pena ou até mesmo o perdão judicial.

Na ânsia pragmatista, as decisões solipsistas prevalecem especialmente na tendência a decretações de indisponibilidade de bens, conduções coercitivas¹ e

¹ “Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal (CPP), não foi recepcionada pela Constituição de 1988”. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. [...] 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (COSTA NETO, João. **Dignidade humana**. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas

prisões provisórias, que, por sua vez, servem como estímulo à realização da colaboração premiada. Assim, a partir deste cenário, se revela o elo existente para questionar os limites de atuação do poder estatal no âmbito de proteção do direito fundamental.

Neste sentido, a pesquisa que se apresenta nesta tese está acoplada à linha de pesquisa designada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, na qual as pesquisas abarcam temas concernentes ao Estado. Uma das contribuições da tese, no que tange ao desenvolvimento de conexões originais, está relacionada a visualizar como a criação do instituto da colaboração premiada e seu manuseio judicial, associado à decretação (arbitrária) de prisões provisórias, rompe com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial pragmatista, voltado para a persecução criminal, buscando uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada, nem que para isto ocorra afronta aos direitos fundamentais.

Assim, o tema de pesquisa parte das seguintes palavras-chave: Sociedade disciplinar, Instituto da Colaboração Premiada e Direitos Fundamentais, e delas realiza-se o delineamento do tema e do problema de pesquisa.

Com efeito, a compreensão do direito como mecanismo de controle social deve partir da construção do conhecimento científico no que se denomina Ciências dos Espíritos ou, mais contemporaneamente, Ciências Sociais. Para tanto, é necessário delimitar o campo de análise.

No capítulo terceiro do livro *A crítica da razão indolente*, no qual Boaventura Sousa Santos intitula “uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso

não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 444 Distrito Federal**. Reqente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, Intimado: Presidente da República. Am. Curiae.: Associação dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Relator: Min. Gilmar Mendes. 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= TP&docID=749900186>. Acesso em: 10 abr. 2021.

do direito”², o autor elucida que há diversas formas de imaginar e representar o espaço, dentre eles, o mapa cartográfico. Propõe, pois, que uma análise cartográfica do direito “permite identificar as estruturas profundas da representação jurídica da realidade social [...] o direito, tal como os mapas, é uma distorção regulada dos territórios sociais”³.

O autor utiliza de tal metáfora com a finalidade de tentar resolver um problema da sociologia do direito, qual seja: a consideração de direito e sociedade como entidades distintas; não obstante o mérito – científico – de tal distinção, ela não é suficiente para dar respostas em uma sociedade em crise paradigmática ou pós-moderna como a que se analisa.

Feita essa introdução do direito como meio de representação social, mas de uma forma distorcida como os mapas, “uma distorção regulada”, segundo suas próprias regras, é imprescindível delimitar o tempo de análise – principalmente em razão dos conceitos propostos por Gadamer: tradição, história efetual, entre outros, que se verá mais à frente –, assim, parte-se da Idade Moderna até a atualidade, o que se tem denominado – não de forma unânime – de pós-modernidade, para compreender a representação social – distorcida – por meio do direito, especialmente dentro dos limites do direito penal.

Destarte, Foucault em *Vigiar e punir* analisa a sociedade iluminista e observa a incapacidade de exercício dos ideais que embasaram a modernidade. É a partir desta constatação que ele cunha a ideia de sociedade disciplinar, além de aduzir que o “indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação ‘ideológica’ da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a ‘disciplina’”⁴.

Há, portanto, uma característica neste poder disciplinar: a repressão não é cotidiana; o uso da força e da repressão é tido como um meio fraco de exercício de poder, e tais mecanismos são substituídos por um poder disperso, dissimulado em todos os lugares: o micropoder.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007. p. 198

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 185. p. 185.

Em *Microfísica do poder*, Foucault explana o panóptico explicitado em *Vigiar e punir*, aclarando que ele não foi confiscado pelos aparelhos de Estado, embora este tenha se apoiado nessa espécie de pequenos panoptismos regionais e dispersos.⁵ Corrobora com essa compreensão a obra de Mbembe, para o qual a necropolítica – exercício da biopolítica, especialmente sobre o controle de vida e morte – se apresenta como um contínuo estado de exceção.

Tal entendimento fica mais claro a partir do momento em que se entende a disciplina como tecnologia política, tendo como pressuposto, principalmente, a propagação do panóptico como uma tecnologia de poder que propõe, de forma geral, a imposição de processos disciplinares – nesse sentido, o policiamento ostensivo, a forma como as cidades são construídas, na qual também há a divisão do poder. “O olhar está alerta em toda parte: ‘um corpo de milícia considerável, comandado por bons oficiais e gente de bem’, corpos de guardas [...] a obediência do povo, e [...] a autoridade dos magistrados”.⁶

Em *A Verdade e as formas jurídicas*⁷, Foucault explica o crime a partir da sociedade disciplinar: “O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; é um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda a sociedade”. Desta constatação decorre uma nova definição de criminoso, como sendo aquele que danifica, perturba a sociedade; é o inimigo social, aquele que rompeu o pacto do contrato social, que teoricamente pactuou.

No entanto, a transição da Idade Moderna para a Contemporânea apresentou, ao mesmo tempo, uma modificação no arquétipo da sociedade, aquela narrada por Foucault de disciplinar passa a ser denominada por Deleuze⁸ como sociedade de controle. Trata-se de uma fase posterior da sociedade disciplinar – que não foi extinta, mas expandida para o campo social de produção.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 186-187.

⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 94-95.

⁸ DELEUZE, G. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988; DELEUZE, G. **Conversações**. Rio de Janeiro: 34, 1992; DELEUZE, G. **Crítica e clínica**. São Paulo: 34, 1997; DELEUZE, G. **Empirismo e subjetividade**: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. São Paulo: 34, 2001; DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226; DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia. Lisboa: Assírio & Alvim, 1966.

Destarte, Deleuze ilustra que, nas sociedades disciplinares, recomeçava-se continuamente; já nas sociedades de controle, nada tem fim: a empresa, a formação, o serviço, e os estados são metaestáveis e coexistentes. Exemplos disso são as redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, onde os indivíduos estão a todo tempo a serviço da empresa e/ou do capital – estão sujeitos a uma própria modulação, espelhado como um deformador universal.

Na sociedade de controle não há necessidade de estruturas físicas para a vigilância, o controle se dá a todo tempo e em qualquer local, ainda que ele não tenha estrutura física.

Sociedade de controle pode ser compreendida como aquela que assessora a intensificação e a dilatação dos dispositivos de poder existentes na sociedade disciplinar. A partir desta percepção, é cada vez mais sutil “a distinção entre o dentro e o fora de seu campo de ação”. Esta reordenação causa transformações nos modos de “subjetivação contemporâneos, se comparados àqueles favorecidos pela sociedade disciplinar”⁹.

Do uso de micropoderes para disciplinar e controlar os sujeitos, uniformizando-os e reduzindo os espaços de luta e questionamentos, desenvolve-se simultaneamente aquilo que Debord nomeia de sociedade do espetáculo: “O espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação”. Sendo parte, o espetáculo reúne todo o olhar e toda a consciência; sendo algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da dissimulada consciência. “A unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada. O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens”.¹⁰

O controle agora é realizado por meio do espetáculo da comunicação de massa, apresentando-se por meio de um interminável movimento de imagens e conteúdos simbólicos, que se dá tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais e pelos aplicativos de mensagens instantâneas.

⁹ SALZTRAGER, Ricardo. O sujeito entre a disciplina e o controle: sobre as instituições de confinamento e os fenômenos de massa. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 1131-1160, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2021.

¹⁰ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 14.

A análise deve se dar no âmbito da pós-modernidade, que se caracteriza como uma descontinuação não automática e linear, mas um processo paulatino, que avança. Toda a ordem pregada pela modernidade se torna o que Bauman chama de nova desordem do mundo, em decorrência do aumento das forças mercadológicas, que estão em movimento, em razão da necessidade de produzir consumo. Sendo as forças do mercado as responsáveis por determinar a ordem social, ela se apresenta como irregular, desordenada, caracterizada por incerteza e desconfiança.

Tal desordem, enfatizada também pela sociedade do espetáculo – que é um produto, consumível, portanto –, tem reflexos diretos no direito como sistema e no direito processual penal, apresentando um contradireito em diversas formas de atuação estatal, dentre elas a do instituto de colaboração premiada.

A justificativa da pesquisa se revela, eis que qualquer sistema jurídico, dentro do contexto globalizado em que se insere a maioria das nações no século XXI, deve ser analisado não somente sob o prisma de direito interno, mas, sobretudo, levando em consideração os instrumentos internacionais que buscam dar efetividade basilar aos Estados contemporâneos, e não escapa o subsistema do processo penal. Deste ponto também advém sua importância.

Neste sentido é que, no pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente com o surgimento das Nações Unidas em 1945, foi inserido um sistema de proteção dos direitos humanos à exposição com a finalidade “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos” (art. 1.3)¹¹.

É de se enfatizar, também, a importância Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que é tida como termo histórico de um novo paradigma: “constitui-se em fonte de outros diplomas, doutrina e jurisprudência internacional e, ao que ao processo penal pertine, fornece os paradigmas axiológicos e éticos, positivos e negativos da intervenção estatal criminal”¹², com relevo aos direitos e às garantias dos arts. 3 a 21 (proibição da tortura, do tratamento e de castigo cruéis, desumanos ou degradantes; vedação da prisão arbitrária; direito de audiência, a um juiz imparcial e independente; direito a uma decisão fundamentada; estado de inocência;

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. [S. l.], 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

juízo público; garantia da defesa, v. g.). “Igualmente, assenta um norte hermenêutico com base na proteção dos direitos e das liberdades (art. 30)”¹³.

Em seguida, outros instrumentos vieram explicitar e procurar dar efetividade aos direitos fundamentais, senão veja: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) da Emenda Constitucional nº 45/2004; acrescentou-se o § 4º ao art. 5º da CF, admitindo, expressamente, a jurisdição do TPI, criado em 1998, pelo Estatuto de Roma. Destaca-se que é considerado “um tratado especial de natureza centrífuga”, pois extrai o sujeito da jurisdição interna e o submete a uma jurisdição universal.¹⁴

O sistema regional de proteção – Sistema Interamericano dos Direitos Humanos – é oriundo da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), do mesmo ano, resultando na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969¹⁵.

Neste sentido, e a partir desta coluna norteadora, as normas internas devem se submeter à Constituição e aos instrumentos internacionais, os quais, uma vez inseridos no ordenamento jurídico interno, ou terão força de emenda constitucional ou categoria de norma supralegal.

Giacomolli salienta que a *práxis* criminal brasileira em sua grande parte é impermeável “às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional”¹⁶. Por tal motivo, continuam utilizando-se de instrumentos considerados, como pré-civilizatórios, e continuam com “a simbiose com o sagrado e divino, conformadores de uma ideologia e sustentáculo de práticas judiciárias, mesmo que de forma simbólica e subliminar”¹⁷.

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [S. l.], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁴ MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 962.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Washington, D.C., 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Tais práticas ultrapassadas reclamam “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”¹⁸.

Destarte, partindo apenas da perspectiva teórica do Código de Processo Penal, ela é autoritária, “prevalendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”¹⁹. Apesar de o código pautar-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do indivíduo, a Constituição “instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado”²⁰ – norma que recentemente teve seu alcance diminuído por decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual, em momento posterior, voltou a dar efetividade à norma (art. 5º, LVII, CF).

Deste patamar, o processo penal passar a ser visto como instrumento de garantia ao cidadão e não somente de punição. Giacomolli enfatiza a necessidade de uma nova metodologia “hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos”²¹, razão pela qual o devido processo é oriundo das convenções e da Constituição e dos princípios daí inerentes e não somente de um cumprimento rígido e engessado das leis.

É sem controvérsia o fato de que a Norma Constitucional dá especial ênfase à dignidade réu ou investigado, bem como a adoção do modelo acusatório (com evidente bifurcação entre as funções de acusar, defender e julgar); a nitidez nos procedimentos; a procura da eficácia do processo (percebida como efetividade das garantias processuais); e a democratização na organização judiciária.²²

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

²⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Anteprojetos de lei de reforma do código de processo penal**: entregues ao Ministro da Justiça em 6 de dez. 2000. [S. l., 2000]. Disponível em: www.tj.ro.

Trata-se, portanto, da teoria garantista, que tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, com condicionamento formal e material das práticas jurídicas aos limites constitucionais.

Sobre a dignidade da pessoa humana é importante mencionar a dificuldade de sua conceituação. De fato, é mais fácil dizer o que a dignidade não é do que dizer o que ela é – não obstante, a jurisprudência e a doutrina estabeleceram alguns contornos básicos do conceito. Contudo, há um “ceticismo manifesto de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade”.²³ Por esta razão a dignidade da pessoa humana é tratada como de categoria axiológica aberta, eis que se trata de um conceito em permanente construção e desenvolvimento.

No entanto, apesar de toda a defesa e discussão sobre a dignidade da pessoa humana, núcleo do Estado Democrático de Direito expressamente previsto na CF/88, os sujeitos processuais, principalmente juízes e promotores²⁴ do caso – especialmente os do local onde a Operação Lava Jato foi iniciada – passam a teorizar sobre as garantias fundamentais dentro do processo penal, fundamentando a necessidade de uma mitigação de tais direitos fundamentais, relegando a dignidade abaixo de uma busca por uma verdade real e por um combate à corrupção. Neste sentido, é a tese defendida pelo então juiz da operação, Sérgio Moro.²⁵

Além da defesa do discurso mitigante dos direitos e garantias fundamentais em busca de uma efetividade do processo penal – que para tais agentes eram a punição nos termos da denúncia – no campo científico, tais agentes estatais passaram a

gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/2610/LEGISLA%C3%87%C3%83O/L01.htm Acesso em: 10 jun. 2021.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 40.

²⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

²⁵ De todo modo, o principal problema parece ser ainda uma questão de mentalidade consubstanciada em uma prática judicial pouco rigorosa contra a corrupção, prática que permite tratar com maior rigor processual um pequeno traficante de entorpecente (por exemplo, as denominadas “mulas”) do que qualquer acusado por crime de “colarinho branco”, mesmo aquele responsável por danos milionários à sociedade. A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos. MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 26, p. 61, jul./set. 2004.

utilizar-se de mecanismos extrajurídicos, políticos, sociais e midiáticos com vistas a influenciar a opinião pública e a constranger o acusado ou investigado.

Trata-se do que Wedy chamou de “processo penal de emergência. Movido pela segurança midiática e social, exige a medida coercitiva de liberdade como se pena antecipada fosse e, tão logo, concebe a prisão preventiva para resguardar a ordem pública” como um elixir para curar a ânsia desespero por segurança do povo.²⁶

A partir desta percepção é possível compreender os mecanismos e técnicas de constrangimento impondo ao indivíduo a participação na colaboração, que deixa de ser voluntária e passa a ser exercida em razão do constrangimento sofrido pelo acusado investigado.

A utilização das prisões provisórias como mecanismos de constranger o indivíduo a colaborar foi apontada por muitos juristas, conforme se verá na redação da tese, e pode ser observada empiricamente, eis que após a delação os delatores eram colocados imediatamente em liberdade. Ora, se a prisão preventiva era necessária nos termos do artigo 312 do CPP, ela não deixa de ser pelo simples fato de a delação ter ocorrido.

Não se questiona a necessidade de punir crimes e crimes graves como os são os de colarinho branco, todavia, o processo deve ser pautado por respeito aos direitos e garantias fundamentais. Um processo efetivo é o que se desenvolve dentro dos limites da civilidade: “o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado”.²⁷

É relevante a discussão do respeito aos direitos fundamentais em qualquer esfera dentro de um Estado Democrático de Direito. A supressão de tais direitos com uma finalidade utilitarista coloca o Estado brasileiro num patamar pré-civilizatório; neste sentido, a pesquisa se justifica, pois consiste em fazer uma análise hermenêutico-constitucional sobre a relação de proteção aos direitos fundamentais, acordos de delação premiada e decretação de prisões provisórias, demonstrando a necessidade de, na articulação destes três elementos, o processo penal do Estado Democrático de Direito (o processo penal garantista) ser preservado.

²⁶ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 163.

²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *et al.* **La reforma del proceso penal**. Madri: Tecnos, 1990.

A importância da pesquisa é demonstrada pela necessidade de observar e criticar decisões solipsistas, no sentido proposto por Streck,²⁸ que rompem com a integridade²⁹ do direito e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito, e afirmando o quanto é imperioso o estabelecimento de diretrizes necessárias para manter a integridade do direito, do respeito ao Estado Democrático de Direito, por meio do parâmetro da Crítica Hermenêutica do Direito.

A tese, portanto, está atrelada à Linha de Pesquisa designada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), cujas discussões abrangem temas concernentes ao Estado. Uma das contribuições da tese, no que diz respeito ao desenvolvimento de conexões originais, está relacionada a visualizar como a criação do instituto da colaboração premiada e seu manuseio judicial, associado à decretação (arbitrária) de prisões provisórias, rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial que visa a garantir uma finalidade para a persecução criminal, que é assegurar uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada.

A atuação jurídica que se elege para análise da presente pesquisa é o instituto da colaboração premiada, que, embora já previsto no direito interno com a nomenclatura de delação premiada, foi aprofundado na Lei n. 12.850/2013.

Este direito premial, segundo afirma Pisani, demonstra uma simetria com o direito penal, um tipo de antagonismo, eis que há prêmios e punições, como na pedagogia (e, principalmente, na escola), mas não só. Acrescenta o autor que no exército e nas prisões se executam funções alternativas, mas também complementares e convergentes. “A repressão e prevenção de comportamentos desvalorizados e desviantes, típicos do direito penal, são a correlação e o contraponto da concessão de valor e o incentivo ao comportamento heroico ou louvável”, harmonizável com a lei da recompensa.³⁰

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰ L'indicata simmetria con il diritto penale è di tipo antagonistico, e purtuttavia premi e castighi, come del resto in pedagogia (e così, in particolare, nella scuola 20) – ma aggiungiamo pure: nell'esercito e nelle carceri – svolgono funzioni alternative ma anche complementari e convergenti. Il parallelismo e la simmetria col diritto penale vengono in maggior evidenza se, inoltre, ci si colloca sul piano dei

A partir, portanto, da ideia de um direito penal premial, o qual, com a finalidade de produzir provas e ser efetivo na punição de crimes cometidos por organizações criminosas, mitiga a sanção a determinado indivíduo que colabora com provas efetivas, trata-se de um negócio, no qual o colaborador pode até mesmo se ver isento de responder a um processo penal se colaborar com as investigações.

No entanto, dentro da sociedade do espetáculo e da ideia de controle do indivíduo e de sua subjetividade, o que se observou em operações de grande interesse nacional e, nos dizeres de Wedy, “em nome da eficiência desse instituto, uma eficiência que levaria à Justiça, o suspeito ou acusado seja literalmente constricto à delação/colaboração premiada”, a constrição se dá por meio da decretação de um prisão processual que se se prolonga no tempo, com ausência ou déficit de motivação da cautelaridade e “nem sempre com a efetiva necessidade da prisão, o que acaba por substanciar uma forma de afastamento da espontaneidade e voluntariedade da delação”³¹.

A mediatização do processo, muitas das vezes de investigações não concluídas, a prisão cautelar, a constrição dos bens, leva o indiciado/acusado a questionar a existência de um devido processo legal, da eficácia dos direitos fundamentais e da aplicação de um processo acusatório, ocasionando a escolha pelo acordo de colaboração premiada. Há nesta hipótese um instrumento de contradireito, institucionalizado pelo próprio Estado e reflexo de uma sociedade disciplinar, que passa pela sociedade de controle e se expressa, tendo em vista a sociedade do espetáculo, ao que se pode chamar de sociedade do constrangimento – o indivíduo não só tem seu corpo controlado, mas também é constrangido a agir dentro dos limites propostos pelo próprio Estado.

principi e delle finalità. Alla repressione e alla prevenzione del disvalore e del comportamento deviante, tipiche del diritto penale, fanno da correlativo e da contrappunto la premiazione del valore e l'incentivazione del comportamento eroico od encomiabile, congeniali al diritto premiale; la pena non si applica all'ignoto, né al defunto, né a una collettività o a un gruppo, mentre invece il premio, o l'encomio, lo si può concedere, e lo si concede, all'ignoto, al defunto, ovverossia alla sua memoria, a una città, a un ente, a un intero battaglione; in diritto penale si applica di regola, in omaggio alle regole dell'oblio, la disciplina della prescrizione, mentre secondo i canoni del diritto premiale questa disciplina, tendenzialmente, non trova buona accoglienza; su un versante, il fatto che vi sia un concorso di più persone in un reato può comportare un aumento di pena, mentre, sul versante opposto, il concorso di più persone nell'azione encomiabile porta, correlativamente, ad una diminuzione del premio. PISANI, Mario. **Studi di diritto premiale**. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010. p. 19.

³¹ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 219, set./dez. 2016.

A partir desta perspectiva importante, os dizeres de Baratta, ao estudar a espetacularização do Direito penal, compreendem que as normas são instituídas para engodar o público, tendo apenas uma representação de efetividade.³² O direito é um instrumento simbólico do poder.

Além disso, o giro linguístico, mudança paradigmática ocorrida no âmbito da filosofia e, também, do Estado Democrático de Direito, não pode possibilitar uma hermenêutica jurídica solipsista, baseada no “livre convencimento”, na “livre convicção” e na “íntima convicção”, enfim, de um ativismo exacerbado, corrompido pela política, com decisões judiciais que ignoram princípios democraticamente edificadas, desrespeitando a integridade do direito, de maneira que este contradireito demonstrado por Foucault se reveste de contrariedade à integridade do direito.

Assim, o Poder Judiciário igualmente deve ter uma limitação autônoma e superior das decisões proferidas, em deferência à integridade e à coerência do direito. É, pois, a Crítica Hermenêutica de Direito a responsável por estabelecer condições hermenêuticas para a execução de um controle de interpretação constitucional, buscando controlar a subjetividade solipsista a partir da tradição, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito.³³

Este contradireito expresso pelo instituto da Colaboração Premiada, bem como a forma como ele é utilizado, é uma evidente violação de direitos fundamentais, mera técnica de controle, nos moldes do panóptico, mas com elementos mais sofisticados, tendo em vista a espetacularização da vida íntima e da inobservância do princípio da presunção de inocência, utilizando-se de uma hermenêutica solipsista sem respeito à integridade do direito. É neste contexto, portanto, que se delimita o tema de pesquisa, partindo também de uma análise hermenêutico-constitucional, a saber: **Da Sociedade disciplinar e de controle à sociedade do constrangimento: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada.**

Assim, a partir deste cenário que revela o elo existente entre o papel do juiz no processo penal, conduções coercitivas, prisões provisórias, indisponibilidade de bens,

³² BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 22, jan./mar. 1994.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

processo espetacularizado e colaboração premiada, formula-se o seguinte problema de pesquisa para tese:

De que maneira os mecanismos de poder sustentam a tecnologia utilizada pelos agentes estatais e, por conseguinte, concebem os acordos de colaboração premiada, “incentivados” por decretações arbitrárias de prisões provisórias e outras medidas cautelares, como elemento central para o constrangimento do réu/investigado na “efetividade” do processo penal (compreendida, neste contexto, como certeza de punição), ainda que seja às custas da violação de direitos e garantias fundamentais?

Diante do problema de pesquisa é possível conceber hipoteticamente a resposta, que será previamente demonstrada no texto dos parágrafos seguintes.

Há, no processo penal, uma busca imensurável pela ideia de uma verdade real, pois este seria o caminho para alcançar o desiderato de justiça. Somado a isto tem-se o desenvolvimento da complexidade da criminalidade, a chamada criminalidade organizada, em que o aparato estatal não possui mecanismos desenvolvidos para realizar a efetiva produção probatória. Tem-se, portanto, uma discussão clara “acerca da eficácia da luta contra a criminalidade organizada e da preservação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito e ao processo penal”.³⁴

Este contexto que associa efetividade do processo penal, colaboração premiada e medidas cautelares de natureza pessoal e patrimonial (prisões provisórias, conduções coercitivas, indisponibilidade de bens e buscas e apreensão) na conformação de um modelo de persecução criminal se sustenta a partir da existência de um perfil do Judiciário, caracterizado pelo protagonismo durante a instrução criminal, isto é, especificamente por uma postura judicial que pauta a tomada de decisões pelo desejo de atingir de um fim específico: a confissão/colaboração premiada, ainda que isso ocorra às custas da violação de direitos e garantias fundamentais, como ocorre através das decretações de prisões provisórias de modo arbitrário. Com isso, passa-se de uma sociedade da punição e vigilância (Foucault) para uma sociedade do constrangimento, utilizando-se dos elementos da sociedade disciplinar, de controle e de espetáculo para promover a sociedade de constrangimento.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Esta tecnologia que busca dar efetividade ao processo – entendendo-se como efetividade a confirmação das teses acusatórias – opera uma “requalificação do sujeito de direito” [...] e “o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas”, causando a erosão do Estado Democrático de Direito,³⁵ especialmente diante do desrespeito ao garantismo penal, pautado especialmente por decisões solipsistas contrárias à integridade do direito, conforme elucidado pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Assim, uma das contribuições da tese, no que diz respeito ao desenvolvimento de conexões originais, está relacionada a visualizar como a criação do instituto da colaboração premiada e seu manuseio judicial, associado à decretação (arbitrária) de medidas cautelares, especialmente prisões provisórias, rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial que visa a garantir uma finalidade para a persecução criminal, que é garantir assegurar uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada.

Dentro do contexto teórico e empírico que se delineou até aqui e partir da hipótese acima transcrita, é possível traçar o objetivo geral da pesquisa, qual seja: Compreender a evolução da Sociedade da punição e vigilância (disciplinar e de controle) até a sociedade do constrangimento e, a partir disto, proceder a uma análise uma análise hermenêutico-constitucional da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do instituto da colaboração premiada, compreendendo-o como um contradireito, mecanismo de exercício de poder e demonstrando o rompimento com o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, elencam-se os seguintes objetivos específicos:

I. Descrever o desenvolvimento da sociedade disciplinar a partir das concepções de Foucault, compreendendo os mecanismos utilizados pela sociedade disciplinar como contrapostos aos ideais proclamados pela Revolução Francesa, especialmente por meio da biopolítica, passando pela sociedade de controle de Deleuze, até alcançar a sociedade de constrangimento, a partir exposição da intimidade dos indivíduos como situação normal, por meio da análise da sociedade do espetáculo em Debord.

³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 184.

II. Apresentar o contexto que envolve a problematização presente na tese, tratando especificamente da relação Estado, democracia e modelos de processo penal no contexto brasileiro, concebendo o garantismo (Ferrajoli) como modelo a ser respeitado pelo Estado Democrático de Direito.

III. Analisar o instituto da Colaboração Premiada no direito brasileiro e comparado, realizando análise legislativa e de casos práticos (acordos de colaboração premiada já formalizados), com o escopo de estabelecer os efeitos da sociedade de constrangimento dentro do processo penal e situar os direitos fundamentais dentro deste contexto, aduzindo ao final se há eficácia a tais direitos (Bobbio) ou, ao contrário, os direitos fundamentais são suprimidos para o exercício do poder e, a partir da escola hermenêutica, especialmente da Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck, estabelecer como deve ser o direito em uma linguagem pública, democrática – isso a partir do posicionamento crítico sobre a relação processo penal, preservação de garantias, colaboração premiada e medidas cautelares, partindo de argumentos de Teoria do Direito (paradigmas de pensar o fenômeno jurídico ou o conceito de Direito).

Para alcançar os objetivos propostos, a tese está dividida em três capítulos, senão veja: o primeiro trata da sociedade disciplinar à sociedade de constrangimento; no segundo, a análise se dá sobre os modelos de Estado e seu diálogo com o processo penal; no terceiro e último, a análise do processo do constrangimento: uma crítica ao perfil judicial direcionado às delações premiadas.

Por fim, cumpre assinalar que a presente pesquisa foi desenvolvida a partir da metodologia adotada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, que consiste numa análise hermenêutica do problema. É neste sentido que, através de pesquisa bibliográfica e documental, serão discutidas as práticas judiciais (o perfil judicial) na condução do processo penal diante da criação do instituto da colaboração premiada. Com efeito, a pesquisa bibliográfica é uma técnica desenvolvida com base em material já preparado, estabelecido sobretudo a partir de livros e artigos científicos, assim especialmente no que diz respeito aos artigos, foram pesquisadas revistas científicas jurídicas, especialmente em base de dados Scielo. No que diz respeito à pesquisa documental, ela é muito parecida com a bibliográfica. A divergência encontra-se na natureza das fontes, pois a pesquisa documental, vale-se de materiais que não

ganharam ainda um tratamento analítico, nesse sentido, se enquadram as legislações, decisões judiciais, entre outros.³⁶

De fato, a Crítica Hermenêutica do Direito é caudatária em dois autores: Gadamer e Dworkin, além de Heidegger e de Wittgenstein, naquilo que rejeitam, nas investigações, a linguagem privada, *locus* do solipsismo.³⁷

A Crítica Hermenêutica do Direito não é uma teoria heideggeriana ou gadameriana, em sentido estrito, do direito. É uma teoria jurídica que se alicerça nesta tradição. Assim, “antropofagicamente, alguns aportes da teoria integrativa de Dworkin também são trazidos para constituir um referencial comum”. Assim, não se trata mais, diretamente, de Heidegger, Gadamer e Dworkin, mas sim de uma teoria que, em certo sentido, se autonomiza, ainda que se ancorando nestes aportes.³⁸

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito vem amparada em pressupostos filosóficos heideggerianos e gadamerianos. Por isso, o método hermenêutico-fenomenológico também faz parte da elaboração da tese como revisão crítica dos temas centrais legados pela tradição jurídica. Trata-se de um pensar que se move na dimensão filosófica, questionando o conhecimento já sedimentado.

É por meio da Crítica Hermenêutica do Direito, portanto, que se analisarão os acordos de colaboração premiada realizados a partir de decisões de prisões provisórias, indisponibilidade de bens e conduções coercitivas a fim de aferir qual seria a resposta adequada a tais casos e concretos e concluir se há exercício de poder por meio de mecanismos da sociedade de constrangimento.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 188. Segundo Streck: “o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última pra todo o conhecimento sobre o mundo. Trata-se de *um fundamentum incocussun absolutum veritatis*, um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada, a partir das *Meditationes de Prima Philosophia* de Descartes, na subjetividade individual do sujeito”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 273.

³⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 189.

2 DA SOCIEDADE DISCIPLINAR À SOCIEDADE DE CONSTRANGIMENTO

O presente capítulo tem como objetivo descrever o desenvolvimento da sociedade disciplinar a partir das concepções de Foucault, compreendendo os mecanismos utilizados pela sociedade disciplinar como contrapostos aos ideais proclamados pela Revolução Francesa, especialmente por meio da biopolítica, até alcançar os elementos que dão fundamentos à sociedade de constrangimento, utilizando como análise, também, a sociedade do espetáculo em Debord.

É oportuno mencionar, desde já, que o capítulo que se apresenta não delinea o conceito de sociedade de constrangimento, o que é realizado no terceiro capítulo, mas apresenta os conceitos fundamentais para a compreensão da sociedade de constrangimento.

2.1 Sociedade disciplinar e Revolução Francesa: contrapontos

Elemento primordial da “história é o tempo; portanto, não é de hoje que a cronologia desempenha um papel essencial como fio condutor e ciência auxiliar da história. O instrumento principal da cronologia é o calendário”, que desempenha função não somente na história, mas funciona como quadro temporal do funcionamento da sociedade.³⁹

É o calendário, portanto, um grande esforço desempenhado “pelas sociedades humanas para domesticar o tempo natural, utilizar o movimento natural da lua ou do sol, do ciclo das estações, da alternância do dia e da noite”, todavia, as medidas de tempo mais eficientes são a hora e a semana, eis que estão conectadas à cultura e não à natureza, como é o caso do calendário lunar. Assim, o calendário é o resultado e manifestação da história: “está ligado às origens míticas e religiosas da humanidade (festas), aos progressos tecnológicos e científicos (medida do tempo), à evolução econômica, social e cultural (tempo do trabalho e tempo de lazer)”. Demonstra o empenho da sociedade para transmutar o tempo cíclico, como o é na natureza e nos mitos, “do eterno retomo, num tempo linear escandido por grupos de anos: lustro, olimpíadas, século, eras, etc.”.⁴⁰

³⁹ LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão *et al.* Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1990. p. 09.

⁴⁰ LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão *et al.* Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1990. p. 09.

É a partir de tal percepção de uma criação cultural que a história se conecta com “dois progressos essenciais: a definição de pontos de partida cronológicos (fundação de Roma, era cristã, hégira e assim por diante) e a busca de uma periodização, a criação de unidades iguais, mensuráveis, de tempo”⁴¹. Assim, a periodização é o meio criado pela sociedade para domar o tempo, é o meio pelo qual é possível organizar e controlar o cotidiano e compreender as transformações no decorrer do calendário.

No século XIV, mormente no século XVI, formou-se a concepção de que o tempo histórico era dividido em três grandes eras, a saber: a era Antiga, a Medieval e a Moderna. No entanto, a periodização hodierna foi concebida em meados do século XIX, dividindo o tempo histórico em cinco períodos, senão veja: I) Pré-História; II) Idade Antiga; III) Idade Média; IV) Idade Moderna e; V) Idade Contemporânea. Apesar de tal divisão, ela serve apenas para a compreensão dos fatos, eis que não há uma mudança definitiva de um era para outra somente em razão de uma data, também é preciso ponderar que tal periodização e divisão nessas cinco eras ocorre sob o ponto de vista do eurocentrismo, que é adotado especialmente em razão de conveniência.

Para a pesquisa que se delinea, interessa os movimentos ocorridos no início da Idade Contemporânea, pois são a tábua em que se assentam as principais críticas apresentadas nesse trabalho. Todavia, seria um erro afirmar que somente essa era tem consequências atuais; conforme dito anteriormente, a periodização e a eleição desse momento histórico têm a finalidade de marcar um ponto de início, mas não se olvida da importância de todos os demais momentos que fizeram a sociedade chegar no momento em que se encontra hoje.

Primeiramente, é importante lembrar a Idade Moderna, que antecedeu e prepara as bases para a Idade Contemporânea. De fato, utilizando a periodização, a Idade Moderna iniciou com a tomada de Constantinopla pelos otomanos em 1453 – pondo fim à Idade Moderna – e terminou com a queda da Bastilha em 1789, momento em que iniciou a Idade Contemporânea.

A Idade Média caracterizava-se por ser uma sociedade feudal, portanto, agrícola, sociedade hierarquizada e amplo poder da Igreja. A derrocada de tal período e o início da Idade Moderna são marcados por forte inquietação popular e pela

⁴¹ LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão *et al.* Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1990. p. 09.

estabilização burguesa – antes os burgueses, pequenos comerciantes, não possuíam importante participação popular, pois não eram nobres, nem aristocratas e tampouco clérigos.

A inquietação fez com que o povo questionasse seus direitos e, em razão disso, se posicionaram a favor da Revolução Puritana, na década de 1640, na Inglaterra, contrapondo-se ao poder da Igreja Católica. De fato, *diggers*, *levellers* e *ranterers* apresentaram ideias políticas racionais e, para alguns, radicais, mas o foco era a ideologia republicana e coletivista em favor do povo, no entanto, o poder burguês causou a derrocada de tais movimentos⁴².

Com as navegações, a mundialização da prática comercial propiciou o acúmulo do capital. Acumular capital, mormente após a reforma protestante, tornou-se um meio de agradar a Deus, ao contrário do que pregava a Igreja Católica. Com efeito, a Igreja enfraqueceu e como consequência a fé, que cede lugar à razão, especialmente quando os iluministas passaram a divulgar suas teorias.

No que diz respeito ao Iluminismo, a “literatura e estruturas de sociabilidade (em particular as lojas maçônicas) garantem sua difusão. As ideias-força do Iluminismo”, modeladas em expressões simples, por exemplo, liberdade, igualdade, governo representativo, depararão na conjuntura da crise de 1789 uma

⁴² De fato, “depois de 1649 todas as correntes de opinião renegaram os levellers, muitas vezes os confundindo com os levellers autênticos. Até o próprio Coppe condenou “o nivelamento pela espada” e o “nivelamento digger”. [...] Foram ranterers que acabaram com a comuna dos diggers; Winstanley denunciou o ranterismo, embora tivesse a cautela de acrescentar que não era correto perseguir os ranterers. Os batistas excomungaram tanto os ranterers quanto os quacres; estes últimos atacaram os batistas e ranterers, dizendo-os anti-cristãos. A julgarmos pelo que restou dos livros dessas igrejas, a excomunhão era uma das atividades prediletas das primeiras seitas. A conservação da pureza interna acabava com a unidade: e sem pureza interna seria impossível a seita sobreviver. Também aqui não existia solução que fosse óbvia. Ainda se conservava um amplo acordo quanto aos objetivos políticos — a oposição aos dízimos, à Igreja estatal e seus sacerdotes, à lei vigente, às propriedades ou rendimentos exigidos para se ter direito de votar nas eleições locais e para a Câmara dos Comuns; mas, no que dizia respeito à teologia, como por exemplo o segundo advento de Cristo, as seitas se cindiam. Em 1659 essa desunião as impediu de se juntarem numa ação que poderia ter salvo a Boa Causa revolucionária; em 1660 as consequências políticas disso se revelaram em todo o seu horror. Todas as seitas se mostraram ansiosas por renegar os que se situavam à sua esquerda, por deixar claro o quanto elas eram moderadas e respeitáveis. [...] O grande período da liberdade de movimento e de expressão era passado. Durante vinte anos muitos homens haviam percorrido todos os cantos da Grã-Bretanha — no Exército, à busca de trabalho, ou ainda a serviço de Deus. A troca de ideias e experiências, a fecundação recíproca, devem ter sido imensas. Depois da Restauração os oficiais do Novo Tipo voltaram a seus ofícios. Os latoeiros que se haviam tornado pregadores retornaram a suas aldeias, ou, como Bunyan, foram para a cadeia. Os levellers, diggers, ranterers e pentamonarquistas desapareceram, quase sem deixar rastro”. HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça**: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640. Tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 359-360.

ocasião extraordinária para se instituir.⁴³ É certo, todavia, que o iluminismo não pode ser classificado como uma escola, tampouco pela homogeneidade de suas ideias, que eram “ambíguas, sendo sua unidade complexa e precária; mas também que, dessa ambiguidade, resultavam conflitos e tensões responsáveis por seu movimento, pelo desdobramento de conceitos e raciocínios latentes, explicitados através do confronto”. Tal dialética, contudo, é uma base importante da relação entre Iluminismo e Revolução Francesa.⁴⁴

Voltando ao período anterior à Revolução Francesa, é necessário afirmar que o progresso da ciência e o acúmulo do capital possibilitaram o incremento da indústria na Inglaterra, momento em que as condições necessárias para a Revolução⁴⁵ Industrial foram cumpridas. Destarte, com a primeira Revolução Industrial, o astro do processo foi a produção têxtil. De fato, o fluxo da acumulação primitiva de capital proveniente “do sucesso do mercantilismo e das novas fronteiras de exploração colonialista entre os séculos XVI e XVIII favoreceu a Grã-Bretanha, enquanto berço do padrão de industrialização originária”. Foi importante, portanto, a submissão do Estado aos negócios da burguesia, o que ocorreu desde a Revolução Gloriosa, que tinha exaurido o poder do clero e da monarquia inglesa.⁴⁶

O processo de industrialização e a submissão estatal ao poder burguês, “desde a segunda metade do século XVIII”, causou o sucessivo afastamento da sociedade agrária e a ascensão do modo capitalista de produção. “O desenvolvimento das forças produtivas sob a dominação do capital teve como herança prévia, em geral, a existência de uma economia mercantil em funcionamento a partir da divisão social do

⁴³ VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. p. 29. E-book.

⁴⁴ GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 17.

⁴⁵ Sobre o termo revolução, interessante reflexão de Hobsbawm: “Chamar este processo de revolução industrial é lógico e está em conformidade com uma tradição bem estabelecida, embora tenha sido moda entre os historiadores conservadores — talvez devido a uma certa timidez em face de conceitos incendiários — negar sua existência e substituí-la por termos banais como “evolução acelerada”. Se a transformação rápida, fundamental e qualitativa que se deu por volta da década de 1780 não foi uma revolução, então a palavra não tem qualquer significado prático. De fato, a revolução industrial não foi um episódio com um princípio e um fim. Não tem sentido perguntar quando se “completou”, pois sua essência foi a de que a mudança revolucionária se tornou norma desde então. Ela ainda prossegue; quando muito, podemos perguntar quando as transformações econômicas chegaram longe o bastante para estabelecer uma economia substancialmente industrializada, capaz de produzir, em termos amplos, tudo que desejasse dentro dos limites das técnicas disponíveis, uma “economia industrial amadurecida” para usarmos o termo técnico”. HOBBSAWM, Eric. J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 44. E-book.

⁴⁶ POCHMANN, Márcio. Capitalismo e desenvolvimento. *In*: POCHMANN, Márcio. **Brasil sem industrialização: a herança renunciada**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016. p. 16-64. E-book.

trabalho”⁴⁷, o que causou mudanças expressivas nas relações de trabalho – e também, como se verá depois, na maneira como o Estado exerce o controle social –, nas configurações da produção, e derivou no surgimento do capitalismo.

Com efeito, a abertura da Idade Moderna para a Idade Contemporânea ocorreu no momento em que o Iluminismo passou do discurso intelectual para o campo da ação política. “A Revolução Francesa foi a revolução burguesa e liberal por essência e marcou o início do fim do absolutismo e do Antigo Regime em toda a Europa”. Representa, pois, um período instituidor central, não somente da história nacional da França, mas do mundo ocidental.⁴⁸

O século XVIII iniciou com a liberdade conquistada pelos ingleses por meio das revoluções Puritana e Gloriosa, ocorridas no século anterior. As outras nações europeias inspiravam-se no exemplo, concebendo um sistema parecido, e a colônia americana se declarou independente. Nesse mesmo tempo, o Iluminismo apresenta o pressuposto de direitos naturais, inerentes à condição humana. Tais direitos “constituíam a base a partir da qual a crítica ao despotismo e ao dogmatismo se exercia” [...], a filosofia tendo se desenvolvido a partir de tal concepção, apresentou-se “como guardiã destes direitos, então sua defesa e realização através de uma revolução seria execução do programa da própria filosofia. Nesse sentido, a relação entre iluminismo e a Revolução está estabelecida desde” o começo e por princípio.⁴⁹

É nessa linha de raciocínio que a Revolução Francesa inicia com o objetivo de cumprir os direitos naturais, “limitando o poder do rei e eventualmente destronando o tirano. Mas, na medida em que a ação revolucionária transcende seu programa, ele foi além disso, fazendo surgir um novo conceito de revolução”.⁵⁰

Assim é que foi em razão dessa ideia de um novo tipo de revolução que os “contemporâneos desse acontecimento [...] inventaram, logo nos primeiros momentos, o conceito de Antigo Regime para exprimir a cesura irreversível entre um antes sem volta e um depois”⁵¹.

⁴⁷ POCHMANN, Márcio. Capitalismo e desenvolvimento. In: POCHMANN, Márcio. **Brasil sem industrialização**: a herança renunciada. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016. p. 22. E-book.

⁴⁸ VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. p. 15. E-book.

⁴⁹ GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 19-20.

⁵⁰ GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 20.

⁵¹ VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. p. 15. E-book.

O antigo regime tinha como característica o realinhamento de “forças entre a aristocracia e a realeza que permitiu a centralização de poder conhecida por monarquia absoluta; e o Iluminismo, ao contrário, distinguiu-se por suas objeções de cunho liberal a ela”, já que a sociedade francesa do século XVIII gravita, ainda, em torno da figura do rei, que exerce seu poder sem nenhum tipo de questionamento; todavia, os iluministas, utilizando o exemplo inglês, no qual o parlamento possuía importante função de governo ao lado da coroa, viam nele o molde a ser adotado também na França.⁵²

Com efeito, a “história da Revolução Francesa deve seu status particular ao fato de ser a narrativa de um acontecimento⁵³: afirmação do tempo curto, de uma subversão total, em um período de menos de dez anos, de todo um edifício político” e das instituições sociais e políticas que davam suporte desde de longa data. É certo que a importância da ruptura revolucionária é devida ao trabalho desempenhado “em profundidade e em tão pouco tempo. Em um mundo que inventa no calor da ação, a política no sentido moderno do termo, são proclamados novos valores e assentadas as bases do Estado liberal, cujo modelo serviria de referência não só na continuidade” da sociedade francesa até o momento presente, mas como continuidade histórica em todo o mundo, concedendo as bases estruturais do novo Estado.⁵⁴

O resultado da crise política, econômica e social que a França enfrentou no final do século XVIII, colocou fim ao antigo regime. Nesse momento histórico, a França era dirigida pelo rei Luís XVI, e cumpre destacar que a sociedade era repartida em classes sociais, denominadas como Estados, assim: 1) Primeiro Estado: clero; 2) Segundo Estado: nobreza; 3) Terceiro Estado: povo, significado geral que agrupa o remanescente da sociedade francesa. Os dois primeiros Estados constituíam as

⁵² GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 21.

⁵³ “Quem diz acontecimento [*événement*] não quer dizer história acontecimencial [*évènementielle*], no sentido em que o entenderam os fundadores da nossa historiografia moderna, visão estreita de uma história política sem perspectivas, ou mesmo anedótica. Mas aqui supõe-se não esquecer, como lembrava Georges Lefebvre, que a história ainda é uma narrativa, a narrativa do encadeamento dos fatos, com o que se pode ter de aleatório, ligado à personalidade dos homens e à “força das coisas”. Da mesma forma, começaremos esse percurso evocando de modo propositalmente breve, depois de documentar as causas, o ambiente global dessa década, com seus pontos de inflexão e suas referências fundamentais: mais do que uma concessão à história tradicional, esse é o único meio de compreender a ascensão progressiva e as transições sucessivas da monarquia constitucional para a experiência da democracia jacobina e, depois, para o compromisso de retorno à ordem burguesa após o Termidor”. VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. p. 17. E-book.

⁵⁴ VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. p. 15. E-book.

castas privilegiadas por nascimento, já no terceiro Estado, estavam a burguesia, os camponeses e as camadas urbanas que compunham a maior parte do povo francês. “A eles cabia o duro trabalho e os pesados impostos, tanto para os nobres, em forma de tributos feudais, como através de dízimo para o clero”.⁵⁵

O Primeiro Estado francês, portanto, possuía em sua composição o clero da Igreja Católica, que no decorrer da Idade Média desempenhou uma supremacia religiosa e política na França com poderes iguais aos do rei.

O reinado espanhol encontrava-se debilitado posteriormente a Guerra dos Trinta Anos, com a assinatura do Tratado de Westfalia em 1648 e do Tratado dos Pirineus, em 1659, e a dinastia portuguesa, sob o império da Espanha desde 1580, como consequência, também enfraquecido; o mesmo não se pode dizer a respeito da monarquia francesa e sua hegemonia na Europa dos séculos XVI e XVII. Com efeito, a Dinastia dos Bourbons, no poder desde o ano de 1589, concretizava o arquétipo de Estado absolutista. Ressalta-se que o absolutismo começou no reinado de Luís XIII (1610-1643) que, auxiliado pelo Ministro de Estado, o Cardeal Richelieu⁵⁶ – primeiro Estado, o clero – dispõe na França a ideia de subordinação de todos à monarquia, concentrando o governo e contendo o poder da nobreza (segundo Estado). Richelieu defende com veemência a descendência divina dos monarcas, decorrendo de tal ideia, portanto, a incontestabilidade do poder real pelos seus súditos, assim como legitimação para reinar.⁵⁷

⁵⁵ SCHMIDT, Joessane de Freitas. As mulheres na Revolução Francesa. **Revista Thema**, Pelotas, v. 2, n. 9, p. 02-19, 2012.

⁵⁶ A apresentação do livro *Testamento Político*, escrito na contracapa assim dispõe: “Armand Jean du Plessis (Paris, 1585 – Paris, 1642), o Cardeal Richelieu, escreveu *Testamento político* já no fim de sua vida. Durante vinte e cinco anos, o Cardeal Duque de Richelieu foi o principal promotor do absolutismo francês. Antes de se tornar conselheiro de Luís XIII e o homem mais poderoso da França, Richelieu teve de eliminar seus inimigos palacianos e alijar da corte nada mais nada menos do que Maria de Médicis, mãe do monarca. Maria de Médicis irá exilar-se na Holanda, onde passará seus últimos anos de vida. Misto de primeiro-ministro com mão de ferro, estadista, humanista e exímio administrador, Richelieu reprimiu os huguenotes na França, mas aliou-se a eles na guerra contra a Espanha. Criador da Academia Francesa, foi o nome mais notável do processo de centralização de poder em torno do rei, promovendo o absolutismo ao restringir a autoridade das províncias e instituir intendentes. Renovou o exército, criou uma política externa pragmática, reformou o clero e a legislação tributária, reorganizou a Sorbonne e colocou a França como nação hegemônica na Europa”. RICHELIEU, Armand Jean du Plessis, Duc de. **Testamento político**; tradução e apêndice de Davi Carneiro. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2012.

⁵⁷ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado. **Revista dos Tribunais RT**, São Paulo, v. 969, jul. 2016.

Apesar da forte influência no absolutismo francês, o clero ao mesmo tempo era proprietário de mais de vinte por cento de todas as terras da França e possuidor de ouro e outros bens, detendo importante poder econômico.

É certo afirmar que as dificuldades financeiras da monarquia pioraram o quadro. A disposição fiscal e administrativa do reino era obsoleta, e a tentativa de minorar a situação por meio das reformas de 1774-1776 falhou, vencida pela oposição dos interesses defendidos pelos *parlements*. Além disso, a França comprometeu-se na guerra da independência americana. “A vitória contra a Inglaterra foi obtida ao custo da bancarrota final, e assim a Revolução Americana pôde proclamar-se a causa direta da Revolução Francesa”.⁵⁸

Entre as décadas de 1770 e 1780, a França suportou uma forte seca, o que causou queda importante do produto da agricultura, que era a mais importante fonte de alimentação dos camponeses. Tal crise, somada aos contínuos aumentos de impostos – decorrentes das reformas tributárias – suportados em sua maioria pelo terceiro Estado, teve como consequência um aumento considerável na miséria entre camponeses e trabalhadores da nação francês: inúmeras pessoas morreram por inanição e em razão dos saqueamentos.

O rei Luís XVI, ao tentar resolver a crise, convocou a Assembleia dos Estados Gerais, considerada o ponto fatal para provocar a revolução. A assembleia possuía características representativa e consultiva do Antigo Regime. De fato, os Estados Gerais (os três estados franceses já apresentados anteriormente) se reuniram de maneira intermitente até 1614, e somente mais uma vez, no ano de 1789, foi dissolvida pela Revolução Francesa.

Sobre a convocação dos Estados Gerais, é interessante a narrativa de Buke: “[...] quando se tornou claro que as três Ordens se fundiram em uma única, a finalidade política e o efeito necessário desta numerosa representação do Terceiro Estado apareceram imediatamente: apenas uma pequena defecção nas outras” ordens seria o suficiente para ceder o poder para o Terceiro Estado. Com efeito, foi “o Terceiro Estado que bem depressa deteve todo o poder do Estado. Sua exata composição tornou-se, desde então, de importância infinitamente maior”.⁵⁹

⁵⁸ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 120-124. E-book.

⁵⁹ BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1982. p. 76.

Diversos recursos reformistas foram tentados com êxito mínimo. A França estava longe de uma reforma tributária que “pudesse enfrentar uma situação em que os gastos excediam a renda em pelo menos 20% e não havia quaisquer possibilidades de economias efetivas”. Não obstante, o luxo de Versailles tenha sido invariavelmente apontado como causador da crise – os custos da corte só constituíam 6% do total em 1788. “A guerra, a marinha e a diplomacia constituíam um quarto, e metade era consumida pelo serviço da dívida existente. A guerra e a dívida – a guerra americana e sua dívida –” despedaçaram a espinha da monarquia.⁶⁰

Assim, “a crise do governo deu à aristocracia e aos *parlements* a sua chance. Eles se recusavam a pagar pela crise se seus privilégios não fossem estendidos”. De maneira genérica, o sistema de ideias de 1789 era de origem maçônica, demonstrada “com tão sublime inocência na *Flauta mágica* de Mozart⁶¹(1791), uma das primeiras grandes obras de arte propagandísticas de uma época em que as mais altas realizações artísticas pertenceram tantas vezes à propaganda”. De maneira específica, as reivindicações do burguês foram apresentadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁶²

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi proclamada ao povo em 26 de agosto de 1789, na França, como decorrência da Revolução Francesa. Os revolucionários adjudicavam importância à matéria dos direitos naturais, tendo em vista a já citada influência iluminista. É suficiente, para tanto, verificar que os

⁶⁰ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 120-124. E-book.

⁶¹ “*Die Zauberflöte* (A flauta mágica) está entre as mais conhecidas das 22 óperas escritas pelo compositor austríaco Wolfgang Amadeus Mozart (1756-1791). Mozart compôs a ópera na primavera e no verão de 1791, com exceção da Abertura e da Marcha dos Sacerdotes no início do Ato II. Estas partes foram concluídas apenas alguns dias antes da estreia em 30 de setembro daquele ano. Aqui é mostrada a partitura manuscrita original de Mozart. Durante a fase inicial da obra, Mozart normalmente escrevia apenas a parte da melodia e da linha de baixo, bem como diversas figuras estruturalmente significativas na faixa intermediária. Apenas mais tarde ele adiciona os instrumentos restantes, em alguns casos usando uma cor diferente de tinta. Várias cores de tinta podem ser vistas em muitas páginas da partitura e as diferenças entre elas fornecem uma visão do processo de composição de Mozart. A ópera final de Mozart, *A flauta mágica* foi controversa por aquilo que ele revelou sobre a maçonaria, uma vez que tanto o compositor como o libretista Emanuel Schikaneder eram maçons. A ópera é uma alegoria sobre a luta entre a Rainha da Noite, que representa a escuridão e a repressão do conhecimento e Sarastro, um monarca benevolente e iluminado, cujo governo é baseado na sabedoria e na razão. Tamino e Papageno lutam por tentativa e erro entre essas forças opostas para encontrar um paraíso na Terra e o amor duradouro. A fábula é ao mesmo tempo profunda e fantástica e a obra é uma peça básica das casas de ópera em todo o mundo”. MOZART, Wolfgang Amadeus. **Die Zauberflöte**. Manuscrito. [S. l.], 1791. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/7380/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶² HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 120-124. E-book.

deputados aguentaram aproximadamente 10 dias reunidos na Assembleia Nacional francesa discutindo os artigos que fariam parte do texto da declaração. Tal fato ocorreu com o Estado francês ainda ardendo em chamas após a conquista da Bastilha em 14 de julho de 1789.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é um inegável documento “contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. ‘Os homens nascem e vivem livres e iguais perante a lei’, dizia seu primeiro artigo”; no entanto, o documento do mesmo modo antevê a existência de diferenciações sociais, “ainda que ‘somente no terreno da utilidade comum’”.⁶³

É certo que a declaração francesa teve influência da declaração americana, mas uma distinção entre as duas merece menção: enquanto a americana declarava direitos, a francesa constituía, já que o objetivo era fazer nascer um Estado diverso do antigo regime, “a prioridade número um para uma nação em vias de nascer é destruir a velha ordem e recomeçar a partir do estabelecimento de um novo poder legislativo”, assim, a “necessidade de começar com uma declaração geral de direitos”.⁶⁴

No entanto, para os franceses a revolução era a demonstração suprema da vontade popular, “destinada a reconstruir a relação entre sociedade e o Estado conforme os princípios do direito natural”, todavia, não há uma lógica natural desse fato – diferente da independência norte-americana, que era uma decorrência natural de toda colônia – “o *ancien régime* havia degradado a natureza e corrompido a constituição, e era tarefa da filosofia auxiliar na elaboração de um esquema racional para o novo Estado com base na proteção dos direitos”.⁶⁵

Assim, deixando o *ancien régime* para trás, a propriedade privada passa a ser reconhecida como um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. “Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começasse sem handicaps, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos”. A declaração afiançava,

⁶³ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 120-124. E-book.

⁶⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 103.

⁶⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 103.

contrariando à hierarquia nobre ou ao absolutismo que “todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis”; no entanto, “pessoalmente ou através de seus representantes”. E a assembleia representativa que a declaração assegurou “como um órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, nem o regime nela implícito pretendia eliminar os reis”.⁶⁶

A Revolução assume a feição de ter uma natureza pública e política, assim, os “direitos pertencem ao ‘homem’ e ao ‘cidadão’, ressaltando uma íntima relação entre humanidade e política; a diferença entre os direitos naturais do homem e os direitos políticos não fica clara”. A busca era de uma declaração de acordo com a Lei Natural, em contraposição a um antigo regime corrompido, há, portanto, em tais disposições, “a expressão legal do projeto do Iluminismo”.⁶⁷

A nova era prometia a emancipação do indivíduo de todas as formas de opressão política primeiramente e, potencialmente, da tutela/tutelage de classe ou social”, assim, de maneira genérica, a emancipação seria o abandono do mito – irracional – e do preconceito na totalidade da atuação humana em substituição pela razão, de tal forma que a emancipação alcança todos as perspectivas de “falsidade e opressão, de crenças e superstições para necessidades e inseguranças físicas, sociais e econômicas. Em termos políticos, a liberação significa a sujeição do poder à razão da lei”.⁶⁸

No entanto, uma apreciação mais minudenciada dos primeiros atos normativos publicados no período de 1794 pressagiam o conservadorismo que se desenvolverá no decorrer do século XIX. “Se, por um lado, a Constituição de 1793 abole os privilégios feudais, institucionaliza o sufrágio universal, elimina a escravidão nas colônias francesas, proíbe a prisão por dívidas”, institui a obrigação de uma educação pública e gratuita, o elevação dos salários e o controle dos preços dos produtos básicos contra aumentos abusivos; “por outro, consolida a apropriação privada em substituição às anteriores e promulga o primeiro ato republicano que colocará as mobilizações dos trabalhadores na ilegalidade [...]”. É possível observar, desta maneira, a efetiva diferença “entre a radicalidade iluminista aos olhos da burguesia e

⁶⁶ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. p. 120-124. E-book.

⁶⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 103.

⁶⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2004. p. 104.

a radicalidade aos olhos da parcela operária já no período de Robespierre (1793-94). Dimensões de radicalidade que levaram à cisão os membros da própria Convenção”, na fase jacobina da revolução.⁶⁹

A compreensão de nação, as modificações nos aparelhos administrativo e jurídico do Estado francês, as acepções dos ideais, “a própria reordenação das relações internacionais de poder no mundo serão realizadas sob a égide da liberdade, igualdade, segurança e propriedade” apontados na Constituição Francesa de 1795. Nas palavras de “José Chasin, a burguesia necessitava ‘criar’ a democracia ‘na ideia’, mas garantir a sua dominação ‘na efetividade’”.⁷⁰

De fato, no caminho “de construção da nação unificada, a Revolução Francesa de 1789 daria andamento à tarefa que a monarquia absoluta iniciara: a centralização, o âmbito, os atributos e os agentes do poder governamental” e isso foi aperfeiçoado, posteriormente, por Napoleão; por conseguinte, as monarquias do século XIX tão-somente compartilharam “melhor as tarefas, para fazer face à maior divisão do trabalho dentro da sociedade burguesa, de que derivavam novos interesses a ser administrados pelo estado”.⁷¹

É certo afirmar que a “França foi um dos países onde a revolução burguesa foi mais radical, dadas as pressões vindas das camadas de baixo. No decorrer do processo revolucionário francês (e, fundamentalmente, com o poder jacobino)”, a burguesia se dividiu em dois campos – classes – diferentes: a denominada “grande burguesia, que via, agora, a revolução ameaçando seus interesses, pelo que pelejava por estancar a Revolução e implementar um sólido governo conservador; e a pequena burguesia e a burguesia industrial”, as duas últimas politicamente representadas pelo jacobinismo. Tais classes contrariavam o conseguimento de uma república democrática mais adiantada. “O proletariado, como classe política e ideologicamente independente, estava apenas em formação, em face do estágio incipiente da indústria francesa neste período”.⁷²

⁶⁹ VIEIRA Vera Lúcia. As Constituições burguesas e seus limites contra-revolucionários. **Proj. História**, São Paulo, n. 30, p. 101, jun. 2005.

⁷⁰ VIEIRA Vera Lúcia. As Constituições burguesas e seus limites contra-revolucionários. **Proj. História**, São Paulo, n. 30, p. 102, jun. 2005.

⁷¹ ASSUNÇÃO, Vânia Noeli Ferreira de. **Pandemônio de infâmias**: classes sociais, estado e política nos estudos de Marx sobre o Bonapartismo. 2005. f. 188. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – PUC, São Paulo, 2005.

⁷² ASSUNÇÃO, Vânia Noeli Ferreira de. **Pandemônio de infâmias**: classes sociais, estado e política nos estudos de Marx sobre o Bonapartismo. 2005. f. 149. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – PUC, São Paulo, 2005.

Com o proletariado cada vez mais insatisfeito com a igualdade meramente formal de uma revolução que resultou em colocar a burguesia na fatia do poder, mas que em nada resolveu a pobreza e a miséria de boa parte da população, a Constituição de 1848 vai concretizar “tanto os preceitos já legalizados nesse período, quanto expressará o receio cada vez maior da burguesia em fazer concessões que viessem a fortalecer o poder de intervenção dos trabalhadores”.⁷³

Resulta de tal fato “a pressão exercida por esses trabalhadores através das sublevações populares, dentre as quais a Primavera do Povo tornou-se a mais emblemática, será resolvida no âmbito restrito à esfera do político”, ou seja, são extintas as diferenças tão somente no âmbito político. Ocorre a consolidação da sociabilidade peculiar do capital. “Nessa Constituição aparecem, pela primeira vez, formalmente, os termos democracia e fraternidade, juntamente com o preceito que delimita o conceito de nação”, em seu preâmbulo afirmando que a República “francesa é democrática, una e indivisível, que tem por princípio a liberdade, igualdade e a fraternidade, tendo por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública”. Quanto à propriedade privada, além de repetir os artigos das constituições precedentes, passa a ser proibido o confisco de bens, como cláusula pétrea: “A confiscação dos bens não poderá jamais ser restabelecida”.⁷⁴

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ao dispor acerca do homem e do cidadão em contraposição a tudo que revelava o antigo regime, o fez apenas de forma abstrata, oscilatória, destinado tão somente a quem interessava – a categoria de pessoas beneficiadas no “novo regime” seria apenas os burgueses, especialmente os grandes e os industriais.

Com efeito, o Homem da Declaração era um ser abstrato, reconhecido com o fim de garantir os Direitos de Propriedade, de maneira que o cidadão era o detentor de tal direito. A revolução foi a base para a consolidação do capitalismo e o trabalhador deve ser mantido em tal situação, a fim de que possa manter os demais dentro do círculo de poder.

Foucault analisa a sociedade iluminista em *Vigiar e punir* e observa a incapacidade de exercício dos ideais que embasaram a modernidade, e a partir desta

⁷³ VIEIRA Vera Lúcia. As Constituições burguesas e seus limites contra-revolucionários. **Proj. História**, São Paulo, n. 30, p. 113, jun. 2005.

⁷⁴ VIEIRA Vera Lúcia. As Constituições burguesas e seus limites contra-revolucionários. **Proj. História**, São Paulo, n. 30, p. 113, jun. 2005.

constatação ele cunha a ideia de sociedade disciplinar, além de aduzir que o “indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação ‘ideológica’ da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a ‘disciplina’”⁷⁵.

Com efeito, sobre tal assunto “explica-se a estandardização do ensino e a criação das escolas normais no século XVIII; ou ainda a constituição de um corpo médico a fim de colocar em prática as normas gerais da saúde”. Por meio delas, há uma divisão da coletividade. “Mas até mesmo no interior destes corpos sociais homogêneos a norma continua a atuar. Ali ela estabelece graus de normalidade ao situar cada um no seu devido lugar”.⁷⁶

Foucault esclarece que a formação da sociedade disciplinar é oriunda de amplos processos históricos, econômicos, jurídicos-políticos, científicos, entre outros. Assinala originariamente uma das causas: a disciplina, é o lado sombrio da luta pelos direitos, é o oposto dos direitos reconhecidos pela Revolução Francesa. Assim dispõe:

Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. Diferentes da escravidão, pois não se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos; é até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes. Diferentes também da domesticidade, que é uma relação de dominação constante, global, maciça, não analítica, ilimitada e estabelecida sob a forma da vontade singular do patrão, seu ‘capricho’. Diferentes da vassalagem que é uma relação de submissão altamente codificada, mas longínqua e que se realiza menos sobre as operações do corpo que sobre os produtos do trabalho e as marcas rituais da obediência. Diferentes ainda do ascetismo e das ‘disciplinas’ de tipo monástico, que têm por função realizar renúncias mais do que aumentos de utilidade e que, se implicam em obediência a outrem, têm como fim principal um aumento do domínio de cada um sobre seu próprio corpo.⁷⁷

A sociedade disciplinar, conforme apontada no trecho anteriormente transcrito, diferencia dos outros tipos de processo disciplinar; em suas palavras, é a ocasião em

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38 ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 185.

⁷⁶ CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24. p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 164.

“que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil”, e contrariamente. Cria-se, destarte, uma política das repressões que são um infortúnio “sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe”, sua sujeição, seu controle, é total, molda comportamentos, pensamentos e ações, ao mesmo tempo que é reificado a serviço do capital.⁷⁸ Assim, Foucault elucida a finalidade da pena:

Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar as transgressões das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles.⁷⁹

Com efeito, a prisão celular, com todos seus elementos – a observação, as cronologias marcadas, o trabalho, as instâncias de vigilância –, induz o autor a questionar como isso se tornou tecnologia moderna da penalidade e continua: “devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?”⁸⁰

Há, portanto, uma promoção de direitos pela revolução francesa, dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, mas ao mesmo tempo, com a disciplina, há uma supressão de direitos pela mesma sociedade burguesa.

É por um lado a grande explosão demográfica do século XVIII: aumento da população flutuante (fixar é um dos primeiros objetivos da disciplina; é um processo de antinomadismo); mudança da escala quantitativa dos grupos que importa controlar ou manipular (do começo do século XVII às vésperas da Revolução Francesa, a população escolar se multiplicou, como sem dúvida a população hospitalizada; o exército em tempo de paz contava no fim do século

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 164.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 299.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 214.

XVIII mais de 200.000 homens). O outro aspecto da conjuntura é o crescimento do aparelho de produção, cada vez mais extenso e complexo, cada vez mais custoso também e cuja rentabilidade urge fazer crescer. O desenvolvimento dos modos disciplinares de proceder responde a esses dois processos ou antes sem dúvida à necessidade de ajustar sua correlação. Nem as formas residuais do poder feudal, nem as estruturas da monarquia administrativa, nem os mecanismos locais de controle, nem o emaranhado instável que formavam todos juntos podia desempenhar esse papel: impedia-os de fazê-lo a extensão lacunosa e sem regularidade de sua rede, seu funcionamento muitas vezes conflitante, mas principalmente o caráter 'dispendioso' do poder exercido.⁸¹

Os recursos para o bom adestramento, os métodos utilizados pela sociedade disciplinar, podem ser resumidos em dois: primeiro, há uma arquitetura, uma construção, necessária para moldar a sociedade, o espaço – das escolas, fábricas, presídios – em que é possível exercer o poder. O tempo é repetido, seriado, cronometrado, a rotina é o padrão, pelo qual cada um é controlado, “uma macro e uma microfísica do poder permitiram [...] a integração de uma dimensão temporal, unitária, cumulativa no exercício dos controles e na prática das dominações”⁸².

Segundo, é a construção de instituições que fabriquem indivíduos produtivos, a disciplina busca selecionar as forças e fazê-las mais úteis, “a vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”⁸³.

Assim, ocorre uma normalização da delinquência, pois para além de ser “economicamente lucrativa e politicamente útil para neutralizar as lutas sociais, também opera como justificativa para a atuação, recorrentemente excessiva, por parte dos aparelhos de controle e regulação estatais”⁸⁴, como ocorre no caso da colaboração premiada, que será tratada mais detidamente no último capítulo.

Com efeito, “a alternância entre estar dentro e fora da prisão, inerente à reincidência, é um fator não desprezível de produção da insegurança social, a qual,

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 246.

⁸² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 155.

⁸³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 169.

⁸⁴ CANDIOTTO, Cesar. Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

por sua vez, desperta na população a demanda pelo controle policial ostensivo”, e também para a elaboração legislativa mais rígida. “Frequentemente a população pensa que o policiamento e o encarceramento são mecanismos de combate à delinquência”, mas, na verdade, são uma tecnologia para produzir insegurança, valendo-se “da normalização e regulação da delinquência para gerir e pulverizar as manifestações políticas e sociais, mas também para legitimar de fato a atuação, muitas vezes ilegal, do estado e seus aparelhos repressivos”.⁸⁵

Há, portanto, uma característica neste poder disciplinar: a repressão não é cotidiana, o uso da força e da repressão é tido como um meio fraco de exercício de poder. Tais mecanismos são substituídos por um poder disperso, dissimulado em todos os lugares: o micropoder, que se dilui em todos os âmbitos do campo social.

Em *Microfísica do poder*, Foucault elucida o panóptico⁸⁶ explicitado em *Vigiar e punir* e esclarece que ele não foi confiscado pelos aparelhos de Estado, embora este tenha se apoiado nessa espécie de pequenos panóptismos regionais e dispersos. “De modo que, se quisermos apreender os mecanismos de poder em sua complexidade e detalhe, não poderemos nos ater unicamente à análise dos aparelhos

⁸⁵ CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁸⁶ Plano para uma casa de inspeção penitenciária: Antes de ver o plano, tenha, em palavras, uma ideia geral dele. O edifício é circular. Os apartamentos dos prisioneiros ocupam a circunferência. Você pode chamá-los, se quiser, de celas. Essas celas são separadas entre si e os prisioneiros, dessa forma, impedidos de qualquer comunicação entre eles, por partições, na forma de raios que saem da circunferência em direção ao centro, estendendo-se por tantos pés quantos forem necessários para se obter uma cela maior. O apartamento do inspetor ocupa o centro; você pode chamá-lo, se quiser, de alojamento do inspetor. Será conveniente, na maioria dos casos, se não em todos, ter-se uma área ou um espaço vazio em toda volta, entre esse centro e essa circunferência. Você pode chamá-lo, se quiser, de área intermediária ou anular. Cerca do equivalente da largura de uma cela será suficiente para uma passagem que vai do exterior do edifício ao alojamento. Cada cela tem, na circunferência que dá para o exterior, uma janela, suficientemente larga não apenas para iluminar a cela, mas para, através dela, permitir luz suficiente para a parte correspondente do alojamento. A circunferência interior da cela é formada por uma grade de ferro suficientemente fina para não subtrair qualquer parte da cela da visão do inspetor. Uma parte suficientemente grande dessa grade abre-se, na forma de uma porta, para admitir o prisioneiro em sua primeira entrada; e para permitir a entrada, a qualquer momento, do inspetor ou qualquer de seus assistentes. Para impedir que cada prisioneiro veja os outros, as partições devem se estender por alguns pés além da grade, até a área intermediária: eu chamo essas partes protetoras de partições prolongadas. Pensa-se que a luz, vindo dessa maneira através das celas e, assim, passando pela área intermediária, será suficiente para o alojamento do inspetor. Mas para esse propósito, ambas as janelas nas celas e aquelas que lhes correspondem no alojamento deverão ser tão largas quanto o permita a resistência do edifício e o que se possa considerar como uma necessária atenção à economia. As janelas do alojamento devem ter venezianas tão altas quanto possa alcançar os olhos dos prisioneiros – por quaisquer meios que possam utilizar – em suas celas. (Trecho da descrição do Panóptico). BENTHAM, Jeremy *et al.* **O panóptico**. Organização de Tomaz Tadeu. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 20-21.

de Estado”.⁸⁷ Para Foucault, a prisão é, além disso, “o lugar de um suplemento de poder que ele denomina de penitenciário. Se o judiciário priva legalmente o indivíduo de sua liberdade, o penitenciário o controla e o transforma de modo exemplar” como nenhuma outra instituição social é capaz de realizar. “No fundo, o sucesso do penitenciário se explica porque ele está enraizado na lógica mais profunda de nossas sociedades”.⁸⁸

A utilidade crucial deste modelo arquitetural é a relação ficta que ele ocasiona. “Para constranger o condenado à boa conduta, o louco à calma, o operário ao trabalho, o aluno à aplicação e o doente à observação das ordens, deixa de ser necessário o uso da violência”. É suficiente que estes indivíduos sejam postos em uma arquitetura cujas divisões sejam nítidas e as aberturas bem arrançadas. “A superfície de aplicação do poder se desloca então para aquele que é submetido a um campo de visibilidade. Ao imaginar estar sendo observado, o indivíduo interioriza as coerções incorporais do poder”: ele se torna o início de sua auto objetivação.⁸⁹

Tal compreensão fica mais clara a partir do momento em que se nota a disciplina como tecnologia política, partindo principalmente da propagação do panóptico como uma tecnologia de poder que propõe de forma geral a imposição de processos disciplinares. O policiamento, a divisão das cidades em quarteirões, nos quais se estabelece o poder de um intendente, uma rua sob a tutela de um síndico. “O olhar está alerta em toda parte: ‘um corpo de milícia considerável, comandado por bons oficiais e gente de bem’, corpos de guardas [...] a obediência do povo, e [...] a autoridade dos magistrados”.⁹⁰

A sociedade disciplinar é derivada, em síntese, desse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie de ‘quarentena’ social, até o mecanismo

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

⁸⁸ CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁸⁹ CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 186-187.

indefinidamente generalizável do ‘panoptismo’”⁹¹. Tratam-se de mecanismos que contribuem para a sociedade capitalista, a “genealogia da sociedade moderna, com a dominação da classe que a atravessa, a contrapartida política das normas jurídicas segundo as quais era retribuído o poder”⁹². É a partir desta perspectiva que o “contradireito”, nas palavras de Foucault, se torna conteúdo institucionalizado e efetivo das formas jurídicas.

A tese de Foucault “é de que nas sociedades modernas a norma tem alcance maior do que a lei. Ela prevalece como aspecto fundamental das relações de poder. Enquanto a lei é exterior ao indivíduo, ao operar unicamente” em razão da transgressão de um ato sopesado como proibido, a norma abrange o aglomerado da própria existência humana. A norma é rotineira no cotidiano, atinge a interioridade da existência “mediante distribuições espaciais e controles temporais das condutas. A lei é direta e teatral. A norma é difusa e indireta; ela funciona como padrão culturalmente construído a partir do qual uma multiplicidade de indivíduos” é dividida no interior deles, entre normais e anormais.⁹³

O resultado da sociedade disciplinar são os corpos dóceis, castrados, adestrados, submissos, ou seja, pacientes, resilientes, obedientes, úteis, produtivos. É por meio deste processo que o ser humano tem sua força política reduzida e a força produtiva maximizada, já que corpos dóceis não descumprem a ordem imposta. O local de punição como espetáculo é substituído pelo controle a manipulação da diversidade humana é realizada com condão de diminuí-la.

A disciplina, ao mesmo tempo que é garante dos direitos é o contradireito, a liberdade formal é o corpo adestrado, nas escolas, nas fábricas, no hospital, trata-se de uma disciplina que se prolonga no tempo e no corpo do indivíduo, “um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite, numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo

⁹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 210.

⁹³ CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

tempo um processo nunca encerrado”.⁹⁴ Essa dominação infinita transforma os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade em escravidão, desigualdade e indiferença.

Em *A Verdade e as formas jurídicas*⁹⁵, Foucault elucida o crime a partir da sociedade disciplinar: “O crime não é algo aparentado com o pecado e com a falta; é algo que danifica a sociedade; é um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda a sociedade”. Desta constatação decorre uma nova definição de criminoso, como sendo aquele que danifica e perturba a sociedade; é o inimigo social, aquele que rompeu o pacto do contrato social, que teoricamente pactuou.

No entanto, a transição da Idade Moderna para a Contemporânea proporcionou, também, uma transformação no arquétipo da sociedade. Esta sociedade, chamada por Foucault de disciplinar passa a ser identificada por Deleuze⁹⁶ como sociedade de controle. Trata-se de um estágio posterior da sociedade disciplinar, que não foi extinta, mas expandida para o campo social de produção.

Deleuze afirma que há uma crise generalizada de todas as formas de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família, reformas são anunciadas; “mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo” e por isso, as sociedades de controle estão substituindo as sociedades disciplinares. Destarte, “‘controle’ é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo. Virillo também analisa sem parar as formas ultra rápidas de controle ao ar livre”⁹⁷. São tais mecanismos os responsáveis por substituir as antigas disciplinas que operavam num sistema fechado. Cada qual, aduz o autor, tem como consequência o início de novas liberdades, mas novos mecanismos de controle, capazes de rivalizar “com os mais duros confinamentos. Não cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas”⁹⁸.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38 ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 213-214.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003. p. 94-95.

⁹⁶ DELEUZE, G. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988; DELEUZE, G. **Conversações**. Rio de Janeiro: 34, 1992; DELEUZE, G. **Crítica e clínica**. São Paulo: 34, 1997; DELEUZE, G. **Empirismo e subjetividade**: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. São Paulo: 34, 2001; DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226; DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia. Lisboa: Assírio & Alvim, 1966.

⁹⁷ DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219.

⁹⁸ DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219.

De acordo com Foucault, a disciplina é interiorizada e é possível ser exercida por três meios, a saber: o medo, o julgamento e a destruição; no entanto, os indivíduos sociais a partir da contemporaneidade são mais maleáveis que aqueles da modernidade, a passagem para a sociedade de controle abrange uma subjetividade controlada, não pelos mecanismos institucionais de disciplina, mas, sobretudo, pela invisibilidade mudanças que caminham e se desenvolvem através dos sistemas comunicacionais. Nas palavras do autor:

Enfim, a disciplina tem que fazer funcionar as relações de poder não acima, mas na própria trama da multiplicidade, da maneira mais discreta possível, articulada do melhor modo sobre as outras funções dessas multiplicidades, e também o menos dispendiosamente possível: atendem a isso instrumentos de poder anônimos e coextensivos à multiplicidade que regimentam, como a vigilância hierárquica, o registro contínuo, o julgamento e a classificação perpétuos. Em suma, substituir um poder que se manifesta pelo brilho dos que o exercem, por um poder que objetiva insidiosamente aqueles aos quais é aplicado; formar um saber a respeito destes, mais que patentear os sinais faustosos da soberania. Em uma palavra, as disciplinas são o conjunto das minúsculas invenções técnicas que permitiram fazer crescer a extensão útil das multiplicidades fazendo diminuir os inconvenientes do poder que, justamente para torná-las úteis, deve regê-las. Uma multiplicidade, seja uma oficina ou uma nação, um exército ou uma escola, atinge o limiar da disciplina quando a relação de uma para com a outra torna-se favorável.⁹⁹

Nas sociedades disciplinares o panóptico é o paradigma dominador, impõe a presença física do observador e no mesmo tempo dos vigiados. Trata-se de sociedades arquiteturais – a casa, o hospício, o presídio; já na sociedade de controle, é caracterizado pela ausência desta arquitetura, caminha-se para um mundo virtual; não se desaparece a sociedade disciplinar, mas há a abolição da ideia de confinamento como técnica primordial.

A produção de corpos dóceis – aqueles criados a partir de uma coletânea de saberes e de poder, fundamentados na vigilância constante e na submissão de exames, com o escopo de transformar tais pessoas em indivíduos produtivos potentes, por meio de instituições previamente estabelecidas e na maioria das vezes públicas, na sociedade de controle não há fronteira visível entre o público e o privado.

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 243.

Destarte, Deleuze elucida que “nas sociedades de disciplina não se parava de recomeçar [...] enquanto nas sociedades de controle nunca se termina nada, a empresa, a formação, o serviço sendo os estados metaestáveis e coexistentes” de uma própria modulação, espelhado como um deformador universal.¹⁰⁰

Na sociedade de controle inexistente a necessidade de estruturas físicas para a vigilância – o uso de câmeras, dispositivos de rastreamento via antenas de celular, informações de uso de cartão de crédito em estabelecimentos comerciais, localização do GPS no celular utilizado pela maioria dos indivíduos. O controle se dá a todo tempo e em qualquer local, ainda que ele não tenha estrutura física.

2.1.1 Da biopolítica em Foucault¹⁰¹

Na década de 1970, Foucault, observando as transformações que ocorreram na sociedade, passa a observar tais fenômenos. Assim, objeto de seus estudos é o poder, como ingrediente suficiente para elucidar como se determinam os saberes e como ocorre a conexão do ser humano, com o saber produzido pelo poder, ou seja, a relação entre ser-poder.

¹⁰⁰ Kafka, que já se instalava no cruzamento dos dois tipos de sociedade, descreveu em *O processo* as formas jurídicas mais temíveis: a quitação aparente das sociedades disciplinares (entre dois confinamentos), a moratória ilimitada das sociedades de controle (em variação contínua) são dois modos de vida jurídicos muito diferentes, e se nosso direito, ele mesmo em crise, hesita entre ambos, é porque saímos de um para entrar no outro. As sociedades disciplinares têm dois pólos: a assinatura que indica o indivíduo, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa. É que as disciplinas nunca viram incompatibilidade entre os dois, e é ao mesmo tempo que o poder é massificante e individuante, isto é, constitui num corpo único aqueles sobre os quais se exerce, e molda a individualidade de cada membro do corpo (Foucault via a origem desse duplo cuidado no poder pastoral do sacerdote - o rebanho e cada um dos animais - mas o poder civil, por sua vez, iria converter-se em "pastor" laico por outros meios). Nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 220.

¹⁰¹ A partir da teorização de Foucault sobre a biopolítica, é possível observá-la, inclusive como resistência ao poder econômico, no entanto, essa vertente não será adotada nesse trabalho, realizando-se a escolha conforme apresentada inicialmente por Foucault. Nesse sentido: “Foucault ancora a resistência em três pontos históricos: as contra-condutas que surgiram como pastorado cristão; a sublevação iraniana que depôs o Xá Reza Pahlevi e iniciou o duro regime islâmico e, a revolução francesa, a partir de sua leitura de Kant. A nosso artigo optou em analisar a resistência sob o marco da contra-conduta porque é durante a crise do pastorado que Foucault percebe a primeira revolta a um tipo de poder que se sustenta a partir da sujeição da subjetividade. Foucault viu nas contra-condutas “uma luta por uma nova subjetividade”⁶. Constituir a si mesmo de forma livre, recusando uma subjetivação que há séculos nos foi imposta, é, sob a ótica das contra-condutas, a condição necessária para a resistência”. PASCAL, Túlio. Foucault e a resistência: da biopolítica à estética da existência. **Filogenese**, Marília, v. 10, 2017. Disponível em: www.marilia.unesp.br/filogenese Acesso em: 10 ago. 2021.

Assim, biopolítica é o nome dado por Foucault para denominar a maneira como o poder se altera no final do século XIX e no começo do século XX; destarte, as tecnologias disciplinares, descritas no tópico anterior, tinham como escopo governar o indivíduo, agora o autor vê que é o corpo da coletividade que se busca controlar. A biopolítica, portanto, tem como desígnio a totalidade dos indivíduos, a população de um determinado local.

Por tal razão, a biopolítica pode ser compreendida como a prática de biopoderes, no qual o povo é, ao mesmo tempo, o objetivo e o instrumento do poder. As ferramentas que o governo utilizará para conseguir “esses fins [atendimento as necessidades e desejos da população] que são, de algum modo, imanentes ao campo da população, serão essencialmente a população sobre o qual ele age”.¹⁰²

Na obra *Naissance de la biopolitique* (Nascimento da biopolítica¹⁰³), Foucault narra a história do governo, mais precisamente da arte de governar. Assim, governo “no sentido estrito, mas ‘arte ‘também, ‘arte de governar’ no sentido estrito, pois por ‘arte de governar’ eu não entendia a maneira como efetivamente os governantes governaram”.¹⁰⁴ O que quer dizer o governo dos homens apenas na maneira que se dá no uso de soberania política.

Buscando no percorrer da história a maneira refletida de governar da melhor forma e “ao mesmo tempo a melhor maneira possível de governar”, Foucault tenta alcançar uma racionalidade do ato de governar, tanto em relação a si mesmo – a existência do Estado –, como no âmbito da prática de governar – pessoas, coisas, leis – com o escopo de melhor governar. Tal exame culminaria na teoria que explica biopolítica, que não é expressamente definida no curso.¹⁰⁵

O curso apresenta as condições de possibilidade da biopolítica, ou seja, o discursivo do liberalismo e, posteriormente, do neoliberalismo. Nas palavras de Foucault:

Parece-me, contudo, que a análise da biopolítica poderá ser feita quando se compreender o regime geral dessa razão governamental

¹⁰² FOUCAULT, Michael. A governamentalidade. In: FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2014. p. 278.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 4.

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 30.

de que lhes falo, esse regime geral que podemos chamar de questão de verdade – antes de mais nada da verdade econômica no interior da razão governamental –, e, por conseguinte, se se compreender bem o que está em causa nesse regime que é o liberalismo, o qual se opõe à razão de Estado, ou antes, [a] modifica fundamentalmente sem talvez questionar seus fundamentos. ¹⁰⁶

Assim, a “razão de Estado” está sob o mercantilismo, o liberalismo e o neoliberalismo, nos moldes em que foram cunhados, especialmente na Alemanha, na França e nos Estados Unidos. Foucault, no entanto, não quer localizar onde tal prática se originou, mas tem o objetivo de compreender o mundo atual, em que o capital é quem dita a norma, é quem diz o que tem preço e o que tem valor, o que é normal e o que é anormal.

Foucault esclarece que a nova razão governamental iniciada no século XVIII, o sistema da razão de um Estado mínimo – liberalismo econômico – significa uma limitação interna, mas de uma natureza diversa da do direito; trata-se de uma limitação jurídica, mas autolimitada pelo próprio governo. Não é de direito, porque quem dispõe sobre a limitação do Estado não é o direito, mas o mercado, a limitação apenas assume a roupagem jurídica. Assim, o problema que surge a partir do século XVIII é: “se há uma economia política, o que acontece com o direito público?”. Ou seja, como o direito vai ser articulado, se há regiões – como é o caso do mercado – em que ele não pode atuar, em razão da liberdade de mercado? ¹⁰⁷

De tais pressupostos Foucault explica seu conceito de governamentalidade, *in verbis*:

[...] conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por ‘governamentalidade’ entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de ‘governo’ sobre todos os outros- soberania, disciplina- e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo [e por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por ‘governamentalidade’ creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pela

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 30.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 53-54.

qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco 'governamentalizado'.¹⁰⁸

Esse Estado que governa de forma governamentalizada o faz baseado no interesse, cujo princípio “é um jogo complexo entre os interesses individuais e coletivos, a utilidade social e o benefício econômico, entre o equilíbrio de mercado e o regime do poder público é um jogo complexo entre direitos fundamentais” e liberdade/independência dos governados.¹⁰⁹

Do mesmo modo, a falsa, ilusória, divisão entre segurança e insegurança a existência “desde que Foucault entende as relações de poder em termos de governamentalidade. A partir desta chave analítica, ele novamente mostra que o Outro é constitutivo do Mesmo, que a permissividade da circulação da delinquência” está na genealogia da racionalização que existe em volta dos discursos acerca da paz social e da ordem pública, “que a produção da insegurança é constituinte do discurso em torno das estratégias securitárias”. Partindo desse pressuposto, Foucault rescinde “com a lógica dicotômica e binária segundo que a ordem seria a negação da desordem, a política o término da guerra, o direito a negação da violência”.¹¹⁰

[...] o dispositivo de segurança vai levar em consideração uma série de acontecimentos prováveis. Em segundo lugar, as reações do poder ante esse fenômeno vão ser inseridas num cálculo que é um cálculo de custo. Enfim, em terceiro lugar, em vez de instaurar uma divisão binária entre o permitido e o proibido, vai-se fixar de um lado uma média considerada ótima e, depois, estabelecer os limites do aceitável, além dos quais a coisa não deve ir. É portanto toda uma outra distribuição das coisas e dos mecanismos que assim se esboça.¹¹¹

Os interesses, o discurso dominante, é o mercado quem dita. Com efeito, “o princípio liberal de limitação das práticas estatais de governo não implicará em um menor controle sobre a sociedade, mas na elaboração de novas formas de sujeição”. Em

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 143-144.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 61.

¹¹⁰ CANDIOTTO, Cesar. Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24, p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹¹¹ FOUCAULT, M. **Segurança, território e população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 9.

consequência, a economia de mercado tomará paulatinamente a função de “agente organizador do poder político”, o que resulta, em especial, da transformação sofrida pelo mercado e que fará dele não apenas um local de troca, mas de concorrência”, a qual, para Foucault, não é um elemento natural, que proviria fatalmente do jogo entre indivíduos e suas condutas econômicas¹¹². Nas palavras de Foucault:

É o mercado que deve revelar algo como uma verdade: os preços, conformes aos mecanismos naturais e espontâneos, proporcionarão o parâmetro para avaliar se as práticas governamentais vigentes são corretas ou errôneas. E, de lugar de justiça (jurisdição), passou a ser lugar de verdade (verificação), ou seja, verificação-falsificação para a prática governamental.

Nesse contexto, surge um *Homo oeconomicus* que representava aquele que era intangível ao exercício do poder, sujeito ou objeto do *laissez-faire* que obedece a seu próprio interesse – e que somente obedecendo a seu próprio interesse consegue contribuir para o bem geral – e não deve ser tocado pela teoria do governo.¹¹³

Relembrando o fato de que a norma, em Foucault, sobrevém tanto em relação ao “corpo-orgânico dos indivíduos (objetivando-os e subjetivando-os) como sobre o corpo-espécie das populações (regulamentando suas condições de vida)”¹¹⁴. Com efeito, “os confrontos travados ao longo dos dois últimos séculos testemunham a favor de crueldades sem precedentes. Massacres e extermínios são complementares a um poder que busca aperfeiçoar processos vitais”. Se anteriormente as guerras tinham a finalidade de proteger a soberania, “na era do biopoder a morte de uns assegura a existência de todos. Essa forma de equivaler vida e morte, encontrada na base do biopoder, explica a emergência de fenômenos como o racismo de Estado”¹¹⁵.

É preciso explicar que o racismo de Estado praticado nas atuais sociedades “distingue-se do tradicional ódio entre indivíduos, consistindo em um modo de purificação da população através da eliminação de determinados grupos étnicos. Um

¹¹² FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹³ NATÉRCIA, Flávia. **Resenha de Naissance de la biopolitique**. [S. l.], 2005. Disponível em: <https://comciencia.br/dossies-1-72/resenhas/2005/07/resenha2.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹⁴ GADELHA, Sylvio. **Biopolítica, governamentalidade e educação**: introdução e conexões a partir de Michel Foucault. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p. 170.

¹¹⁵ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

poder exercido por estruturas administrativas e de governo”, que implica a ocorrência de um liame inerente entre a riqueza e o aniquilamento. Por aniquilamento, entende-se não somente a destruição física, mas igualmente “a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.’ [...] ‘a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal) é o que vai deixar a vida em geral mais sadia”¹¹⁶, melhor para a coletividade.

É nesse exato sentido que “regimes totalitários, como o stalinismo e o nazifascismo, teriam, de acordo com Foucault, apenas radicalizado mecanismos políticos já presentes nos Estados modernos”. As barbaridades praticadas por regimes ditatoriais, como os citados e até mesmo os que ocorreram na América Latina, comprovaram “em grande escala os elementos imanentes à própria racionalidade ocidental”.¹¹⁷

Em conferência pronunciada em Tóquio no ano de 1978, denominada *A filosofia analítica da política*, Foucault traça alguns itens da biopolítica: “a organização de grandes partidos políticos; o surgimento de aparatos policiais; os campos de trabalho e seus instrumentos de repressão; o controle disciplinar do tempo e dos espaços, visando adestrar os corpos humanos; entre outros”.¹¹⁸ Assim,

[...] pode-se dizer que o elemento que vai circular entre o disciplinar e o regulamentador, que vai se aplicar, da mesma forma, ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a ‘norma’. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo quanto a uma população que se quer regulamentar.¹¹⁹

¹¹⁶ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹⁷ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹⁸ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 302.

Foucault esclarece que “o poder não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo”¹²⁰. Por tal razão o biopoder institui normas por meio de um método oposto àquele inerente ao poder disciplinar, explicando: a normatização não é um conceito imaginário, ideal, como se fosse uma meta, mas aquilo que se tem como normal, que é corriqueiro e o faz para manter o poder.

Assim, é a preparação “desse problema população-riqueza (em seus diferentes aspectos concretos: fiscalidade, escassez alimentar, despovoamento, ociosidade-mendicância-vagabundagem) que constitui” uma das categorias que formam a economia política, que se desenvolve para regular a gestão entre recursos e quantidade de pessoas que habitam o planeta, e não pode mais passar “exaustivamente por um sistema regulamentar e coercitivo que tenderia a aumentar a população para aumentar os recursos”.¹²¹ Nesse sentido, o biopoder surge em uma sociedade de segurança e passa a garantir aquilo que é aceitável estatisticamente e economicamente.

O objetivo é o crescimento do capital de maneira ininterrupta e infinita; o normal, a norma, portanto, é maximizar o lucro com o menor de empenho, o máximo de governo – governamentalidade – com o mínimo de Estado – liberalismo, neoliberalismo –, o elevado controle com o ínfimo de gasto. Acima do Estado, do soberano, das pessoas, a economia. Assim, a “biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder”.¹²²

Na biopolítica os corpos – o corpo social, e não mais individual, como era na sociedade disciplinar – “serão adestrados segundo o modelo capitalista, o que permite afirmar que o biopoder contribui seguramente para o desenvolvimento do próprio capitalismo, pois a população se adéqua aos processos econômicos”¹²³.

Portanto, desde o início do século XIX, as relações que passaram a surgir impuseram a necessidade de incrementar os mecanismos de controle sociais, a sociedade disciplinar não era mais suficiente para realizar esse objetivo. Assim,

¹²⁰ FOUCAULT, M. **Segurança, território e população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 4.

¹²¹ FOUCAULT, M. **Segurança, território e população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 496.

¹²² FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 292.

¹²³ ARAÚJO, Joelson Silva. Biopolítica como controle sobre a vida e política de resistência. **PRACS**: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v. 12, n. 1, p. 145-152, jan./jun. 2019.

controlar os processos biológicos do povo – nascimento, doença, vida e morte –, mirando diminuir o máximo a contingência natural, uma forma de condição econômica e política para a concretização do *status quo*.

Foucault teoriza sobre o biopoder, eis que é o conceito por meio do qual “ele entenderá as práticas, surgidas no ocidente moderno, voltadas à gestão e regulação dos processos vitais humanos. O poder sobre a vida instala-se como modo de administrar populações, levando em conta sua realidade biológica fundamental”. É deste conhecimento, desta genealogia do saber que se constituiu na sociedade humana, “desde o século XVII, um contingente significativo de conhecimentos, leis e medidas políticas, visando ao controle de fenômenos como aglomeração urbana, epidemias, transformação dos espaços, organização liberal da economia”.¹²⁴

Assim, na biopolítica moderna, o governo, o Estado, é que determina sobre a vida, sua valorização ou desvalorização, ou seja, qual corpo – considerado o conjunto – é identificado como inimigo. Portanto, o governo global se aproxima como uma zona de indiferenciação, na qual o cuidado com a conservação, ou não, da vida iguala-se à luta contra o inimigo.¹²⁵

Agambem, assim como Foucault, coliga a afinidade da política com a vida, fundamentando sobre essa característica inerentemente política da vida nua:

[...] À vida nua e aos seus *avatares* no moderno (a vida biológica, a sexualidade, etc.) é inerente uma opacidade que é impossível esclarecer sem que se tome consciência de seu caráter político; inversamente, a política moderna, uma vez que entrou em íntima simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que nos parece ainda caracterizar o edifício jurídico-político da política clássica.¹²⁶

Na escolha do referencial teórico para discutir sobre biopolítica foi Foucault, apesar disso, é importante identificar a diferença entre este e Agambem. Pelbart explica que a sutil divergência de Agambem em relação a Foucault é que, para Agambem, “o biopoder contemporâneo já não se incumbe de fazer viver, nem de fazer morrer, mas de fazer sobreviver. Ele não investe a vida, nem a morte, mas cria e gere

¹²⁴ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

¹²⁵ PELBART, Peter Pál. **Vida capital**. Ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011. p. 63-64.

¹²⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 126.

sobreviventes. E produz a sobrevida”.¹²⁷ Assim, em um contexto de liberalismo e de busca pela maximização do capital, o poder impõe o sobreviver, “produz um estado de sobrevida biológica, reduz o homem a essa dimensão residual, não humana, vida vegetativa, que o ‘muçulmano’ do campo, por um lado, o neomorto das salas de terapia intensiva, por outro”, atuam em extremidades assimétricas, mas complementares.¹²⁸

Uma outra forma de controle sobre a vida e a morte é a necropolítica. Destarte, a atual forma de governabilidade é divergente da do comando (*commandement*)¹²⁹ colonial. Deste modo, as metodologias de policiamento “e disciplina, além da escolha entre obediência e simulação que caracterizou o potentado colonial e pós-colonial, estão gradualmente sendo substituídas por uma alternativa mais trágica, dado o seu extremismo”. É certo, pois, que técnicas de destruição são mais evidentes, “mais anatômicas e sensoriais, dentro de um contexto no qual a escolha se dá entre a vida e a morte”. Se o poder, de certa forma, é dependente de um controle rigoroso “sobre os corpos (ou de sua concentração em campos), as novas tecnologias de destruição estão menos preocupadas com a inscrição de corpos em aparatos disciplinares do que em inscrevê-los,” no momento conveniente, na categoria da economia máxima, atualmente concebida pelo “massacre”.¹³⁰

Por outro lado, a proliferação da insegurança enraizou a diferenciação social entre os que possuem armas e os que não as têm. Mais comumente, em dias atuais, “a guerra não ocorre entre exércitos de dois Estados soberanos. Ela é travada por grupos armados que agem por trás da máscara do Estado contra os grupos armados que não têm Estado”, mas exercem o controle em territórios bastante distintos. Ambos têm como seus fundamentais desígnios as populações civis que não possuem armas, ou as organizadas como milícias. “Em casos nos quais dissidentes armados não tomaram completamente o poder do Estado, eles produzem partições territoriais, alcançando o controle sobre regiões inteiras pelo modelo feudal”.¹³¹

¹²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Ce qui reste d’Auschwitz**, Paris: Payot&Rivages, 1999. p. 205.

¹²⁸ PELBART, Peter Pál. **Vida e morte em contexto de dominação biopolítica**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/pelbartdominacaobiopolitica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

¹²⁹ Acerca do conceito de *commandement*, ver MBEMBE, Achille. **On the postcolony**. Berkeley: University of California Press, 2001.

¹³⁰ MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. p. 39-40. E-book.

¹³¹ MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. p. 39-40. E-book.

Para Mbembe¹³², portanto, a necropolítica é um contínuo estado e exceção, se antes, ficava muito claro com os campos de concentração do nazismo, atualmente, a necropolítica, como conceito decorrente da biopolítica que é, se dá pelas escolhas das políticas acerca de quais grupos podem deter o poder sobre a vida e a morte. O Estado não é o agente imediato, mas mediato de um contínuo Estado de Exceção.

Assim sendo, a biopolítica¹³³ se estabeleceu a partir de estruturas que se difundem no cotidiano das pessoas, sutilmente, mas extremamente eficazes, de tal maneira que os processos vitais passaram a ser considerados coisa pública – algo que fica muito claro, sem entrar no mérito, com a atual pandemia causada pelo coronavírus. De um lado, tais escolhas do poder ampliam de maneira importante o tempo de vida de parte da população mundial, por outro elas concretizam um comando severo sobre os indivíduos. “É uma maneira de [...] coletivizar, mas no modo da quantificação, do racional e do identificável, de coletivizar os fenômenos, de integrar no interior de um campo coletivo os fenômenos individuais”.¹³⁴

2.2 Sociedade de controle e os instrumentos de poder

Na sociedade de controle inexistente a necessidade de estruturas físicas para a vigilância – o uso de câmeras, dispositivos de rastreamento via antenas de celular, informações de uso de cartão de crédito em estabelecimentos comerciais, localização

¹³² MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. p. 39-40. E-book.

¹³³ É possível citar inúmeras formas atuais de biopolítica, elas vão desde escolhas políticas em uma pandemia, a exemplo do atual coronavírus, até o padrão imposto pelas redes sociais de um corpo perfeito. Interessante as lições de Pal Pelbart: “O fato é que nós abraçamos voluntariamente essa tirania da corporeidade perfeita, em nome de um gozo sensorial, cuja imediatividade torna ainda mais surpreendente o seu custo em sofrimento. A bioascese é um cuidado de si, mas diferentemente dos antigos, cujo cuidado de si visava a bela vida, e que Foucault até chamava de estética da existência, o nosso cuidado de si visa o corpo, sua longevidade. Eu não hesitaria em chamar a isso tudo, nas condições moduláveis da coerção contemporânea, de um corpo fascista. Ou seja, diante de um modelo inalcançável de perfeição, que nem sequer as celebridades conseguem sustentar, diante deste modelo que paira sobre todos nós como uma obrigatoriedade, boa parcela da população é lançada numa condição de inferioridade sub-humana. Estamos todos aquém deste modelo. Que além do mais, o corpo tenha se tornado também um pacote de informações, um reservatório genético, isso tudo só vem reforçar e fortalecer os riscos de eugenia. Estamos às voltas, em todo caso, com o registro de uma vida biologizada, reduzidos ao mero corpo, do corpo excitável ao corpo manipulável, do corpo espetáculo ao corpo auto-modulável: é o domínio da vida nua. Continuamos na esfera da sobrevivência, da produção maciça de sobreviventes, no sentido amplo do termo, mesmo que os sobreviventes sejam de classe média ou alta, ou no extremo luxo do consumo”. PELBART, Peter Pál. Biopolítica. **Revista Sala Preta**, São Paulo, n. 7, p. 57-65, 2007.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 79.

do GPS no celular utilizado pela maioria dos indivíduos. O controle se dá a todo tempo e em qualquer local, ainda que ele não tenha estrutura física.

O axioma da sociedade disciplinar, no panóptico, é a disciplina do indivíduo pela modelação própria do comportamento, tendo em vista o fato de ser vigiado. Todavia, tal pressuposto foi transformado a partir do momento em que o controle se dá por dispositivos e dados, sem a necessidade da presença de um indivíduo investido em autoridade e detentor de poder e saber. Há, pois, uma amplificação da sociedade disciplinar.

Com efeito, “não há necessidade de ficção científica para se conceber um mecanismo de controle que dê, a cada instante, a posição de um elemento em espaço aberto, animal numa reserva, homem numa empresa (coleira eletrônica)”¹³⁵. Atualmente, tal hipótese se tornou extremamente real, de maneira que há até questionamentos sobre o uso de dados constantes em equipamentos chamados de assistentes virtuais – como a Alexa da Amazon – como provas em processo penal.¹³⁶

Apesar de tal transição de sociedade disciplinar para a sociedade de controle ter sido escrita por Deleuze, ele o fez de maneira muito incipiente, já que o texto que a descreve contém cinco páginas, razão pela qual utiliza-se de outros autores para clarear a ideia.

Neste sentido, “a sociedade de controle é definida como aquela que assiste à intensificação e à extensão dos dispositivos de poder da sociedade disciplinar”. A partir desta concepção, é cada vez mais imperceptível “a distinção entre o dentro e o fora de seu campo de ação”. Esta reordenação ocasiona mudanças nos modos de “subjativação contemporâneos, se comparados àqueles favorecidos pela sociedade disciplinar”¹³⁷.

Com efeito, se inicialmente a disciplina assinalava o tempo caracterizado no relógio, o controle concebe que o tempo cronológico não é útil. Trata-se, segundo tal compreensão, de algo pouco produtivo. O pensamento passa a ser analisado para

¹³⁵ DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 222.

¹³⁶ ASSISTENTE virtual Alexa vira testemunha em caso de homicídio nos EUA. **O Globo**, São Paulo, 04 nov. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/assistente-virtual-alexa-vira-testemunha-em-caso-de-homicidio-nos-eua-24060465>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹³⁷ SALZTRAGER, Ricardo. O sujeito entre a disciplina e o controle: sobre as instituições de confinamento e os fenômenos de massa. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 1131-1160, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2021.

qual o melhor momento, ou seja, em qual ocasião é possível retirar, aproveitar de melhor forma a cada tipo de corpo. Assim, para cada constituição corpórea e sua utilidade, uma medida. Com efeito, a produção não mais ocorre em turnos bem delimitados e definidos, mas a todo momento e em qualquer espaço.¹³⁸ Tal compreensão é bem evidente ao analisar os aplicativos de mensagens instantâneas e os *home offices*, que se popularizaram com o advento da pandemia causada pelo coronavírus.

O núcleo fundante da sociedade de controle é demarcado como a modulação deleuziana, que possui o significado de “ocupar espaço nos cérebros à distância”¹³⁹. A modulação deleuziana possui duas técnicas claras, quais sejam: a manipulação midiática e modulação algorítmica, e a distinção existente entre ambas é:

Enquanto a manipulação exige que um ser exerça o manejo de uma ação planejada para direcionar um conteúdo de mídia broadcast, a modulação algorítmica usa as mais avançadas técnicas de inteligência artificial para induzir a comportamentos dos usuários das tecnologias de informação e comunicação. Por ter acesso a uma enorme quantidade de dados pessoais de cada indivíduo e gerida por códigos computacionais, a modulação algorítmica atua de maneira personalizada, prevendo gostos e preferências de cada um.¹⁴⁰

Destarte é possível conceber diferenças entre a sociedade disciplinar e a de controle. A primeira diferença, explica Salztrager, é o possível silenciamento da resistência dos indivíduos, pois na sociedade disciplinar haviam espaços que escapavam à tentativa globalizante e totalizante de disciplina. Este espaço fora era o local de desvios e resistência, “assim, se na sociedade de controle é justamente a resistência e a revolta que tendem ao silêncio, toda a gama da riqueza das diferenças individuais tende a cair por terra, promovendo certa uniformização entre os sujeitos”¹⁴¹.

¹³⁸ LAURO, R. Deleuze: **Sociedade de controle**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2017/06/11/deleuze-sociedade-de-controle/>. Acesso em: 04 jul. 2021.

¹³⁹ SOUZA, J.; AVELINO, R.; SILVEIRA, S. A. (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Herdra, 2018.

¹⁴⁰ SOUZA, J.; AVELINO, R.; SILVEIRA, S. A. (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Herdra, 2018. p. 28

¹⁴¹ SALZTRAGER, Ricardo. O sujeito entre a disciplina e o controle: sobre as instituições de confinamento e os fenômenos de massa. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 1131-1160, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300010 &lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2021.

Destas percepções de usar micropoderes para disciplinar e controlar os sujeitos, uniformizando-os e reduzindo os espaços de luta e questionamentos, desenvolve-se concomitantemente aquilo que Debord nomeia de sociedade do espetáculo: “O espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação”, sendo parte, o espetáculo reúne todo o olhar e toda a consciência; sendo algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da dissimulada consciência; “a unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada. O espetáculo não é um conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens”.¹⁴²

A exibição de uma guerra, de um fato cotidiano, ou de um – dos milhares – de *realities shows* – especialmente o Big Brother, inspirado no livro *1984* de George Orwell¹⁴³, no qual apresenta uma distopia em que o governo controla todos os cidadãos por meio de câmeras – a apresentação distópica deu lugar à glamorização dos programas televisivos e que, hoje, são transmitidos via internet.

O controle passou a ser exercido, segundo é possível observar, por meio do espetáculo da comunicação de massa, apresentando-se por meio de um infindável movimento de imagens e conteúdos simbólicos.

A exposição da intimidade passa a ser regida pelos valores mercadológicos, não só neste tipo de programa televisivo, mas também com a massificação das redes sociais, aplicativos de mensagens via celular e, portanto, as subjetividades produzidas passam a ser controladas pelos mecanismos dispersos em todos os tipos de ambiente e pela espetacularização da vida.

É necessário, contudo, que todas estas modificações nas formas de compreensão do controle e da disciplina, da sociedade do espetáculo, devem ser observadas dentro do tempo histórico¹⁴⁴ no qual se inserem. Assim é que é preciso compreender que todos os conceitos decorrentes da modernidade e utilizados como paradigma na Idade Contemporânea têm se esvaído naquilo que se chama de

¹⁴² DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 14.

¹⁴³ ORWELL, George. **1984**. São Paulo: IBEP, 2003.

¹⁴⁴ Aqui, utiliza-se o conceito de história efetual de Gadamer: “Não é só a tradição e a ordem de vida natural que formam a unidade do mundo em que vivemos como homens; o modo como nos experimentamos uns aos outros e como experimentamos as tradições históricas e as construções naturais de nossas experiências e do nosso mundo formam um autêntico universo hermenêutico com respeito ao qual nós não estamos encerrados entre barreiras insuperáveis senão abertos a ele”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 26.

momento de transição ou pós-modernidade. No mundo pós-moderno, a dialética – tão evidente com a racionalidade da idade moderna – “entre dentro e fora, entre ordem civil e ordem natural chegou ao fim”¹⁴⁵.

Não há mais fora. A passagem da sociedade disciplinar à sociedade de controle se caracteriza, inicialmente, pelo desmoronamento dos muros que definiam as instituições. Haverá, portanto, cada vez menos distinções entre o dentro e o fora. Trata-se efetivamente, de um elemento de mudança geral na maneira pela qual o poder marca o espaço, na passagem da modernidade à pós-modernidade. [...] a crise contemporânea das instituições significa que os espaços fechados que definiam o espaço limitado das instituições deixaram de existir; de maneira que a lógica que funcionava outrora principalmente no interior dos muros institucionais se estende, hoje, a todo campo social.¹⁴⁶

Nesse sentido, Bauman¹⁴⁷ elucida que o início da Era Moderna culminou com a consagração da ordem, da disciplina, como uma ambicionável concretização de um mundo estável, confiável, coerente, límpido, estabilizado, por fim, imaculado. Daí o positivismo científico, a categorização dos aspectos da vida – a frase na bandeira brasileira “ordem e progresso”, um perfeito mundo, no qual as ações podem ser controladas, previstas e planejadas.

A pós-modernidade também privatiza de maneira veemente o espaço público, a praça, os encontros públicos, os parques sucumbem aos lugares fechados dos shopping centers, das comunidades fechadas, de tal forma que a arquitetura e o projeto dos centros urbanos também restringem o acesso e as práticas interativas sociais, de forma a restringir encontros casuais entre públicos diversos, instituindo, de tal forma, interiores privados, reservados, ou seja, espaços isolados¹⁴⁸, de sorte – ou azar – que o controle também se torna mais eficaz.

Tal arquitetura decorrente de escolhas governamentais, relatam Hardt e Negri, no mundo pós-moderno, impede a compreensão da organização social na dialeticidade que havia entre os espaços públicos e privados, ou entre o dentro e o fora, eis que o lugar designado à política liberal moderna submergiu, cedendo lugar

¹⁴⁵ HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. *In*: ALLIEZ, Éric. **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 359.

¹⁴⁶ HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. *In*: ALLIEZ, Éric. **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 359.

¹⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

¹⁴⁸ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

para uma sociedade pós-moderna e imperial profundamente assinalada por um déficit do político na vida social.¹⁴⁹

A pós-modernidade se caracteriza, portanto, de uma descontinuação não automática e linear, mas um processo paulatino, que avança. Toda a ordem pregada pela modernidade se torna o que Bauman chama de nova desordem do mundo, em decorrência do aumento das forças mercadológicas, que estão em movimento, em razão da necessidade de produzir consumo. Sendo as forças do mercado as responsáveis por determinar a ordem social, ela se apresenta como irregular, desordenada, caracterizada por incerteza e desconfiança.

Tal desordem, enfatizada também pela sociedade do espetáculo – que é um produto, consumível, portanto – tem reflexos diretos no direito como sistema e no direito processual penal, apresentando um contradireito em diversas formas de atuação estatal, dentre elas a do instituto de colaboração premiada.

O panóptico como técnica de disciplina e de controle de corpos, como descrito por Foucault em *Vigiar e punir*¹⁵⁰, passa a ser utilizado como técnica de poder, de limitação e até mesmo restrição da liberdade e dando suporte a formas jurídicas que se caracterizam como contradireito, funcionando com finalidade pragmática de uma justificação de garantia da segurança e ordem social. As técnicas vão se aperfeiçoando com o advento da sociedade informacional e a configuração de diagramas conforme os estratos sociais:

Nossas sociedades disciplinares passam por categorias de poder (ações sobre ações) que podem ser definidas assim: impor uma tarefa qualquer ou produzir um efeito útil, controlar uma população qualquer ou gerir a vida. Mas as antigas sociedades de soberania se definiam por outras categorias igualmente diagramáticas: confiscar (ação de se apropriar de ações ou produtos, força de confiscar forças) e decidir a morte ('causar a morte ou deixar viver', o que é bem diferente de gerir a vida).¹⁵¹

Continuando as percepções sobre as mudanças de diagrama e as influências no direito, com o advento das mídias sociais e de novas percepções da intimidade e da vida social, Debord afirma que o espetáculo “recobre toda a superfície do

¹⁴⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

¹⁵¹ DELEUZE, G. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 81.

mundo”.¹⁵² O espetáculo não reflete mais somente os megaeventos, mas passa a ter uma característica ontológica da existência humana, na qual o possuir e o demonstrar, aparecer, por meio inclusive das tecnologias, trata-se de um poder espetacular.

Farhi Neto, analisando a relação entre Foucault e Debord, expõe que o poder estatal “só pode se tornar efetivo quando apoiado sobre uma microfísica do poder”. A partir de Foucault, o autor contrapõe-se à maneira pela qual a tradição jurídico-filosófica idealiza a política e o Estado. Já em Debord, há uma “crítica do espetáculo enquanto economia política do capitalismo”; por fim, sintetiza que “o espetáculo, tal como Debord o descreve, não desconhece a disciplina. Na sua eficácia, o espetáculo se vincula a uma infraestrutura produtiva disciplinada [...] é uma produção disciplinar e é instrumento da disciplina”¹⁵³.

Deleuze explica que o diagrama disciplinar, conforme elucidado por Foucault, deixou de ser eficiente na gestão das multiplicidades, “portanto, é o fim dos meios disciplinares, que eram meios de encerro para multiplicidades aritméticas. Faltam meios de controle abertos sobre multiplicidades probabilísticas”¹⁵⁴. Esta afirmação é realizada a partir de várias evidências que demonstram a “ineficácia das instituições sociais em relação às suas tarefas. Exemplifica que a prisão não é mais adaptável ao castigo, a fábrica ao trabalho e a escola ao ensino”.¹⁵⁵

É de se mencionar a ciência autodenominada “da comunicação e do controle”, isso já na década de 1940 e até o início da década de 1950; “a cibernética formou a base para uma teoria da informação aplicável tanto aos organismos vivos e às máquinas quanto à organização social. Os seus progressos e princípios, além de suas intuições, irrigaram posteriormente” inúmeros programas de pesquisa científica, exercendo uma relevante influência cultural.¹⁵⁶

O diagrama de controle descrito por Deleuze concebe o pensamento pós-moderno, “a mutação das máquinas técnicas, a mutação das formas jurídicas na

¹⁵² DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.

¹⁵³ FARHI NETO, L. Disciplina ou espetáculo? uma resposta pela biopolítica. **Revista Aulas**. Dossiê Foucault, Campinas, n. 3, dez. 2006/mar. 2007.

¹⁵⁴ DELEUZE, G. **El poder**: curso sobre Foucault. (1986). Buenos Aires: Cactus, 2014. p. 368.

¹⁵⁵ HUR, Domenico Uhng. Deleuze e a constituição do diagrama de controle. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 173-179, ago. 2018.

¹⁵⁶ LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdades e controle**: uma genealogia política da internet; tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 28.

história da filosofia e o recurso à literatura *beatnik*¹⁵⁷ norte-americana”¹⁵⁸.

Partindo das diversas bifurcações é provável “identificar uma narrativa coerente sobre a produção de conhecimentos, assim como a posição do indivíduo nos sistemas teorizados como sendo autorregulados, autogovernados ou “auto-organizados”,¹⁵⁹ do qual decorreram a cibernética. Apesar de o termo ter saído de uso, é importante lembrar sua origem, conforme o narrado no parágrafo anterior, pois daí decorreram preceitos que embasaram a sociedade de controle.

O resultado “do desenvolvimento de tais tecnologias é a (re)produção de subjetividades, pelas novas necessidades, relações sociais, corpos e mentes que constroem, em um movimento que vem sendo denominado de pós-humanização”¹⁶⁰.

Há uma relação propiciada especialmente pela internet, pela cibernética, que mais comumente se chama de sociedade em rede. Esta permite um acesso de

¹⁵⁷ “Com a publicação dos trabalhos mais importantes dos escritores beats, no final da década de 1950, e o enorme espaço que o tema ganhou na mídia, diversos jovens encontraram nesta literatura e no way of life que ela propunha, um conjunto de valores e sociabilidades satisfatórios para segui-los. Enclaves de boêmia beat se formaram, então, a partir desses jovens, em bairros tradicionalmente boêmios como o Greenwich Village, em Nova York e o North Beach, em São Francisco. Tratava-se, pois, da “Korean postwar youth” que acordou cool e beat, recuperando os termos de Jack Kerouac. Mel Van Elteren, sociólogo, sustenta que o grupo era formado por jovens entre 18 e 28 anos, ainda que os beats originais, tais como Burroughs e Kerouac já passavam dos 30. Rejeitavam o American Way of life, ao rejeitarem o consumismo, o materialismo e o viver com uma família tradicional. Ao contrário, pregavam valores espirituais, a pobreza material, enriquecimento intelectual, sexo livre, o uso de drogas, e a aproximação com setores marginalizados da sociedade americana. Sobretudo, a aproximação com o jazz da cultura negra, a folk music, mas também com as prostitutas, e os “vagabundos”. Van Elteren problematiza a formação desses enclaves de rebeldia e de boêmia. Ao trabalhar com o conceito de subcultura, o sociólogo holandês mostra que esses espaços ao mesmo tempo em que são construídos com valores e comportamentos genuínos dos jovens, ao serem transformados em notícias nacionais, coberta pelos periódicos de grande circulação e nos programas de TVs, sofrem a interferência desta grande mídia na produção de suas próprias representações e imagens. Disso resulta o beatnik, e seu estereótipo: rapaz jovem com aspecto mal-tratado, que nunca toma banho; usando roupas velhas, boinas, óculos escuros, sempre de barba e sandálias continha ainda um ar de superioridade intelectual e parecia nunca trabalhar. Sempre em coffee houses, falava por meio de seu jargão, o “hip talk”. Assim, o beatnik seria o seguidor jovem da filosofia de vida beat mas incorporando muito do que como a mídia o representava. De tal forma que, segundo Artur Maynard, a subcultura beatnik “Sempre foi o equivalente cultural daquela velha ficção científica com o ciborgue – parte humano, parte máquina, e ninguém, muito menos a própria criatura, sabe dizer onde o organismo termina e a contracepção começa”. ALMEIDA, Marcos Abreu Leitão de. **Uma Geração em debate: Beats ou Beatniks?** [S. l.], 3 set. 2013. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/mydownloads_01/singlefile.php?cid=42&lid=5535. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁵⁸ HUR, Domenico Uhng. Deleuze e a constituição do diagrama de controle. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 173-179, ago. 2018.

¹⁵⁹ LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet.** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018. p. 28.

¹⁶⁰ BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova.** Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

“comandos muito mais ágil dos comandos se comparada com os suportes rígidos e fixos dos sistemas de comunicação/transporte anteriores. Tais suportes são, igualmente, canais de veiculação do biopoder/controlado social”.¹⁶¹

Braga exemplifica quais seriam os instrumentos¹⁶² de biopoder e controle social propiciados pela sociedade do controle, senão veja: a) A vigilância por satélites; b) A engenharia genética; c) O ciberespaço¹⁶³; tais instrumentos permitem que o Estado – o governo – a serviço do mercado possa controlar o corpo social,¹⁶⁴ destruindo inclusive a atuação política, como já mencionado anteriormente, exemplificando o que ocorreu nas eleições norte-americanas, em que Trump foi eleito, e na brasileira de

¹⁶¹ BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁶² “Encontro-me num aeroporto qualquer, em qualquer parte do globo, esperando meu voo a qualquer lugar. Coloco minha bagagem numa esteira rolante; imediatamente ela é bombardeada por um feixe de raios-X, que vasculha o seu conteúdo em busca de substâncias ou instrumentos ilegais. Eu próprio devo me encaminhar até uma simulação de porta ou coisa parecida, onde outro dispositivo examina meu corpo e o interior de minhas roupas. Não tendo sido detectado nada suspeito, recebo do olho mecânico o go-ahead que me permite retomar a bagagem e prosseguir minha jornada em direção à sala de espera. Sento-me numa poltrona e, enquanto observo o movimento, noto que há uma câmera, discretamente colocada num canto qualquer da sala, apontada para a minha direção, vasculhando todas as minhas ações. Aliás, não há só uma; são várias, espalhadas estrategicamente por todo o saguão, de modo a não deixar um único espaço livre do escrutínio desse olhar anônimo e onividente. Então me dou conta de que todas essas câmeras já estavam me seguindo desde que desci do táxi à entrada do aeroporto, acompanhando-me ao bar quando pedi um café e quando parei numa banca para comprar um jornal.” MACHADO, Arlindo. **Máquina e imaginário: o desafio das poéticas tecnológicas**. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996. p. 40.

¹⁶³ “Brian Murphy (2004, p. 1) afirma que, para o americano comum, “el actual hegemónico ‘ciberespacio’ emergio de la privatización de facto de la Internet y su incorporación en las comunicaciones por computadora del comercio/corporativo” em 1993, com a privatização da tecnologia gestada no âmbito da Fundação Nacional da Ciência (NSF). Esse autor afiança que, desde 1978, nos Estados Unidos, “hubo cuatro diseños del circuito ciberespacial: estado/universidad (la internet y sus precursores), comercial/corporativo, movimientos sociales/popular tecnologista; empresario. Cada uno representaba una ‘cibercultura’ diferente”, mas “las historias de las formas mediáticas han sido, a menudo, escritas por ‘los vencedores’ como narraciones lineales acerca de la emergencia forma hegemónica inevitable y ‘atemporal’”. A Internet constitui o substrato da sociedade em rede, que cria uma nova espacialização, expressa nas cidades informacionais, cujas “redes eletrônicas livres das restrições de tempo e de espaço interagem e influenciam a dinâmica tangível da vida urbana”. E determinam, segundo Regina Célia Santos (2000, p. 1), “a possibilidade de monitoramento e controle de todos os espaços, de todos os fluxos”. BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹⁶⁴ BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

2018, na qual as redes sociais, impregnadas de informações falsas,¹⁶⁵ decidiram os resultados das eleições.

A biopolítica, portanto, “cria novas armas que podem eclodir as diferenças. Os usos das novas tecnologias são, ainda, objeto de disputa no que tange à arquitetura mundial das redes e à sua regulação”, mas é certo que possui condão de “corroborar para a manutenção do *status quo*, produzindo as subjetividades que lhe são adequadas, ou podem, se incorporadas de maneira crítica e criativa, abrir espaços para o novo, o extramuros do controle”¹⁶⁶, apesar de imensa dificuldade prática.

2.3 Sociedade do espetáculo e seus reflexos no direito penal

A *Sociedade do espetáculo*, obra escrita por Debord, foi publicada pela primeira vez no editorial Buhet-Chastel de Paris em 1967. Em introdução escrita por Jappe, existe um lembrete a que tipo de espetáculo Debord se refere: o “integrado”. “Sob a máscara da democracia, este remodelou totalmente a sociedade segundo a própria imagem, pretendendo que nenhuma alternativa seja sequer concebível”. Em nenhum tempo o poder se apresentou de maneira mais perfeita, “pois consegue falsificar tudo, desde a cerveja, o pensamento e até os próprios revolucionários. Ninguém pode verificar nada pessoalmente [...] temos de confiar em imagens, e, como se não

¹⁶⁵ Debord demonstra que tais práticas não são recentes, embora atualmente elas tenham um poder devassador tendo em vista a velocidade das redes sociais: “A esta espécie de falsa crítica contra-jornalística, pode juntar-se a prática organizada do rumor, do qual se sabe ser originariamente uma espécie de resgate selvagem da informação espetacular, pois, toda a gente pressente nele, pelo menos vagamente, um carácter enganador, e daí a pouca confiança que merece. O rumor foi na sua origem supersticioso, ingénuo, autointoxicado. Mas, mais recentemente, a vigilância começou a colocar na população gente susceptível de lançar, ao primeiro sinal, os rumores que poderão convir-lhe. Aqui, decidiu-se aplicar na prática as observações de uma teoria formulada há perto de trinta anos, e cuja origem se encontrava na sociologia americana da publicidade: a teoria dos indivíduos a quem se pôde chamar de «locomotivas», isto é, que outros a sua volta vão ser levados a seguir e imitar, mas passando desta vez do espontâneo ao preparado. Presentemente também se libertaram os meios orçamentais ou extra-orçamentais para sustentar muitos supletivos, ao lado dos anteriores especialistas, universitários e mediáticos, sociólogos ou polícias, do passado recente. Acreditar que se aplicam ainda mecanicamente alguns modelos conhecidos do passado é tão enganador como a ignorância geral do passado. «Roma já não é Roma» e a Máfia já não é a ralé. E os serviços de vigilância e desinformação parecem-se cada vez menos com o trabalho dos policias e informadores de outrora — por exemplo, aos bófiás e bufos do Segundo Império — assim como os serviços especiais atuais, em todos os países, se parecem pouco com as atividades dos oficiais da Segunda Divisão do Estado-maior do Exército em 1914.” DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967. p. 132.

¹⁶⁶ BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

bastasse, imagens que outros escolheram”. Assim, os donos da sociedade, para eles, “o espetáculo integrado é muito mais conveniente do que os velhos totalitarismos”.¹⁶⁷

Debord inicia seu livro afirmando que “toda a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de espetáculos”. É uma clara crítica ao sistema de produção capitalista, aquele mesmo que Foucault cita como a criação da governamentalidade. Continua o autor, “tudo o que era diretamente vivido se afastou numa representação. [...] A realidade considerada parcialmente desdobra-se na sua própria unidade geral enquanto pseudomundo à parte, objeto de exclusiva contemplação”, as imagens e sua especialização como meio de representar o mundo encontra-se realizada no mundo da imagem autonomizada, “o espetáculo em geral, como inversão concreta da vida, é o movimento autônomo do não-vivo”.¹⁶⁸

O espetáculo, todavia, não é um conjunto de imagens, como à primeira vista possa parecer, tampouco é adstrito aos meios de comunicação de massa; trata-se de “uma relação social entre pessoas, mediada por imagens [...] não pode ser compreendido como o abuso de um mundo da visão, o produto das técnicas de difusão massiva de imagens” é o espetáculo mais uma *Weltanschauung* materialmente traduzida. “É uma visão do mundo que se objetivou”.¹⁶⁹

Trata-se do espetáculo da decoração readicionada do mundo, “é o coração da irrealidade da sociedade real. Sob todas as suas formas particulares, informação ou propaganda, publicidade ou consumo direto de divertimentos, [...] é o modelo presente da vida socialmente dominante”, uma representação.¹⁷⁰

A sociedade do espetáculo, portanto, amplificou a alienação intrínseca ao capitalismo. “Agora não é mais apenas a realidade material que aparece com algo separado para aqueles que a produzem. O mesmo se dá com o universo simbólico, com a representação da realidade”.¹⁷¹

Com efeito, as consequências deste biopoder, desse poder espetacular/controlado, é em um primeiro momento a fragmentação, “como ação

¹⁶⁷ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967. p. 5.

¹⁶⁸ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967. p. 22.

¹⁶⁹ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967. p. 22.

¹⁷⁰ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967. p. 22.

¹⁷¹ COELHO, Cláudio Novaes Pinto. Guy Debord e a crítica da sociedade do espetáculo. In: CIOCCARI Deysi; SILVA, Gilberto da; ROVIDA, Mara (org.). **A sociedade do espetáculo**: Debord, 50 anos depois. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018. p. 13.

política sobre a massa espectadora, o espetáculo a constitui como aglomeração de elementos atomizados, cujas inter-relações são intermediadas por uma manifestação espetacular, uma imagem controlada”¹⁷², trata-se de um relação social entre pessoas em que mediação por meio de imagens; a segunda implicação é a passividade dos indivíduos, atuada pela aptidão do espetáculo de “reduzir as potências dos seres humanos à condição de meros espectadores”. Com efeito, Debord esclarece que “a atitude que – o espetáculo – exige, por princípio, é essa aceitação passiva que, de fato, ele já obteve por sua maneira de aparecer sem réplica, por seu monopólio da aparência”.¹⁷³

A partir da sociedade do espetáculo, é possível conceber, explicando de maneira sucinta, que os mecanismos se desenvolvem, controlando corpos e sentimentos, assim é que o Estado se utiliza de mecanismos de constrangimento para impor ao sujeito que se comporte dentro dos limites impostos pelo poder soberano.

Trata-se de um controle biopolítico¹⁷⁴ que limita a liberdade e impõe ao sujeito a incapacidade de se livrar das amarras do controle, se sujeitando ao poder; trata-se de um totalitarismo moderno, transvestido de proteção.

A defesa social, portanto, é exercida por meio de um direito penal; conforma-se como uma técnica de controle que assegura, paradoxalmente, com a liberdade física de transgredir a lei compensando o preço da pena, a liberdade de todos. “É evidente que a proibição e a repressão penais produzem restrições da liberdade incomparavelmente menores do que aquelas que seriam necessárias, para o mesmo

¹⁷² FARHI NETO, L. Disciplina ou espetáculo? uma resposta pela biopolítica. **Revista Aulas**. Dossiê Foucault, Campinas, n. 3, dez. 2006/mar. 2007.

¹⁷³ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 12.

¹⁷⁴ Com o termo “biopolítica”, Michel Foucault designou o modo como o poder se transformou, do século XVIII ao XIX, em ordem a governar não somente os indivíduos através dum certo número de disciplinas, mas o conjunto dos viventes constituídos em “população”. Desde *História da Loucura* (onde questiona o saber psiquiátrico e os pressupostos da medicina mental moderna), a *Nascimento da Clínica* (que versa acerca do dispositivo biomedical nas sociedades ocidentais modernas), às conferências sobre a medicina social e a cursos no Collège de France (sobre a passagem do Estado territorial ao problema biopolítico das populações), *biopolítica* é, para Foucault, um conceito inscrito na história desde o liberalismo económico. Nessa época, marcada por uma melhoria das condições de vida, o biológico não constitui só um meio de pressão, mas um instrumento de poder ao serviço do político: “se podemos chamar “bio-história” às pressões pelas quais os movimentos da vida e os processos da história interferem uns com os outros, haveria que falar de “biopolítica” para designar o que faz entrar a vida e os seus mecanismos no domínio dos cálculos explícitos e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana”. CAMPOS, A. S. “Biopolítica. In: MARQUES, António; CAMPOS, André Santos (coord.). **Dicionário de filosofia moral e política**: 2.ª série. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2018.

fim, somente com a prevenção policial”¹⁷⁵, eis que a restrição dos comportamentos vedados abrange exclusivamente a liberdade dos infratores e a prevenção policial alcança a liberdade de todos. Além disso, “uma intervém apenas *ex post*, em presença de fatos predeterminados, enquanto a outra intervém *ex antea*, bastando a presença do perigo de futuros delitos”¹⁷⁶, medido por indícios indeterminados e indetermináveis normativamente.

Destarte, das “redes de promoção-controle desliza-se insensivelmente para as redes de vigilância-desinformação. Antigamente, apenas se conspirava contra uma ordem estabelecida”. Atualmente, conspirar a seu favor é uma nova carreira em grande crescimento. “Sob a dominação espetacular, conspira-se para a manter, e para assegurar aquilo que só ela poderá chamar o seu bom rumo. Esta conspiração faz parte do seu próprio funcionamento”.¹⁷⁷

No entanto, o direito penal não garante unicamente a liberdade física ou objetiva de infringir a norma ou não; garante ainda a liberdade moral e subjetiva da infração, que, ao avesso, é evitada pela terceira alternativa abolicionista, aquela do controle social-disciplinar fundamentado na “interiorização da repressão e no temor, mais do que das penas, das censuras coletivas informais, as quais podem ser bem mais paralisantes do que as sanções penais”¹⁷⁸. Ferrajoli cita Filangieri para explicar a sanção penal, sendo aquela que “parte da lei com a qual se oferece ao cidadão a escolha entre a satisfação de um dever social, ou a perda de um direito social”¹⁷⁹, caracterizando-se como um freio a natural paixão criminosa.

Dentro da sociedade do espetáculo e da ideia de controle do indivíduo e de sua subjetividade, o que se observou em operações de grande interesse nacional e, nos dizeres de Wedy, “em nome da eficiência desse instituto, uma eficiência que levaria à Justiça, o suspeito ou acusado seja literalmente constricto à delação/colaboração premiada”, a constrição se dá por meio da decretação de um prisão processual que se se prolonga no tempo, com ausência ou déficit de motivação da cautelaridade e

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

¹⁷⁷ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta: 1967. p. 131.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

¹⁷⁹ La scienza della legislazione, cit., liv. III, cap. XXVI, p. 502 *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

“nem sempre com a efetiva necessidade da prisão, o que acaba por substanciar uma forma de afastamento da espontaneidade e voluntariedade da delação”¹⁸⁰.

Continua Wedy, ao ilustrar que esta prática segue uma espécie de ritual sem forma legal, por meio do qual os investigados são presos cautelarmente, “têm os bens arrestados ou sequestrados com autorização judicial, tudo devidamente publicizado, como forma de impactar a opinião pública e enfraquecer a crença do suspeito nas possibilidades efetivas da ampla defesa e do contraditório”.¹⁸¹

A mediação do processo, muitas das vezes de investigações não concluídas, a prisão cautelar, a constrição dos bens, leva o indiciado/acusado a questionar a existência de um devido processo legal, da eficácia dos direitos fundamentais e da aplicação de um processo acusatório, ocasionando a escolha pelo acordo de colaboração premiada. Há nesta hipótese um instrumento de contradireito, institucionalizado pelo próprio Estado e reflexo de uma sociedade disciplinar, que passa pela sociedade de controle e se expressa, tendo em vista a sociedade do espetáculo, ao que se pode chamar de sociedade do constrangimento: o indivíduo não só tem seu corpo controlado, também é constrangido a agir dentro dos limites propostos pelo próprio Estado.

Baratta examina o processo de espetacularização do Direito penal por meio dos símbolos¹⁸², ou seja, as normas são instituídas para seduzir a população, aparentando efetividade. Trata-se de uma representação que não depende da viabilidade e da real efetividade. O jurista enfatiza que tanto na política como no espetáculo – sociedade do espetáculo – as decisões, e as normas, são tomadas não

¹⁸⁰ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 219, set./dez. 2016.

¹⁸¹ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 219, set./dez. 2016.

¹⁸² De acordo com Baratta: “A escola clássica e a escola assim chamada “social” do direito penal estão na origem de uma relação funcional entre a concepção utilitária da norma penal e a concepção do direito como garantia do delinqüente (a Magna Carta (LGL\1988\3) de von Listz) e do cidadão que ainda não está ultrapassada. Reconhecendo a função instrumental da norma punitiva, a escola clássica e a escola social acreditavam ser possível determinar na utilidade e na necessidade da incriminação o limite do ius puniendi do Estado e o fundamento da pena justa. Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional e sua “função latente”, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela) e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 13, jan./mar. 1994.

tanto para modificar a realidade, mas para alterar a imagem da realidade nos espectadores.¹⁸³

Chauí, ao usar as lições de Lash, esclarece que “os *mass media* tornaram irrelevantes as categorias da verdade e da falsidade substituindo-as pelas noções de credibilidade ou plausibilidade e confiabilidade – para que algo seja aceito como real basta que apareça como crível ou plausível”, ou abonado por uma pessoa de representação confiável. “Os fatos cederam lugar a declarações de ‘personalidades autorizadas’, que não transmitem informações, mas preferências, as quais se convertem imediatamente em propaganda”.¹⁸⁴

Gomes, ao observar a espetacularização do crime e do processo penal, esclarece:

A mídia dramatiza as informações relacionadas com a violência, apresenta a criminalidade por meio de estereótipos, condena (com sua publicidade) pessoas que ainda são presumidas inocentes, difunde o discurso de endurecimento das penas, amplia o alarme social gerado pela violência, espalha o medo, tenta influenciar (não raramente) no resultado dos julgamentos jurídicos e é seletiva (evita, muitas vezes, noticiar nomes de pessoas ou empresas que possam lhe trazer complicações ou prejuízos). Como se vê, a mídia não é isenta (não faz um discurso neutro).¹⁸⁵

Trata-se de um realismo jurídico, em que se manipula a voz das ruas por meios dos mecanismos de biopoder/biopolítica a fim de basear decisões que são na verdade contrárias ao direito, ferem a integridade do direito. É por tal razão que o giro linguístico, mudança paradigmática ocorrida no âmbito da filosofia e, também, do Estado Democrático de Direito, não autoriza uma hermenêutica jurídica solipsista, baseada no “livre convencimento”, “livre convicção” e na “íntima convicção”, ou em fundamentos que não se amparam na Constituição, conforme se verá no decorrer do presente estudo.

Não é possível aceitar um ativismo judicial, corrompido pela política, com decisões proferidas pelos juízes que ignoram princípios democraticamente edificados

¹⁸³ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 22, jan./mar. 1994.

¹⁸⁴ CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 8.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Flavio. Mídia, segurança pública e justiça criminal. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 12, n. 268, p. 38, 15 mar. 2008.

e amparados constitucionalmente, desrespeitando a integridade do direito, de maneira que este contradireito demonstrado por Foucault se reveste de contrariedade à integridade do direito. Assim, decretações de prisões provisórias que não respeitem a integridade do direito rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial pragmatista, voltado para a persecução criminal, buscando uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada, nem que para isto ocorra afronta aos direitos fundamentais.

Por tal motivo, o Poder Judiciário igualmente deve ter uma limitação autônoma e superior das decisões proferidas, em deferência à integridade e à coerência do direito. É, pois, a Crítica Hermenêutica de Direito a responsável por estabelecer condições hermenêuticas para a execução de um controle de interpretação constitucional, buscando controlar a subjetividade solipsista (Streck) a partir da tradição, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito.¹⁸⁶

Relevantes as discussões de Wedy, em que ele aponta a busca por eficiência somada ao discurso midiático, é responsável por relativizar garantias fundamentais, transformando a punição que deveria, em regra, ocorrer com a sentença condenatória transitada em julgado, em punição antecipada por meio de prisões cautelares. Nesse sentido:

Um certo discurso sensacionalista que, em alguns casos pontuais, com repercussão jornalística, relacionam sempre Justiça e prontitude, celeridade e eficiência. É óbvio que a Justiça não deve se portar com lentidão demasiada, esquecendo-se de se fazer presente. No entanto, não é bom que ela seja instantânea e imediata. Na atualidade, cada vez mais, os meios jornalísticos e legislativos indicam uma 'punição imediata' como sinônimo de eficiência, prontitude e justiça do Poder Judiciário. E, assim, não raro se vai industriando o crime e vulgarizando as prisões cautelares. Desse modo, a busca por essa eficiência, diríamos, por essa eficiência mais primitiva, acaba por repercutir no direito penal, com a aplicação de verdadeiras penas antecipadas, por intermédio de prisões supostamente cautelares.¹⁸⁷

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁸⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. não paginado. Edição do Kindle.

Esta tecnologia, a tecnologia que busca dar efetividade ao processo – entendendo-se como efetividade a confirmação das teses acusatórias – opera uma “requalificação do sujeito de direito” [...] e “o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas”, causando a erosão do Estado Democrático de Direito,¹⁸⁸ especialmente diante do desrespeito ao garantismo penal, pautado, especialmente por decisões solipsistas contrárias à integridade do direito, conforme será elucidado nos capítulos seguintes, usando a Crítica Hermenêutica do Direito.

Ao passar de uma sociedade da punição e vigilância (Foucault) para uma sociedade do constrangimento, utilizando-se dos elementos da sociedade disciplinar, de controle e de espetáculo para promover a sociedade de constrangimento, o direito perde sua integridade e há uma evidente afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Por fim, importa salientar que o presente capítulo apresenta as bases mínimas para a construção do conceito de sociedade de constrangimento, que será delineado em todos os seus contornos no terceiro e último capítulo da presente tese.

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 184.

3 OS MODELOS DE ESTADO E SEU DIÁLOGO COM O PROCESSO PENAL

O capítulo que segue busca apresentar o contexto que envolve a problematização presente na tese, tratando especificamente da relação Estado, democracia e modelos de processo penal no contexto brasileiro, concebendo o garantismo (Ferrajoli) como modelo a ser respeitado pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, o primeiro tópico visa apresentar os sistemas processuais penais, o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 e o que vigora na práxis jurídica. O tópico seguinte visa apresentar o modelo garantista como legitimação do Estado Democrático de Direito. O penúltimo tópico trata de discussões acerca da crise da democracia, corrupção e processo penal, apresentando os desafios contemporâneos ao processo penal, especialmente no que diz respeito à observância do Estado Democrático de Direito.

O derradeiro tópico apresenta a vertente teórica denominada Crítica Hermenêutica do Direito, cunhada por Streck como meio de garantir a integridade do Direito e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito.

3.1 Os sistemas processuais penais

Ao analisar a prestação jurisdicional no processo penal, é certo que sua categorização o coloca na derivação ou como um subsistema dentro do Poder Judiciário. No entanto, a partir do momento em que se busca compreender o núcleo norteador do processo penal, vendo-o como uma unidade homogênea, “a doutrina, além de não haver conformidade quanto ao conteúdo do acusatório, inquisitivo e adversarial, também” distingue “entre as nomações modelo, princípio, método, estilo e sistema”.¹⁸⁹

Pensar em unidade é a resposta que “conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais”, ou seja, denota definir qual é o paradigma de leitura – e de compreensão – do processo penal; trata-se de investigar o ponto fundante do discurso. A opção mais acertada, como bem afirma Lopes Jr., “é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva,

¹⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 87.

visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”.¹⁹⁰

Com efeito, por princípio entende-se a relação “com a origem, com o ponto de partida, podendo ser considerado como fundante de um sistema”. No que diz respeito ao modelo, trata-se da “representação da coisa e não a própria. Também se emprega ‘estilo’, mas este é apropriado à atividade dos atores processuais”. Assim, o princípio e o método inteiram e informam algum modelo ou sistema, termo mais apropriado para nomear “e aglutinar todos os fenômenos do processo criminal”.¹⁹¹

Ao tratar especificamente sobre sistema, é importante ressaltar que “a questão do significado da ideia de sistema para a Ciência do Direito é dos temas mais discutidos da metodologia jurídica”¹⁹². Há diversos autores e diversas correntes, cada qual com seus conceitos e discussões, que, apesar de serem importantes, não são pertinentes à presente pesquisa.

É possível entender sistema como uma “teia axiológica e aberta de princípios, regras e valores jurídicos, cuja finalidade é conferir uma conexão de sentido e unidade inerente ao Direito”¹⁹³, ou como o aglomerado de normas (entendendo-as como regras e princípios), “agências estatais e práticas vinculadas ao poder punitivo estatal, conformadoras de um todo, coerente (ou propositalmente incoerente), em razão de um princípio unificador, de um mandamento nuclear que emana efeitos sobre o todo”.¹⁹⁴

A doutrina manifesta-se de existir três sistemas processuais penais, quais sejam: sistema acusatório, inquisitivo e misto (adversarial). Todavia, Jacinto Coutinho¹⁹⁵ entende existir dois sistemas: acusatório e inquisitivo, e que todos os sistemas do mundo são mistos.

¹⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 12. E-book.

¹⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 87.

¹⁹² CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 5.

¹⁹³ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 40.

¹⁹⁴ CASARA, R.; MELCHIOR, A. P. **Teoria do processo penal brasileiro**. dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 83.

¹⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa - Imprensa**: Brasília, DF: Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1964. p. 103-115.

Os sistemas que fundamentam o processo penal são demasiadamente antigos e passaram por um avanço em consonância com as próprias conquistas legislativas e sociais alcançadas pelo homem em razão de sua liberdade e da edição de garantias “que se mostram eficazes e capazes de tutelá-la quando houver ameaça concreta e injurídica no sentido de coarctá-la” – embora essa evolução não tenha sido de maneira linear, eis que no decorrer do desenvolvimento histórico ocorreram evoluções e retrocessos – razão primordial é o fato “de que no campo penal sempre está em jogo o insopitável direito de liberdade física individual”.¹⁹⁶

De fato, o sistema acusatório é tido como o antecessor de todos os sistemas processuais. Tourinho Filho¹⁹⁷ esclarece que o sistema acusatório esteve no sistema de justiça da Índia, entre os atenienses e os romanos, assim como na Antiguidade Clássica, época em que os conflitos eram resolvidos de diferentes maneiras, a depender do crime cometido e de quem o cometeu. Havia a possibilidade de transação entre as partes, até a culpabilidade penal com imputação de responsabilidade individual ou coletiva, impondo-se, nestes casos, o castigo, o qual, atualmente, se apresenta sob a forma de sanção penal.¹⁹⁸

O sistema acusatório, portanto, nasceu tão logo a reação a uma ofensa considerada grave da ordem jurídica abandonou o princípio do livre exercício das partes, abandonando a ideia de vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Assim, tal sistema foi dominante durante toda a antiguidade, especialmente na Grécia e Roma, e foi utilizado até o início da Idade Média (século XIII), momento em que foi substituído pela inquisição. “O sistema acusatório como acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra”¹⁹⁹, com imposição pela Constituição Federal de 1988, o que causou diversas reformas no Código de Processo Penal de 1941, que, a partir de sua origem fascista, inicialmente adotou o sistema inquisitivo.

Já o sistema inquisitivo modifica a maneira como o processo é conduzido de forma brusca. Antes, com o sistema acusatório, existia uma rixa leal e justa entre as

¹⁹⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 75.

¹⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3.

¹⁹⁸ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2006.

¹⁹⁹ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 60.

partes, ou seja, acusador e acusado, havendo paridade de armas e probabilidade de um resultado justo. No entanto, com a diretriz inquisitiva o processo foi transformado em uma disputa desigual, pérfida entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz não ocupa papel imparcial, assumindo a função de inquisidor, atuando durante todo o processo como parte acusatória.

Destarte, as funções do juiz e acusador se fundem em uma única pessoa, e o acusado, de sujeito passa a ser mero objeto da persecução criminal. Coutinho elucida o elemento principal do sistema inquisitivo:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, cominada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que 'a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases'. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.²⁰⁰

Os dois sistemas – inquisitório e acusatório –, portanto, vieram à luz por razões políticas e, por tal motivo, estão intimamente ligados ao modelo de Estado. Outras razões, “de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas”.²⁰¹

De fato, o estabelecimento e o desenvolvimento dos Estados e de seus respectivos “ordenamentos jurídicos não guardam uniformidade sistêmica, em face das diferentes influências, das culturas e interesses distintos, nos diversos países, de seu grau de maturidade constitucional e convencional”. Além disso, a doutrina não é invariável no que diz respeito ao conteúdo e alcance dos elementos dos sistemas. Assim, “os sistemas processuais históricos, acusatório e inquisitivo, em suas características gerais, nem sempre foram verificados na prática judiciária como algo

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: CAMARGO, Acir Bueno de *et al.* **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa – Imprensa**, Brasília, DF: Senado Federal: Serviço de Informação Legislativa, 1964. p. 103-115.

delimitado e hermético, motivo, também, do dissenso entre seus elementos”²⁰² e a demarcação de seus conteúdos.

Com efeito, “a evolução política dos Estados, as comunicações sistêmicas jurídicas e não jurídicas, a diversidade e multiplicação dos ordenamentos jurídicos, a constitucionalidade e a aderência dos países” às normas internacionais (internormatividade) autorizam certificar que atualmente não há como sustentar uma divisão pura entre acusatório e inquisitório. Apesar disso, é razoável organizar “algumas características peculiares, mais acentuadas, com predomínios e preponderâncias”. Imperativo se faz diferenciar o sistema adversarial²⁰³, típico dos países da *common law*, “dos sistemas acusatório e inquisitorial do mundo romano-germânico ou continentais”, ao que a outra divisão defendida, “é entre sistemas adversariais e não adversariais, acusatório e inquisitório”.²⁰⁴

De fato, o Sistema Inquisitório abrolha no domínio da Igreja Católica e possui “seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão. Em síntese, poder-se-ia dizer que desde o século anterior (século XII), mais particularmente em seu final, a Igreja Católica se debatia com um fenômeno social interessante”: raciocinavam, determinados indivíduos, estar em perigo o seu império sobre o mundo, do qual era possuidora, a Igreja, da grande parte. A doutrina da Igreja “já não encontrava ressonância plena e, portanto, havia discórdia em alguns pontos capitais. Pensava-se que isso era fruto de ‘doutrinas heréticas’ e, portanto, de postulados contrários àqueles pregados desde Roma”, o que só seria possível em função de distintos baldrames “epistêmicos e, assim, não era tarefa fácil, nem banal, o seu combate”.²⁰⁵

Historicamente, portanto, o sistema inquisitorial é associado à denominada Santa Inquisição, fato histórico de persecução aos que eram considerados “hereges”, de ação inicial da Igreja Católica. Tal fato histórico é decorrente do Direito Canônico, que é compreendido como a obediência à sua doutrina religiosa. Salienta-se que a

²⁰² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 88.

²⁰³ BRADLEY, J. I. The convergence of the continental and the common law model of criminal procedure. **Criminal Law Fórum**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 471-484, 1996.

²⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 88.

²⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa – Imprensa**, Brasília, DF: Senado Federal: Serviço de Informação Legislativa, 1964. p. 103-115.

Igreja teve seu poderio enfraquecido no final do século XII, o que foi atribuído ao discurso dos “hereges”.²⁰⁶

É possível afirmar que o sistema inquisitório canônico pode ser dividido em dois períodos: 1) o medieval, no qual o divino era o detentor do poder soberano; 2) o moderno, momento em que o poderio da inquisição passa para as mãos do homem. No primeiro período, o poder inquisitório era atribuído a um deus, os acusados eram submetidos a um teste de culpabilidade, como ser jogado no rio com uma pedra amarrada aos pés e, caso flutuasse, Deus provaria a inocência do acusado. Trata-se de um momento irracional e desprovido de lógica. No segundo período, ainda como emanção do divino, a inquisição se apresenta de forma mais racional, ao menos dentro do contexto histórico: as ordálias passam a ser compreendidas como irracionais, passando a ter validade processual a confissão, tida como rainha das provas, obtida por meio de tortura.²⁰⁷

Dias Gomes, em sua obra teatral *O Santo Inquérito*, narra de maneira poética as práticas da Igreja. Os atos inquisitoriais perpetrados em face dos dois acusados, Branca e Augusto ficam evidentes em toda a peça. Abaixo, segue o ponto em que ocorre a tortura de Augusto a fim de obter a confissão:

VISITADOR (Severo.): Não deviam ter chegado a tanto. A finalidade da tortura é apenas obter a verdade. Tenho recomendações muito enérgicas do inquisidor-mor para evitar os excessos.

GUARDA: Mas a culpa foi dele, senhor. Ele assinou a declaração.

NOTÁRIO: É verdade, antes de ter início a tortura, ele assinou a declaração de praxe. Tenho-a aqui. (Mostra um papel, que lê, depois de engrolar algumas palavras.) ‘... e declaro que se nestes tormentos morrer, quebrar algum membro, perder algum sentido, a culpa será toda minha e não dos senhores inquisidores. Assinado: Augusto Coutinho.’

GUARDA: Já vêem os senhores que a culpa é toda dele.

[...]

PADRE: Então, salve-a. Diga a verdade. Ainda que possa parecer o contrário, a única maneira de ajudá-la é fazê-la reconhecer os próprios erros e arrepender-se. AUGUSTO: Mas que espécie de verdade querem que eu diga? Que a vi nua, banhando-se no rio? Que a vi invocando os diabos na boca dos formigueiros? Para salvá-la é então preciso lançar calúnias e infâmias contra ela? E quem me garante que não se aproveitarão disso justamente para condená-la? Não, podem

²⁰⁶ WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 23, v. 114, jun. 2015.

²⁰⁷ WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 23, v. 114, jun. 2015.

arrancar-me um braço, uma perna, mas não me arrancarão uma palavra que não seja verdadeira.

[...]

BRANCA: Que fizeram com você?

AUGUSTO: Deitaram-me numa cama de ripas e me amarraram com cordas, pelos pulsos e pelas pernas. Apertavam as cordas, pouco a pouco, parando a circulação e cortando a carne. (Ele lhe mostra os punhos, ela os sopra e beija.) E faziam perguntas, perguntas, e mais perguntas. As mais absurdas. As mais idiotas.²⁰⁸

O sistema inquisitivo desponta nos regimes monárquicos e absolutistas e se aprimorou com a influência do direito canônico, advindo a ser seguido por praticamente todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Inicialmente sua fundamentação foi a afirmativa de observância da defesa social, que não poderia depender da vontade dos particulares. O núcleo de tal sistema é a reclamação que o Estado fez para si, tomando a titularidade, o poder de repressão da prática delituosa, não sendo admissível, via de regra, que tal contenção fosse encarregada ou delegada aos indivíduos.²⁰⁹ Assim, o sistema inquisitivo se expandiu por toda a “Europa continental do século XIII ao século XVIII, triunfando sobre o direito germânico e sobre a organização feudal da administração da justiça”.²¹⁰

Tourinho Filho enumera oito características do sistema inquisitivo, a saber: 1) A centralização das três funções processuais, acusadora, defensoria e julgadora, em uma só pessoa; 2) sigilação, o processo é sigiloso; 3) carência de contraditório; 4) procedimento escrito; 5) os Juízes permanentes e irrecusáveis, impossibilitando qualquer arguição de suspeição; 6) as provas são apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais, por existe uma valoração entre os tipos de provas, daí a razão da primazia da confissão sobre os demais tipos de prova; 7) a confissão, sozinha, é elemento suficiente para a condenação; 8) admitia-se apelação contra a sentença,²¹¹ mas o recurso é uma garantia ao Rei e não ao acusado. Carvalho apresenta como características:

Dentre as principais vantagens do novo método, pode-se destacar (a) o caráter público das denúncias, não mais restritas à vítima ou aos seus familiares, aliada(b) ao sigilo da identidade do delator; (c) a

²⁰⁸ GOMES, Dias. **O santo inquérito**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 113-114; 121.

²⁰⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

²¹⁰ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 61.

²¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3, p. 116.

inexistência de separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito a este realizar a imputação, produzir a prova e julgar o acusado; (d) o sistema tarifado de provas e sua graduação na escala da culpabilidade, recebendo a confissão o máximo valor (*regina probatio*), e (e) a autorização irrestrita da tortura como mecanismo idôneo para obtenção de confissões.²¹²

Foucault, ao examinar o sistema inquisitivo, afirma que todo processo penal, “até a sentença permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas”.²¹³

É de conhecimento inquestionável que o processo penal percorre seu caminho tentando capturar o juiz psicologicamente²¹⁴. Assim, a técnica de argumentar, a busca por convencer, as provas produzidas, as presunções, ocasionam ao juiz o fato de estar submetido ao grau de veracidade às teses apresentadas. Cordero assinala que “no fundo, a existência do direito não sai dos limites de um quadro solipsista”²¹⁵. Sendo o processo penal constitutivo, por meio da sentença, ocorre a condenação, destituindo a presunção de inocência ou, por meio da sentença absolutória, há a improcedência da acusação,²¹⁶ em qualquer caso, requer-se a participação do juiz na “pequena história”²¹⁷ que as partes apresentam no processo.

Assim, atualmente, inobstante ser inequívoco que a CF/88 adotou o sistema acusatório, também a Lei n. 13.964/19, no artigo 3º-A instituiu o referido sistema: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, ocorre, por atuação, principalmente do juiz da causa e do órgão da acusação, a aplicação de princípios ou práticas que são inquisitivistas.

Um exemplo é a supervalorização da confissão com o escopo de legitimar a punição precipitada, e também a questão da prisão cautelar, cerne da presente pesquisa, que é utilizada de forma generalizada. Esses dois pontos tornam-se

²¹² CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, p. 39, jun. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 37.

²¹⁴ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 24.

²¹⁵ CORDERO, Franco. **Guida Alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 24.

²¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 20, p. 04- 09, 1965.

²¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004. p. 92.

“um ponto sensível em termos de ‘consenso’ e ‘voluntariedade’,” nas hipóteses de colaboração premiada, “pois a própria Constituição Federal considera a prisão uma ‘coação’, assegurando-se o habeas corpus em casos de ilegalidade”.²¹⁸

De fato, no modelo negocial – que será melhor discutido no próximo capítulo – seja por meio da delação premiada ou pelo *plea bargaining*, o que se perquire é, sobretudo, a confissão. Na delação premiada a confissão deve vir acrescentada de “colaboração para punição de outras pessoas/crimes, ou seja, de efetiva contribuição probatória para a responsabilização de terceiros. Já, para o *plea*, a simples confissão circunstanciada basta”. No entanto, as duas têm “um ponto em comum, entre elas, e com o modelo inquisitório medieval: a necessidade de confissão”.²¹⁹

Ademais, a partir de uma concepção dialética o sistema inquisitório é antítese do acusatório – nele não há o contraditório, e por tal razão inexistem as regras de igualdade e liberdade processuais. “As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz”²²⁰. O sistema inquisitivo, portanto, se mostra fundamentado nas ideias absolutistas de centralização do poder, inibindo qualquer ideia de respeito aos direitos do acusado e posteriormente é usado como base das legislações autoritárias, fascistas de todo o mundo.

É possível, destarte, constatar que prepondera o sistema acusatório nos Estados em “que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão”, assinalados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que há o fortalecimento da hegemonia estatal em prejuízo dos direitos e garantias individuais.²²¹

No Brasil, o Código de Processo Penal, legislação de ano de 1941, é elaborado sob a vigência de um golpe de Estado perpetrado por Getúlio Vargas, a Constituição Federal outorgada por Vargas no ano de 1937. Neste ano, Vargas implementou o golpe, com apoio dos militares, governando até 1945. Legislava por decreto, a

²¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51.

²¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51; LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof**: Europe and England in the Ancien Régime. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

²²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3, p. 115.

²²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 69.

imprensa era censurada, utilizada como propaganda do Estado, as manifestações eram proibidas e as prisões eram abarrotadas de opositores do governo. O viés democrático que a Constituição de 1934 chegou a eleger foi dissipado por este período autoritário, que não foi o único da história brasileira, inobstante a maioria lembre de citar o período da ditadura civil-militar, iniciado em 1964²²² e que perdurou por 21 anos. As marcas do autoritarismo se iniciam no período da formação do território brasileiro e se mantêm até os dias atuais, em atos muitas vezes travestidos de legalidade.

A Constituição de 1937 foi a quarta em vigência, até aquele momento, no Brasil, denominada de Constituição do Estado Novo; possui substância autoritária e centralista. Satisfaz à inclinação fascistizante da época (a quebra da bolsa de Nova Iorque e a crise econômica deram o ar para a ocorrência da Segunda Guerra Mundial), momento do auge dos regimes de Hitler²²³ na Alemanha nazista, e de Mussolini na

²²² Sobre o resultado do período ditatorial: “Como fruto desse processo de suspensão da ordem jurídica, natural do estado de exceção, as ditaduras são conhecidas pela perseguição, censura, tortura, estupros, assassinatos, sequestros, mas além disso, o que se percebeu é que a ditadura civil-militar destruiu direitos que nem sempre se percebe que é o direito humano e fundamental a uma vida em um sistema ecologicamente equilibrado [...]. Como reflexo do estado de exceção que foi a ditadura civil-militar no Brasil restou claro que é impossível que ocorra a suspensão apenas de parte do ordenamento jurídico e por isso a ideia de que só o direito penal sofreu suspensão é errada, pois não dá a dimensão correta do que ocorre nos estados de exceção, ou seja, a suspensão é gênero do qual o direito penal, ambiental são espécies”. DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira; LINO, Estefênia Naiara da Silva; FIDELES, Sirlene Moreira. Ditadura militar: estado de exceção para o Pantanal. **Revista Videre**, Dourado, v. 13, n. 27, p. 426-449, ago. 2021. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12522>. Acesso em: 03 out. 2021.

²²³ Em retomada à biopolítica descrita no primeiro capítulo, interessante o texto de Cruz-Neto e Minayo “Em primeiro lugar, o extermínio é parte de um projeto político de grupos que se arrogam o direito e o poder de selecionar camadas da sociedade a serem eliminadas, expulsas ou circunscritas. Este poder, segundo Chauí (1987), não é algo que se localiza num setor particular da sociedade, mas é aquilo que define, para esta parcela, o que é justo e injusto, legal e ilegal, possível e impossível, legítimo e iníquo, dentro do projeto social que concebe o passado e o futuro. Portanto, trata-se de uma ideologia construída. O caso do nazismo, representado por Hitler, é exemplar em termos da construção da liderança sem mediações de partidos políticos e da ideologia totalitária. No livro *Minha Luta*, escrito na prisão de Landsberg entre 1925 e 1927, Hitler se investe da missão de predestinado, a quem cabe a tarefa de purificar o mundo. Creio agir, escrevia, *No sentido desejado pelo Criador Todo Poderoso. Lutando contra os judeus eu defendo a obra do Senhor. A arte dos grandes líderes sempre consistiu, através dos tempos, em não distrair a atenção do povo, mas sim concentrá-la sempre sobre um só adversário, no meu caso, o judaísmo internacional, sustentáculo, ao mesmo tempo, do capitalismo e do comunismo.* (Hitler, 1938). A retórica que justifica o extermínio é a divisão da sociedade não em classes, mas entre os bons e benfeitores do povo (os que propõem o extermínio) e os maus e malfeitores (os alvos do extermínio). Como já foi citado anteriormente, os movimentos totalitários recrutam seus agentes (líderes e executores) nas massas, moldando-os não para a convicção e persuasão, mas sim para as ideias de morte e terror. A possibilidade do extermínio se transforma em um processo histórico *sui generis*. É cumprido por um grupo que declina de sua liberdade, ou que nunca a assumiu, para se transformar em instrumento que faz ou sofre aquilo que, de acordo com leis imutáveis, sucederia inevitavelmente. Segundo Arendt (1990: 186), *‘uma política de força completamente destituída de princípios só se pode exercer quando há uma massa igualmente isenta de princípios e numericamente tão grande*

Itália fascista, refletindo fortemente “no Portugal de Salazar, na Espanha de Franco, na Romênia de Antonescu, na Hungria de Horthy e na Polônia de Pilsudski”. Em razão de tal contexto histórico, a Constituição de 1937 rescindiu, no Brasil, com a tradição liberal imperial de 1824 e liberal republicana das Constituições de 1891 e 1934,²²⁴ impondo o autoritarismo e a ideologia fascista, que se apresentou no Código de Processo Penal. Com tais legislações, a legalidade²²⁵ ocorre ainda que em regimes autoritários ou totalitários, tendo em vista que nenhum regime político resiste apenas com alicerce no uso da força física, abrindo mão de instrumentos jurídicos que arranjam a aplicação de seus atos.²²⁶

Naquele momento histórico, a concepção ideológica proferida e espalhada, especialmente por Mussolini, qual seja:

O fascismo, em síntese, não é apenas um promulgador de leis e fundador de instituições, mas um educador e promotor da vida espiritual. Seu objetivo é remodelar não só as formas de vida, mas seu conteúdo — o homem, seu caráter e sua fé. Para concretizar tal propósito, impõe a disciplina e usa a autoridade, entrando na alma e governando com inquestionável influência. Por essa razão, escolheu como emblema as varas do lictor [uma espécie de oficial de justiça em Roma na Antiguidade], símbolo de unidade, força e justiça.²²⁷

Assim, o autoritarismo dos ideais nazifascistas, a supremacia do Estado sobre o indivíduo, a eliminação da individualidade, do liberalismo e da autodeterminação humana, o sujeito a serviço dos interesses estatais, abrolha no Processo Penal de lá e no brasileiro. O processo, portanto, é concebido pelo arquétipo do compromisso de guerrear contra o acusado, “a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo

que o Estado e a Sociedade não podem controlá-la’. CRUZ-NETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. **Cad. Saúde Públ.**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 199-212, 1994. supl. 1.

²²⁴ CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Olímpio, 1941; FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977; CHACON, Vamireh. **Estado e povo no Brasil**. Rio de Janeiro: J. Olímpio; Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1977.

²²⁵ Isso ficou muito nítido no período da ditadura militar brasileira, em que a elaboração de Atos Institucionais visava abolir direitos, de fato, “o direito, nesse caso, funcionava não como espaço de definição e proteção das liberdades, mas sim como racionalidade instrumental a serviço da repressão. Na verdade, o Ato Institucional assumiu a condição de lei suprema do regime, ao submeter todas as Constituições que vigoraram durante o período de exceção ao seu domínio jurídico”. ROCHA, Leonel Severo. Os senhores da lei. *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 160.

²²⁶ ROCHA, Leonel Severo. Os senhores da lei. *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 122.

²²⁷ MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 15.

da sociedade. Por isso, deve ser combatido. ‘Combate’, ‘guerra’, ‘inimigo’ e operação soavam como palavras de ordem”, assim, objetivo da ideologia fascista, qual seja: o de eliminar a ideia de indivíduo (liberalismo, autodeterminação)²²⁸, existindo somente o Estado (fascismo) e os escopos em função dele.²²⁹

O ideal fascista, ou seja, o fato de que a pessoa só existe por causa e em subordinação aos ideais estatais, o processo penal tem como fito, portanto, a eliminação do imputado, que é inimigo do Estado, e se sobrepuja ao poder persecutório e aos imperativos estatais. “A neutralização [do indivíduo] ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado autoritário”.²³⁰

A adoção pelo Estado de um ou outro tipo de sistema processual penal está diretamente relacionado com a ideologia vigente pelo poder estatal, assim, em um Estado autoritário, a fim até mesmo de manter seu a concentração de poder, o sistema processual penal será o inquisitivo. Nesse sentido, Maier esclarece que no direito penal “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à flor da pele que nos demais ramos jurídicos”.²³¹

Uma das técnicas de Estados autoritários e totalitários da ideologia fascista é o uso da mídia para criar consenso na sociedade, especialmente diante de um “inimigo”. Isso em razão de que a fabricação de estereótipos é o baldrame da sociedade do espetáculo, destarte, “tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação”,²³² o indivíduo – objetivo de extirpação pelo ideal fascista – perde a

²²⁸ Conforme aduz Benito Mussolini: “Anti-individualista, a concepção fascista da vida enfatiza a importância do Estado e aceita o indivíduo apenas na medida em que seus interesses coincidam com os do Estado, que representa a consciência e a vontade universal do homem como uma entidade histórica. Opõe-se ao liberalismo clássico, que surgiu como uma reação ao absolutismo e exauriu sua função histórica quando o Estado se tornou a expressão da consciência e da vontade do povo. O liberalismo negava o Estado em prol do indivíduo; o fascismo reafirma os direitos do Estado como expressão da essência verdadeira do indivíduo. [...]” MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. p. 15.

²²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 84.

²³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 86.

²³¹ MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 260.

²³² DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.

capacidade de autodeterminar e criar suas próprias representações, sendo fabricado pela mídia, pelas redes sociais e por discursos que falseiam a realidade.

Aliás, o desiderato de não pensar nos direitos em si, mas nas vantagens dele decorrentes, aparece na obra *O processo*, de Kafka, quando o personagem principal é preso e lhe é explicado o destino de seus bens. A narrativa do autor é a de que: “K. não prestou muita atenção a este discurso; ligava pouco valor ao direito que era talvez ainda o seu de dispor das suas coisas”²³³. Naquele momento, apesar de nunca antes ter refletido sobre os direitos que possuía, percebeu que sua liberdade é o que mais tinha de valor.

De fato, a grande mídia utiliza de formulações, especialmente de cunho neoliberal, para espalhar o ódio e a negação da alteridade. Assim, “se a política é a capacidade humana de criar laços comuns em nome da boa convivência entre todos, o que se quer, numa sociedade democrática, a defesa de direitos para todos e respeito por cada um,” o que se nota nos meios de comunicação é uma antipolítica, causando a destruição destas potencialidades.²³⁴

Assim, tal constituição das mídias, no contexto brasileiro, é a que “não só incorpora e propaga ideologicamente as formas autoritárias das relações sociais, como também incorpora e propaga a naturalização e valorização positiva da fragmentação e dispersão socioeconômica”. Destarte, as especificidades das dificuldades que a sociedade brasileira impõe para a concretização democrática e “para a crítica da alienação política tem relação com o mito da não violência e o autoritarismo social”.²³⁵

Existindo, portanto, tal base autoritária que se institui em território brasileiro desde a formação da colônia portuguesa e que se apresentou na grande parte da organização política brasileira e, inclusive, se apresenta de forma mais explícita com o atual presidente da República, inobstante a ainda vigente Constituição cidadã. Dada essa característica de organização social, há evidente reflexo na elaboração de

²³³ KAFKA, F. **O processo**. Alfragide: Leya, AS, 2009. p. 6.

²³⁴ COAN, Emerson Ike. Mídia odiosa, alienação política e estrutura autoritária da sociedade brasileira. *In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; PERSICHETTI, Simonetta. Política, mídia e espetáculo*. 1. ed. São Paulo: Cásper Líbero, 2018, p. 161. E-book.

²³⁵ COAN, Emerson Ike. Mídia odiosa, alienação política e estrutura autoritária da sociedade brasileira. *In: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; PERSICHETTI, Simonetta. Política, mídia e espetáculo*. 1. ed. São Paulo: Cásper Líbero, 2018, p. 161. E-book.

legislações inconstitucionais e nas decisões judiciais, situação que fica evidente no processo penal brasileiro e no uso da mídia para não respeitar o sistema acusatório.

Prado elucida que, ao observar “o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais” (inclusive no Supremo Tribunal Federal), resta admitir, “lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória”, o sistema Constitucional é só aparente, na práxis forense, o inquisitivismo²³⁶ prevalece.²³⁷

De fato, “a imensa pressão midiática construída em torno de casos mais rumorosos, onde se estabelecem verdadeiras campanhas demonizadoras, ‘lutas contra o diabo’ (ou inimigo, é o mesmo), conduz a um clima propício para práticas inquisitórias”.²³⁸ A técnica mais comum utilizada e medida por parcialidade e, por tal motivo, empregada por juízes que usam da mídia, é a inquisição. Os meios de comunicação são utilizados para formar o consenso e fundamentar a arbitrariedade, o solipsismo do juiz, dando-o consenso para praticar atos inquisitórios, a exemplo da prisão preventiva, a apresentação reiterada do fato e do suspeito pela mídia, é

²³⁶ Como exemplo da práxis inquisitiva, veja decisão do STJ que reconhece a validade de prisão em flagrante sem a realização de audiência de custódia e a conversão em preventiva de ofício pelo juiz: “PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. (I) AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. (II) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. (III) SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte Superior, “a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais” (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19.05.2016, DJe 07.06.2016). 2. Presentes os requisitos insertos no Art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrado o periculum libertatis, admite-se ao Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva, aos ditames do Art. 310, II, do Código de Processo Penal, sem que tal fato se confunda com a decretação da segregação preventiva ex officio na fase investigativa. Não se verifica, pois, a alegada violação ao Art. 311 da norma adjetiva penal, tampouco a desconformidade com o sistema acusatório de processo ou com o princípio da inércia, adotados pela Constituição da República de 1988 (Precedentes). 3. Caso em que o decreto constitutivo fundamentou-se na garantia da ordem pública, a fim de interromper a atuação do acusado no cometimento de delitos, diante da sua contumácia na vida do crime, vez que possui diversos registros criminais, além de ter cometido o roubo em comento enquanto se encontrava em cumprimento de medida cautelar diversa do cárcere pela prática de outra infração. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 70.942/MG**. Recorrente: Igor Henrique Gonçalves Borges (Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. 05 maio 2016.

²³⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 301.

²³⁸ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 225.

elemento tido como suficiente para o juiz decretar a prisão.²³⁹

Prado ainda assevera, que por tais razões diversos conceitos e princípios conflitantes ao sistema acusatório são praticados todo dia. Cita, para tanto, Marques, que assinala que a Constituição impõe a “adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo”, no contexto prático, misto. Assim, na prática, “o princípio e o sistema acusatórios são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural” – já que a construção sócio-política da sociedade brasileira é fundada no autoritarismo – “consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade”.²⁴⁰

Há um descompasso entre a realidade, a aplicação do direito, e aquilo que diz a Constituição. Ao ser preso em *O processo*, K. se indaga sobre o motivo e quem estava lhe prendendo, tenta manter a calma, afinal, “K. vivia, no entanto, num estado regido pelo Direito, a paz reinava em todo o lado, todas as leis estavam em vigor, quem ousava invadir-lhe a casa?”²⁴¹ Quem ousava subverter a ordem instituída pela Constituição? Assim como em *O processo*, tais situações ainda ocorrem, apesar de toda a construção civilizatória de direitos e garantias fundamentais.

Todavia, tendo em vista que direito é historicamente fundado, ou seja, construído em cima de camadas textuais interpretáveis e transformáveis, mas o seu fundamento final não possui fundação, tendo em vista possuir caráter claramente mitológico. O fundamento do direito, portanto, para Derrida, não é a justiça ou injustiça, mas a autoridade, por isso, místico²⁴². Assim, o campo jurídico é propício para a vertente desconstrutivista, com o escopo de ser paradoxal, de revelar tais paradoxos e aquilo que está oculto nos discursos (por exemplo, o “combate” às drogas, visa, de fato, a saúde da coletividade? Ou é um exercício de autoridade e controle sobre determinada população? As prisões cautelares decretadas têm mesmo o fim de garantir a ordem pública, por exemplo, ou constranger a uma colaboração premiada?).

²³⁹ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 111.

²⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 301.

²⁴¹ KAFKA, F. **O processo**. Alfragide: Leya, AS, 2009. p. 6.

²⁴² DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Assim o é, porque não basta a lei, de fato. Derrida desconstrói o direito, assumindo compromisso com a justiça e com as ferramentas que permite marchar em sua direção. “O principal deles é o direito, que é desconstruído por Derrida nas suas articulações problemáticas com a justiça”.²⁴³ Assim, há a necessidade de transformar o direito em um direito justo, “no qual exista força de lei para a lei”.²⁴⁴ Tal força “é uma força autorizada, legítima, que busca sua autoridade no ‘fundamento místico da autoridade’ (Montaigne), que, por sua vez, se baseia em ‘ficções legítimas’ que dão a verdade de sua justiça”. Tais ficções instilam força simbólica às leis, o que obtém crédito social e condição de aplicabilidade – o que não ocorre quando o discurso dos que deveriam cumprir o que dispõe a CF/88 é a de que a carta maior é permissiva demais com os criminosos. Tal força se “aproxima do que Freud constrói em ‘Totem e Tabu’, como origem mítica da sociedade humana, ou de um direito que poderíamos chamar de civilizatório ou originário”.²⁴⁵

Assim é que, apesar da imparcialidade ser uma garantia do modelo acusatório, ela sequer é citada no sistema inquisitório, de maneira que somente há probabilidade de existir imparcialidade, quando além da separação das funções de acusar e julgar, houver um total afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória e isso for respeitado no âmbito da realidade fática. E apesar de haver previsão constitucional e legal, o discurso dos “combatentes da corrupção”, de eficiência da justiça, é no sentido de destituir a força da lei e fortalecer o viés autoritarismo que insiste em se manter na sociedade brasileira. No entanto, bem assevera Wedy:

Ora, sob o pretexto da eficiência e da justiça, o que se faria seria a desconsideração, sem par, das garantias. Ou seja, haveria uma hipertrofiada eficiência, sob o pretexto de alcançar a justiça, o que acabaria por solapar, de forma violenta, o conteúdo de garantias fundamentais. Nesse caso, em específico, é que se deve agigantar ainda mais o peso e o valor das garantias, sob pena de se acabar por desprezar, de maneira total, a legitimidade do processo penal.²⁴⁶

²⁴³ DUNLEY, Gláucia Peixoto. Sobre Força de lei. *Trivium*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-15, dez. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-48912011000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 01 out. 2021.

²⁴⁴ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

²⁴⁵ DUNLEY, Gláucia Peixoto. Sobre Força de lei. *Trivium*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-15, dez. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-48912011000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01 out. 2021

²⁴⁶ WEDY, Miguel Tedesco. As provas ilícitas e derivadas das ilícitas e o art. 157 do CPP. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo Rocha (org.).

Vale consignar que o juiz das garantias foi introduzido pelo Pacote Anticrimes, mas está suspensa²⁴⁷ a sua aplicação por liminar concedida pelo STF, até o julgamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

É possível concluir que a mídia, também as redes sociais, e a sua concepção de modulação deleuziana coopera e até mesmo é instrumento para que o juiz “esqueça” a integridade do direito concedida pela CF/88 e, corolário disso, desrespeita o sistema acusatório e aja de maneira parcial.

O discurso muito utilizado pela mídia, tanto na Operação Lava Jato quanto na Mãos Limpas, é o combate à corrupção e, para tanto, seria justificável desrespeitar alguns direitos e garantias em razão de um bem maior – conforme visto anteriormente, tal discurso é tática fascista – de alcançar uma verdade que interesse ao Estado. No entanto, “é inconcebível, na Justiça Penal, a adoção de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a busca da verdade através de qualquer fonte probatória, tendo em vista que permitir qualquer tipo de prática” em perquirição de uma verdade causa graves riscos à segurança jurídica e a um retrocesso às práticas “do procedimento inquisitivo e injusto em detrimento das diretrizes políticas e jurídicas do processo acusatório”.²⁴⁸

No entanto, não existe nenhuma verdade judicial que não a verdade processual, assim o princípio da verdade real, de fato, no alcance que recebe, “pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva

Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019. p. 277. E-book.

²⁴⁷ Lopes Jr., proclama como frágeis os argumentos de inviabilidade do Juiz das Garantias: “Quanto ao problema das comarcas “com um único juiz”, a regra de transição do art. 748 do Projeto é uma boa solução, mas precisa ser condicionada no tempo (na redação originária havia a previsão de três anos, duplicável em caso de necessidade) para ter efetividade. Os argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, como a regionalização do juiz das garantias (de modo que um único juiz das garantias atenda a um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquérito online ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua concretização progressiva, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi feito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na direção inversa, interior-capital). Enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para levá-las adiante. O que não se pode mais é tolerar como “normal” o “anormal” funcionamento do sistema de administração de justiça”. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154.

²⁴⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 1. ed. atual. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 35.

àquele”. Nesse ponto, apenas uma leitura constitucional do processo penal terá a capacidade de “afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade”. Assim, a igualdade das partes tão-somente será conseguida a partir do momento em que não houver permissão ao juiz para uma “atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado”.²⁴⁹

Ao partir apenas da perspectiva teórica do Código de Processo Penal, ela é autoritária, “prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública. A Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”²⁵⁰. Apesar de o código pautar-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do indivíduo, a Constituição “instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado”²⁵¹ – norma que recentemente teve seu alcance diminuído por decisões do Supremo Tribunal Federal, que em momento posterior voltou a dar efetividade à norma – (art. 5º, LVII, CF).²⁵²

É certo, portanto, que para garantir que o processo que observe aos princípios capitais do Estado brasileiro, quais sejam: dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, o devido processo legal e todos os princípios daí decorrentes, é

²⁴⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 25. E-book.

²⁵⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

²⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

²⁵² O entendimento do STF foi estabelecido no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, nelas a Suprema Corte, em alteração de tese fixada em 2016, passou a considerar [em consonância com o que dispõe a CF] r46que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação penal, nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Veja: “PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade ADC 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Embargados: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. 7 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065#>. Acesso em: 01 out. 2021.

imprescindível que o Estado-juiz desempenhe a jurisdição respeitando todo o sistema acusatório, imposto pela Constituição Federal brasileira.

Os direitos e garantias fundamentais do acusado estão positivados, em sua maioria, no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, esse rol é apenas exemplificativo, visto que outros tantos são definidos de forma esparsa ao longo dos diversos capítulos do texto constitucional. É possível afirmar que a tutela dos direitos humanos se revelou uma preocupação básica da Constituição de 1988, na medida em que lhe coube expurgar os resquícios do regime de exceção que a antecedeu. Dentre os instrumentos corriqueiros do regime militar, contavam-se as prisões arbitrárias sem garantia de defesa para os acusados, a prática sistemática da tortura, e o desrespeito a outros direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio.²⁵³

Também o conteúdo da dignidade humana “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”. Fato é que a dignidade da pessoa humana, como elemento intrínseco do ser humano, é irrenunciável e inalienável “pode (e deve) ser reconhecida, não podendo, [...] ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”. Isso não quer dizer que a dignidade, nalguma de suas facetas, não possa ser relativizada, mas somente quando em oposição a outros bens jurídicos de mesmo valor.²⁵⁴

É neste sentido que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um”. Desta forma, a tarefa dos direitos fundamentais não é “assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação”. Luhmann²⁵⁵, o mais importante defensor do entendimento descrito no início deste parágrafo, afirma que “a pessoa alcança (conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa de sua própria identidade”.²⁵⁶

²⁵³ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41-42.

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 47 e 49.

Dworkin²⁵⁷ consigna que a dignidade tem tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e ambas estão interligadas; assim, mesmo aquele que não possui consciência de sua dignidade deverá ter sua dignidade respeitada e reconhecida, já que o homem não pode ser tratado, jamais, como objeto²⁵⁸, o que não significa que espontaneamente o homem não possa prestar serviços a outrem em uma relação mútua.

A partir de profunda discussão, Sarlet propõe a seguinte conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁵⁹

Importante trazer a lume que a CF/88 foi a primeira das constituições brasileiras a tratar num título próprio os princípios fundamentais, situado logo após o preâmbulo. “Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer [...] a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional”. Essas normas são denominadas “núcleo essencial da nossa Constituição formal e material”.²⁶⁰

²⁵⁷ DWORIKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁵⁸ Sarmento esclarece que: “Nossa Suprema Corte também proferiu uma série de decisões sobre matéria processual-penal, todas da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se valeu da ideia do valor intrínseco para ressaltar que a pessoa humana não pode ser tratada como mero objeto da ação estatal no âmbito da prestação jurisdicional. Nesse sentido, o tribunal ligou o valor intrínseco ao direito de defesa à prerrogativa do acusado de se manter em silêncio para não se autoincriminar⁵² e à necessidade de cautela para instauração de ações penais,⁵³ ligando as hipóteses ao princípio da dignidade da pessoa humana e ressaltando, em todos os casos, que “esse princípio, em sua acepção originária, proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais”. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 114-115. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. turma). **Habeas Corpus n. 118.344**. Paciente: Edwaldo Lourenço. Impetrante: Leonardo Rocha Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. 18 mar. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4424842>. Acesso em: 01 out. 2021.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64.

Também inaugural em nossa atual Constituição “o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento²⁶¹ de nosso Estado democrático de direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988)”, como bem salienta Sarlet antes tarde do que nunca.²⁶²

Segundo Prado, o princípio acusatório é o “núcleo básico do sistema acusatório”,²⁶³ do qual decorrem outras normas e princípios.²⁶⁴ Ao apontar os juízes e a história do processo, Ferrajoli²⁶⁵ acena à tradição acusatória e à tradição inquisitorial, havendo uma identidade do juiz expectador e imparcial ao primeiro sistema processual e o juiz ator, representante do poder punitivo, investigador, ao sistema inquisitivo.

Deste patamar, qual seja: de o processo penal passar a ser visto como instrumento de garantia ao cidadão e não somente de punição, Giacomolli enfatiza a necessidade de uma nova metodologia “hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos”²⁶⁶, razão pela qual o devido processo é oriundo das convenções e da Constituição e dos princípios daí inerentes e não somente de um cumprimento rígido e engessado das leis.

²⁶¹ Inspirado no constitucionalismo lusitano e hispânico o constituinte nacional não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, mas à condição de princípio fundamental. “O dispositivo (o texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgadas, já que cada direito fundamental pressupõe – na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma fundamental que o reconheça [...] verifica-se que dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988) contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002. p. 71-72.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002. p. 64.

²⁶³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103 e 160.

²⁶⁴ Segundo Geraldo Prado: “Assim também a definiu, em relação ao modelo espanhol Vadillo, na obra citada anteriormente, p. 140. Devemos frisar que o princípio acusatório, como será tratado posteriormente, constitui o núcleo básico do sistema acusatório mas não o esgota, na medida em que este último reclama, para sua conformação, outros princípios e normas (oralidade, publicidade).” PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 109.

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madri: Trotta, 1997. p. 575.

²⁶⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

É sem controvérsia o fato de que a Norma Constitucional dá especial ênfase à dignidade réu ou investigado, bem como a adoção do modelo acusatório (com evidente bifurcação entre as funções de acusar²⁶⁷, defender e julgar); a nitidez nos procedimentos; a procura da eficácia do processo (percebida como efetividade das garantias processuais); e a democratização na organização judiciária.²⁶⁸ Assim é que

Depreende-se que a Constituição Federal é a norma paradigma, na qual todas as outras normas devem buscar fundamento e validade. Essa afirmação se revela imperiosa a todos os dispositivos legais, seja qual for a matéria por eles tratada, e ganha especial relevância quando seu escopo é a matéria processual penal, já que esta lida diretamente com a liberdade, direito cujo cerceamento deve ser sempre juridicamente respaldado e fundamentado, sob pena de o ato que o determinou quedar-se eivado de vício insanável.²⁶⁹

A existência do processo penal não deve ser considerada como técnica de punição, ao contrário, é o Estado quem tem que justificar o *jus puniendi*. O direito à liberdade é inerente à pessoa humana. “Existe ainda o fundamento histórico-político para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettiol”.²⁷⁰ A proteção do indivíduo é fruto de uma obrigação do Estado Democrático, pois a democracia acarretou a reivindicação de que o homem possua “uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das

²⁶⁷ Sobre a função de acusar, importante a lição de Jardim: “Era preciso, e também uma consequência natural do evoluir dialético do pensamento humano, chegar-se a um processo que fosse a síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se a retirada do Juiz daquelas funções persecutórias, mas não poderia o Estado cruzar os braços no que tange à perseguição penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de forma justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o Juiz tinha de ser preservado, em prol de sua imparcialidade. Conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro “ovo de Colombo” para o processo penal que surgiu modernamente. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da persecutio criminis in judicio, sem precisar comprometer a imparcialidade judicial.” JARDIM, A. S.; AMORIM, P. S. M. C. de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129-137.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Anteprojeto de lei de reforma do código de processo penal**: entregues ao Ministro da Justiça em 6 de dez. 2000. [S. l., 2000]. Disponível em: www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/2610/LEGISLA%C3%87%C3%83O/L01.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

²⁶⁹ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012.

²⁷⁰ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 13; BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal penal**. Barcelona: Bosh, 1977.

estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão” garantia de liberdade, e isso despontou na Europa posteriormente a uma época de graves arbitrariedades e “que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789”.²⁷¹

A democracia, no sentido de ser um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em relação ao Estado, tem a sua manifestação em todas os âmbitos da relação Estado-indivíduo, não se restringindo à escolha de representantes, mas garantindo a existência digna da pessoa humana em todos os setores. De fato, “inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal”. Assim, é possível afirmar, sem dúvidas, que o princípio que primeiramente domina no “processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse status após a sentença condenatória transitar em julgado)”, tendo em vista que esse é o dever que surge da presunção constitucional de inocência insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição.²⁷²

Destarte, o escopo principal “da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo. O significado da democracia é a revalorização do homem”.²⁷³ A dignidade da pessoa humana é um valor-guia não somente dos direitos fundamentais, mas norteador de toda a ordem jurídica.²⁷⁴

Ferrajoli²⁷⁵ observa que é possível denominar acusatório todo sistema processual em que a figura o juiz atua como um sujeito passivo, inerte, com extrema rigidez de separação das partes e o juízo como uma disputa entre iguais principiada pela acusação, a quem incumbe o ônus da prova, enfrentando a defesa em um juízo contraditório, oral e público e decidida pelo juiz segundo sua livre convicção.

Se comprende que esta mayor autenticidad aparece sólo si se satisfacen las garantías del iuicio contradictorio, la oralidad, la inmediateción y la publicidad de las pruebas que, como veremos, caracterizan la forma del proceso acusatorio. Falta, en cambio, en el proceso inquisitivo, donde las pruebas se practican en secreto y por escrito. En

²⁷¹ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 13.

²⁷² LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 14.

²⁷³ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 14.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 107.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 1997. p. 564.

este caso las fuentes de prueba no sólo pierden viveza y degeneran en ‘documentos’ del pasado, sino que sufren una ulterior deformación subjetiva: la que deriva del método no impersonal, de su recogida, constituido por la transcripción de las declaraciones. Esta, en realidad, no es un registro mecánico sino un ulterior filtro insertado en el proceso de producción de las pruebas y formado por la subjetividad de los declarantes (agentes de policía, fedatarios, secretarios, fiscales y otros sujetos distintos del juez). Estos re-formulan las declaraciones en su lenguaje personal, sometiéndolas inevitablemente a sus esquemas jurídico-interpretativos, habitualmente acusatorios.²⁷⁶

O sistema acusatório é um imprescindível do moderno processo penal, diante da “atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado”, que não é mais visto como um mero objeto e assume “posição de autêntica parte passiva do processo penal”. Ademais, ocasiona maior tranquilidade social, ao evitar “abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz ‘apaixonado’ pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvidasse dos princípios básicos de justiça”, já que tratou o suspeito como condenado, como mero objeto do processo, desde o início da investigação.²⁷⁷

Assim, como oriundo dos postulados do sistema, em grandeza inversa “à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador, produz-se um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para” apresentar os fatos, a verdade processual. Situação que impõe responsabilidade e conhecimento técnico dos profissionais que atuam no processo penal. Da mesma maneira, é dever do Estado “criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às pessoas que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional”. Apenas com a observação de tais elementos será possível afirmar a existência de “um processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção da justiça”.²⁷⁸ De fato,

No sistema acusatório, ao contrário do sistema inquisitório, avulta a experiência de uma atividade propriamente administrativa do juiz, embora, no conjunto, esse juiz perca poderes. Por essa razão muito simples: afastado da produção da prova, o juiz adquire mais tempo para dirigir, efetivamente, os trabalhos do julgamento e nesse sentido

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 1997. p. 57.

²⁷⁷ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 71.

²⁷⁸ LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 71.

apura-se seus sentidos. Ainda que não o queira, sua posição privilegiada, aliada à subtração de parte de seus poderes, confere-lhe a condição concreta e mental de árbitro do conflito. Sua função passa a ser, rigorosamente, a de valer pela correção e justiça das atividades instrutórias e crítica das partes. Em outras palavras, de velar pelo efetivo equilíbrio da relação processual penal.²⁷⁹

A opção da carta constituição de 1988, conforme já asseverado anteriormente, foi “pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial. Mantido o debate entre acusatório/inquisitório, verifica-se que o sistema processual” traçado pelo constituinte é o acusatório, assim compreendido como o de total separação entre as funções de acusar e julgar, abarcado por uma capa de princípios e garantias, as quais apartam “as características do sistema inquisitório (ainda encontrado na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciárias). Isso porque o constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal”, com todos os seus consectários: “o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não autoincriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como *extrema ratio*, a exclusividade da ação penal pública” ao seu titular, qual seja, o Ministério Público.²⁸⁰ Assim, é possível elencar as seguintes características do sistema acusatório:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele se mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio ne procedat iudex ex officio, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.²⁸¹

Assim, conforme bem assevera Streck, não há questionamento de que “um Juiz imparcial e um Promotor de Justiça independente são os requisitos

²⁷⁹ GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 141.

²⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 99.

²⁸¹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 57.

indispensáveis à implantação de um sistema processual-penal democrático. O corolário disto deveria ser a plena aplicação do princípio acusatório”, enterrando definitivamente o sistema inquisitorial, adotado pelo Código de Processo Penal de 1941, “ainda assentado no mito da verdade real (que, na verdade, sempre mascara a busca pela condenação do réu)”.²⁸²

Torna-se necessário entender que o sistema acusatório institui uma vitória do “Estado Democrático de Direito. Tal sistema – fundado, na verdade, em um princípio (acusatório) – revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitório, de triste memória histórica. Ora, ao juiz cabe julgar; ao promotor” compete concluir a pretensão “acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos” do acusado; ao legislador, incumbe originar legislação ajustada ao sistema jurídico.²⁸³

Cabe enfatizar que permitir existência de elementos oriundos do sistema inquisitivo seria o mesmo que autorizar a legislação infraconstitucional a possuir “inclinações anti-garantistas, pois, a rigor, os elementos inquisitórios são incompatíveis em relação a um sistema dotado de princípios e normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, inerentes ao sistema acusatório, já “aqueles norteariam um modelo repressivo e autoritário, contrário aos ditames do Estado Democrático de Direito e da Teoria do Garantismo”.²⁸⁴

A teoria garantista apresentada por Ferrajoli tem por fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, com condicionamento formal e material das práticas jurídicas aos limites constitucionais, porque, num Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é um dos pilares basilares.

De acordo com as lições de Streck, a teoria garantista é compreendida “como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia: garantias tanto liberais como sociais expressam os direitos fundamentais do cidadão” diante dos poderes do Estado, assim, proteção dos interesses dos mais débeis em relação aos

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 161, jan./abr.2010.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 161, jan./abr.2010.

²⁸⁴ SANTOS, Teodoro Silva. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova ex officio pelo magistrado. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 02, n. 59, p. 210-233, 2021.

mais fortes, bem como “tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas”.²⁸⁵

Portanto, “o garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária”, seja ela de origem pública ou privada. Assim, em razão de tratar de modelo ideal (e ideológico), proporciona numerosos pressupostos e consequências lógicas e teóricas,²⁸⁶ assegurando a efetividade de um Estado Democrático de Direito. Tais pressupostos são discutidos no tópico que segue.

3.1.1 O modelo garantista como legitimação do Estado Democrático de Direito

O tópico anterior finda-se na afirmativa que a Teoria do Garantismo se funda no respeito à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, de seus direitos fundamentais; sendo assim, é o parâmetro necessário e útil para a atuação do poder estatal – e também do particular –, o qual deve procurar a concretização máxima dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, base nuclear do Estado Democrático de direito.

É nesse sentido que Ferrajoli leciona que os direitos fundamentais expressos nas constituições constituem um sistema normativo limitador e ordenador do poder e atuação estatal. Não se trata, portanto, de direitos “para o Estado” ou no seu interesse, mas “contra o Estado”, compreendendo como direitos a serem antagônicos aos interesses autoridades públicas, e, também, pelos quais estas terão de assentar suas ações.²⁸⁷

Assim, “os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir”. Se trata, de fato, de uma “esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais - direitos humanos

²⁸⁵ STRECK, Lenio. O trabalho dos juristas na perspectiva do estafo democrático de direito: da utilidade de uma crítica garantista. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 44, 1998.

²⁸⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 21.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002. p. 38.

constitucionalizados - adquirem”, com efeito, o posto de instituir “o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.²⁸⁸

El Estado de Derecho, como proceso histórico y construcción racional, es (significa, representa) la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquel se trata de convertir en ‘legalidad’ (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la ‘legitimidad’ democrática. Los modos de esa específica interacción entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir en ‘legitimación’.²⁸⁹

Destarte, acerca da Teoria Garantista, Ferrajoli confere três²⁹⁰ acepções adjuntas ao termo garantismo, a saber: a primeira é o fato do garantismo ser um

²⁸⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 19.

²⁸⁹ DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Governador Valadares, v. 11, n. 1, p. 09-25, jan./jun. 2006. Disponível em: doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁹⁰ Ferrajoli explica: “El estado de derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación. Hemos visto cómo el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de egarantismo, nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático. Ahora es posible distinguir tres acepciones de la palabra cgarantismo», diversas pero relacionadas entre sí, que corresponden a otros tantos temas tratados en las tres primeras partes de este libro pero susceptibles también de ser trasladadas a todos los campos del ordenamiento jurídico. Según una primera acepción, ~garantismo* designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de .estricta legalidad» SG propio del estado de de- recho, que en el la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una téc- nica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la li bertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciu- dadanos. En consecuencia, es ~garantista. todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas tout court, de grados de ga- rantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismo de invalida- ción y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1997. p. 851-852.

modelo normativo legítimo do Estado de Direito e envolve uma limitação estatal punitiva ante às direções constitucionais; a segunda é uma teoria jurídica da validade e da efetividade, consistindo numa técnica de aproximação “entre a existência formal da norma jurídica com a sua efetiva concretização”; por fim, na terceira, o garantismo se exhibe como uma filosofia política que promove do direito e do Estado o ônus da alegação externa “com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”²⁹¹.

A teoria do garantismo penal, cunhada precipuamente por Ferrajoli, procura precisamente a racionalização do julgador a partir da legalidade, limitado, pois, por ela, com a intenção de obstar condutas tendenciosas, assim nenhuma decisão ou ato oriundo da atividade judicante pode se sobrepor aos direitos fundamentais, sob nenhum argumento. Assim, todo ato provindo do magistrado necessitará ser fundamentado nos princípios e direitos garantidores intrínsecos à pessoa humana. Assim, os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal de 1998, como exemplo, o da presunção de inocência, contraditório/ampla defesa, motivação e outros, devem ser totalmente respeitados pela atividade jurisdicional. Nesse sentido, importante a lição de Baratta:

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal dos Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios ‘garantistas’: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política ‘alternativa’ com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas ‘simbólicas’ oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo este tempo, o ‘uso alternativo do direito penal’ significará usar o direito como instrumento para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 683.

das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena.²⁹²

Busca-se, com o garantismo penal, a interferência mínima do Estado no que diz respeito à punição e, por tal razão, a teoria é correlacionada ao direito penal mínimo que é instrumento de defesa contra as aspirações de vingança. De acordo com Carvalho, “o garantismo penal é, pois, um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo de racionalidade, tem como escopo minimizar a(s) violência(s) (públicas e/ou privadas)”²⁹³. O autor arremata afirmando que “a garantia dos seus direitos fundamentais não poderia ser sacrificada sequer em nome do ‘bem comum ou público’”.²⁹⁴

O garantismo penal reconhece naquele que supostamente praticou crime, e mesmo depois da comprovação da prática por meio do processo, o fato de que ele é e continua sendo sujeito de direitos e que todas as suas garantias como tal devem ser respeitadas. Assim, o processo penal apresentado na Constituição Federal brasileira é garantista, possui matriz de núcleo fundante, conforme visto no tópico anterior, no sistema acusatório; de tal modo, o indiciado/réu é tido como sujeito de direitos e a busca da verdade processual, por meio da atividade probatória, deve respeitar o sistema constituído pela CF/88, mormente para garantir a dignidade da pessoa humana e a concretização do Estado Democrático de Direito.²⁹⁵

Assim, o magistrado, no exercício de sua função técnica, necessita ostentar a atitude de garantidor, resguardando os direitos inseparáveis da pessoa humana, isso

²⁹² BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 13, jan./mar. 1994.

²⁹³ CARVALHO, S. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 94.

²⁹⁴ CARVALHO, S. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 94.

²⁹⁵ Ainda, segundo Díaz: “Los derechos humanos constituyen, pues, la razón de ser del Estado de Derecho: la cultura de este y de aquellos es la común cultura de la Ilustración. Los complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado que permite denominarse Estado de Derecho es algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales. Estos, por lo tanto, y esa coherente institucionalización, es lo que viene de hecho a definir al Estado de Derecho y, a su vez, lo que en mayor o menor medida justifica y legitima, o no, a aquél. El análisis crítico de tales procesos históricos -hoy hacia uniones o federaciones de Estados supranacionales- y la consecuente argumentación racional, instrumental y ética, acerca de ello constituyen, pues, los elementos básicos para la determinación de aquella «razón de ser».” DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Governador Valadares, v. 11, n. 1, p. 09-25, jan./jun. 2006. Disponível em: doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26>. Acesso em: 20 jun. 2021.

porque diversos fatores influenciam a atividade jurisdicional, inclusive o realismo jurídico²⁹⁶, “as vozes das ruas”. Nesse sentido, a lição de Ferrajoli:

[...]há um terceiro fator de incerteza, também insuperável. Trata-se do caráter não impessoal deste investigador particular legalmente qualificado que é o juiz. Este, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos.²⁹⁷

É por tal razão que o Poder Judiciário, o magistrado imbuído na função judicante, deve se ater ao sistema constitucional, visando aplicar a norma no sentido de garantir os direitos e garantias fundamentais. Assim, o juiz no “processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto

²⁹⁶ Segundo Streck: “O realismo jurídico norte-americano e o realismo escandinavo foram os dois movimentos mais destacados de realismo jurídico. A versão estadunidense surgiu na primeira metade do século XX e teve como principais representantes John Chipmann Gray, Morris Cohen, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, Oliver Wendel Holmes, entre outros. Seus adeptos são identificados por adotar as seguintes posições: **a.** mantêm sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica; **b.** afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o Direito; **c.** o Direito é concebido não como fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais; **d.** assumem uma atitude científica direcionada à observação dos fatos sociais; **e.** em sua concepção, o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto de análise pela Ciência do Direito; **f.** criticam os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que “profecias” a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer – aqui houve, é bem verdade, uma *fratura* no movimento realista frente às divergências travadas entre Frank e Llewellyn. O primeiro (Frank) negava a possibilidade de se chegar a formulações de previsibilidade confiável, pois o juiz estaria condicionado, de maneira incontrolável, por suas próprias preferências, idiosincrasias, gostos, não só na seleção da regra ou do precedente, mas também na atribuição do significado dos fatos envolvidos, vale dizer, na maneira de entender o caso concreto, de encarar os depoimentos das testemunhas, enfim, de valorar os eventos; já o último (Llewellyn) defendia a possibilidade de efetuar racionalizações sobre o labor dos juízes que permitiriam a formulação de previsões, porquanto o julgador geralmente responde a estímulos e incitações do ambiente em que vive e tende a comportar-se segundo os *patterns* estabelecidos por seus predecessores e outros componentes da sua classe, dando origem à uniformidade das decisões (CASTIGNACIOONE, 2007).” [...] Autores como José Luis Martí (2002, p. 259-282) colocam em dúvida a compatibilidade conceitual do realismo com ideais políticos democráticos e liberais. Nesse sentido, ao abordar a vertente genovesa, alerta que o ceticismo realista quanto à interpretação jurídica, que desloca toda a aplicação do Direito do plano do conhecimento para o plano da vontade, conduz a incontornáveis incompatibilidades com: **i.** a separação dos poderes (todos os Poderes pensados por Montesquieu confluem para apenas um: o Judicial); **ii.** o Estado de Direito (se normas não podem ser conhecidas, não faz sentido falar-se em previsibilidade, segurança jurídica, e nem mesmo em leis gerais, abstratas e preexistentes); **iii.** a proteção de direitos individuais (se tudo está no âmbito da vontade de magistrados, direitos só podem ser preservados quando eles queiram que sejam); **iv.** a democracia (as noções de representação política e de exercício popular do poder pressupõem normas jurídicas anteriores que as fundamentem).” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 371-372.

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 46.

pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado)”, deverá arrancar a máxima potência “das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais”²⁹⁸.

Ferrajoli, ao analisar os quatro sistemas de controle social – sociedade selvagem, Estado selvagem, sociedade disciplinar e Estado disciplinar –, afirma que são tentativas abolicionistas, iminentes quando entra em crise o direito penal, cujo escopo “justificante, para aqueles que não se sentem atraídos por tais sistemas, identifica-se precisamente na prevenção dos mesmos. O último destes sistemas é o mais alarmante”²⁹⁹, tendo em vista sua capacidade de coexistir, insidiosamente, com as democracias modernas.

Assim, o autor afirma ser possível eliminar ou reduzir os delitos por meio de uma restrição preventiva da liberdade, perfazendo uso de carros-tanques e com policiais em prontidão, “mas também – mais modernamente e discretamente –, com o uso de câmeras nos lugares de trabalho e de divertimento, mediante interceptações telefônicas e de todo o aparato de técnicas informáticas e telemáticas de controle”³⁰⁰, a sociedade de controle explicitada por Deleuze³⁰¹, materializando-se num panóptico social “muito mais minucioso e penetrante do que aquele carcerário concebido por Bentham e idôneo não apenas a desenvolver funções de prevenção dos delitos, mas também de governo político da sociedade”³⁰².

Ao mesmo tempo, a pena expressa na legislação “garante o respeito à pessoa, salvaguardando-a de pretensões de socialização forçada, bem como de estigmas e de censuras morais” trata-se de opção às penas infamantes pré-modernas - como, por exemplo, “a exposição ao público com um cartaz pendurado no peito [...] voltadas,

²⁹⁸ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: ROSA, Alexandre Morais da; ADEODATO, João Maurício Leitão. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

²⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

³⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

³⁰¹ DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

essencialmente, a humilhar o culpado, solicitando-lhe a reprovação social”³⁰³. Ferrajoli cita Humboldt³⁰⁴ ao explicar o tipo de pena “que deveria ser completamente abolida, qual seja a marca da infâmia.

A honra de um homem, a estima que os seus concidadãos possam ter dele, não se submetem à autoridade do Estado”³⁰⁵, no entanto, apesar do estágio civilizatório que reclama a si mesmo a sociedade contemporânea, do dito Estado Democrático de Direito, como patamar de evolução do Estado moderno, o processo penal e o direito penal têm sido constantemente utilizados para constranger o sujeito, transformando-o em objeto de exemplo à sociedade – prevenção geral e especial – por meio da exposição midiática dos atos investigatórios e processuais.

Diante de tais questões práticas e dogmáticas, a teoria do garantismo, segundo Ferrajoli, pode ser teorizada em três vertentes, no entanto, dentro do corte epistemológico que se propõe na presente pesquisa, a discussão, no momento, estará restrita ao garantismo penal. O garantismo penal, pois,

[...] designa um modelo normativo de direito: [...] modelo de ‘estrita legalidade’, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.³⁰⁶

Ainda que se tenha transcrito apenas o modelo penal de garantismo, Ferrajoli esclarece que os três significados representam a formação moderna daquilo que se chama Estado de direito. No direito penal, Estado de direito designa “o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto,

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

³⁰⁴ HUMBOLDT, W. Saggio sui limiti dell'attività dello Stato, p. 126 *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

³⁰⁵ HUMBOLDT, W. Saggio sui limiti dell'attività dello Stato, p. 126 *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 273.

³⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 684.

por seu turno, está *sub leges*³⁰⁷. A Constituição é o manto que acoberta o direito penal e delimita a sua atuação.

Na epistemologia garantista, a legalidade estrita demanda duas condições, a saber: o caráter procedimental, que deve estar previsto em lei a fim de definir a conduta punível, e a característica empírica, atinente aos fatos, ou seja, às situações nas quais tais condutas estejam legalmente definidas.

A relevância e importância de regras claras de condução do processo penal por meio de normas procedimentais é elucidada por Fernandes:

São dois os direitos fundamentais do indivíduo que interessam especialmente ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança, ambos previstos no caput do art. 5º da CF. Como decorrência deles, os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam a liberdade. Dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para ser obtido a um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade. Em outros termos, o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. De maneira resumida, um sistema que assegure eficiência com garantismo, valores fundamentais do processo penal moderno.³⁰⁸

Assim, o Estado de direito, como consequência do combinado das garantias liberais e sociais, pode ser assentido como um sistema de “meta-regras em relação às regras mesmas da democracia política [...] se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria”³⁰⁹. A democracia substancial e social se revela no fato de que o Estado não decide tão somente em favor da maioria, mas às necessidades de todos, e o garantismo é uma tecnologia “de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002. p. 687.

³⁰⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. “Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal”. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de (org.). **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-10.

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002. p. 697.

devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação estrutural e substancial da democracia”.³¹⁰

São as garantias individuais ou sociais que exprimem de fato – com eficácia – “os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas”³¹¹. Neste contexto se encontra o réu no processo penal; sua posição diante dos poderes do Estado será minoritária, reclamando que o Estado seja limitado pela Constituição e cumpra efetivamente as garantias lá previstas, não sendo justificável um discurso pragmatista de desrespeito aos direitos fundamentais sob o argumento punitivista.

A fim de propor princípios que devam ser respeitados, Ferrajoli apresenta dez axiomas basilares que são tidos como “as regras do jogo fundamental do direito penal”.³¹² É a bússola que tem a finalidade para regular tanto o direito material quanto o formal, ou seja, o direito processual penal, são eles: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*.

Importante esclarecer que o autor afirma que tais axiomas não exprimem “as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos ou a parâmetros de justificação externa”. Trata-se, dizendo de outra forma, de decorrências “deônticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deônticos, normativos ou axiológicos”.³¹³

Ferrajoli³¹⁴ os equipara a dez princípios, a saber: 1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 697.

³¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 698.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 464.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 90.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 74-75.

direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Tais princípios compõem, dessa forma, o modelo garantista de direito, que deve ser aplicado tanto no direito substancial, penal, quanto formal, processual penal, sendo basilares para o Estado democrático, cabendo aos juristas, mormente aos agentes estatais, observarem com diligência e constantemente os princípios e garantias fundamentais.

No entanto, Pereira e Fischer elucidam que sobretudo em terras nacionais é necessário “reafirmar a premissa de que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, possuindo também o denominado postulado de proteção”. Os autores parafraseiam Canaris, que aduz não existir tão somente um “impedimento de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Enquanto a Proibição de Excesso (*Übermassverbot*) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental” (mormente os de primeira geração), “a Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam” – não estão sendo de maneira satisfatória protegidos, “ou ainda, quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais”.³¹⁵ Razão pela qual defendem aquilo que chamam de garantismo integral³¹⁶, tema que não será debatido nesta pesquisa.

³¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez; FISHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, p. 65, jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

³¹⁶ De acordo com Pereira e Fischer e sobre o dito garantismo integral: “há inúmeros precedentes das Cortes supranacionais de direitos humanos que, por interpretação das respectivas convenções (e como decorrência também das próprias previsões constitucionais internas), reconhecem a existência de expressas obrigações processuais penais positivas que consistem, em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar também o plexo de garantias protegidos das vítimas e da coletividade em geral.” PEREIRA, Frederico

De fato, adotar e observar o modelo garantista, especialmente pelo julgador, terá efeitos benéficos a toda a sociedade, pois haverá a segurança jurídica a um processo justo e positivo que impede ao máximo a ocorrência de ilegalidades, injustiças e abusos que possam eventualmente acontecer durante o processo. É a maneira mais eficaz, a única, de refrear as intervenções e danos provocados pela mídia no andamento do processo, reduzindo a espetacularização do processo penal.

O garantismo se fundamenta na legalidade. Somente com a lei (*Nullum crimen sine lege*) em qualquer situação, o paradigma para a lei penal e processual penal, são os direitos do homem e do cidadão reconhecidos internacionalmente e formalizados na Constituição de 1988. Apenas o respeito aos axiomas ao caso concreto tem o condão de assegurar a imparcialidade do julgador. Nesse sentido, Ferrajoli esclarece:

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação - externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro - se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores - a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais - mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito 'representativo', não devendo nenhum interesse ou desejo - nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos - condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivo e legislativo que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.³¹⁷

Assim, o princípio da legalidade, acoplado “à estrutura hierarquizada e secularizada do ordenamento jurídico balizado pela Constituição, é o ponto de partida na construção do modelo garantista”. Destarte, trata-se de uma categoria lapidar, o princípio da legalidade (penal) pretende fundar uma previsibilidade mínima ao cidadão

Valdez; FISHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica do Ministério Público do Estado do Ceará** Fortaleza, p. 60, jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021. Ver também: FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 464.

no uso e gozo de seus direitos, segurança jurídica, pela exigência de “*lex praevia* e pública, condicionando e limitando o poder na interferência ilegítima. Todavia, o positivismo legalista e o dogmatismo associaram a ideia de legalidade com legitimidade, pressupondo a regularidade dos atos do poder”.³¹⁸

Assim, esse “positivismo contemplativo e acrítico parte da (equivocada) ideia de que os atos de poder são, em regra, legítimos, pelo simples fato de corresponderem a um modelo ideologizado”, no qual as ideias de legitimidade e legalidade são semelhantes. No entanto, nesse reducionismo, parte do ponto de vista “de que o poder é bom, sendo sua tendência a tutela dos direitos. A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático”³¹⁹, compreendendo que:

(a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle.³²⁰

Tal é a razão que, apesar de toda a construção teórica, legislativa e constitucional, pode-se dizer que o processo penal nos moldes garantistas em que ele devia se fundar passa por uma crise sob o argumento de que se deve punir os indivíduos que cometem crimes. Especialmente após o caso denominado Mensalão (AP 470),³²¹ o país teve base para punir crimes de colarinho branco atrelados à

³¹⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 21.

³¹⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 21.

³²⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 21.

³²¹ Streck teceu, à época, algumas preocupações acerca dos efeitos do julgamento para a dogmática jurídica: “Na especificidade da teoria do domínio do fato, fui o primeiro (ou um dos poucos) a chamar a atenção da comunidade jurídica acerca do perigo do uso descontextualizado da tese do domínio do fato. Alertei para o perigo do discricionarismo – minha luta constante desde a década de 90 –, conforme se pode ver na reconstrução do item 3 do presente texto. Atento aos problemas trazidos pela vulgata em que se transformou a ponderação alexiana (da qual Alexy não tem qualquer culpa!), vislumbrei que isso poderia acontecer à referida teoria. Dito e feito. No julgamento da AP 470, o STF lançou mão da teoria. E o fez de forma atécnica. Tão importante foi meu alerta que o Ministro Ricardo Lewandowski fez longa referência – elogiosa – a ela em pronunciamento no julgamento, disponível no site do STF em vídeo do famoso julgamento. [...] Portanto, fiz críticas de cunho garantístico ao uso descriterioso da teoria do domínio do fato, assim como ao uso da “livre apreciação da prova”, da “verdade real” e à tese de que, segundo Malatesta (sic), “o ordinário se presume, só o extraordinário se prova”. Aliás, denunciei que a tese de Malatesta, citada no STF, é desmentida pelo próprio Malatesta páginas adiante, no livro que tive a pachorra de ler, chamado *A Lógica das Provas*, escrito em 1894.” STRECK, Lenio L. O domínio do fato e o etiquetamento dos crimes hediondos: a banalização de teses no direito penal a partir da falta da filosofia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, p. 61; 67, jan./abr. 2013.

corrupção, que desde a época colonial estava presente no poder estatal³²².

Com base, portanto, na experiência da AP 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, outra operação teve subsídios para ser iniciada: a Lava Jato, que buscou investigar esquemas fraudulentos especialmente com o envolvimento da Petrobrás.

No entanto, na busca de um célere punitivismo e de um combate à impunidade, criou-se um discurso de que as garantias e o respeito aos direitos fundamentais seriam sinônimo de morosidade e de meio de tornar o processo incapaz de punir.

Apesar deste norte, Mendes observa que, de maneira expressa ou subliminar, a utilização do instituto é defendida por meio de um discurso volvido a um hipotético “dever cívico, que na Inquisição era significado sob o manto da obediência. Um discurso capaz de atravessar não só o Continente Latino-americano, como de encontrar eco em diversos outros pontos do mapa mundi”.³²³

A face punitiva do Estado tem sido um viés recorrente em sociedades democráticas preocupadas com o combate à corrupção. Exemplos desta afirmação são as chamadas operações “Mãos Limpas”, ocorrida na Itália, e “Lava Jato”, situada no Brasil. Ambas se relacionam com o protagonismo do Judiciário (e, como deveria ser, por consequência, do processo penal) na persecução criminal a políticos italianos e brasileiros acusados de envolvimento em práticas corruptivas.

A operação *Mani pulite* na Itália foi desencadeada em 1992 pelo “Ministério Público de Milão e teve como saldo o envolvimento de um total de 6.059 pessoas, dentre as quais 2.993 foram detidas. Entre os investigados estavam 872 empresários, 1.978 funcionários públicos e 438 parlamentares”, destes, quatro tinham ocupado o cargo de primeiro-ministro.³²⁴

As averiguações investigativas alcançaram os maiores agrupamentos políticos da Itália “entre as quais estavam: a Democracia Cristã (DC), o Partido Socialista Italiano (PSI), o Partido Socialista Democrático Italiano (PSDI) e o Partido Liberal Italiano (PLI) [...] grande expressão política estava Bettino Craxi, ex primeiro-ministro da Itália e líder do PSI, foi denunciado e condenado pela prática de crimes de

³²² Neste sentido, também: BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

³²³ MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negociada”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 32, jan./abr. 2017.

³²⁴ PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” fonte de inspiração da Operação Lava Jato. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, p. 5, 2016.

corrupção e financiamento ilícito de partido, fugiu da Itália e exilou-se na Tunísia, onde faleceu no ano de 2000, somente para citar um caso.³²⁵

Outro ponto que chama a atenção foi o protagonismo da mídia. Assim como no Brasil, “os meios de comunicação italianos – os jornais primeiro, depois a televisão – contribuíram basicamente de duas maneiras para o desenrolar das investigações”. Num primeiro momento, a mídia conservou o público atualizado acerca do andamento das investigações, permitindo que todos percebessem o que estava sendo investigado. Em segundo momento, “ao fazer com que a corrupção se transformasse no tema principal do debate público entre os anos de 1992 e 1994, por ocasião das eleições gerais, sacramentou o desaparecimento dos partidos políticos tradicionais” do ciclo referente ao pós-guerra e a concludente ascensão política de Silvio Berlusconi.³²⁶

O outro mote que em muito se assemelha com a Operação Lava Jato é o uso da mídia e da opinião pública para forçar a participação dos acusados em colaboração premiada.

Narra Pascoetto que, no decorrer do ano de 1992, a imprensa italiana expandiu o limite da investigação Mãos Limpas, com enfoque na questão da corrupção de uma maneira jamais vista na história do país. A expansão da investigação se deu graças “ao fato de os jornais terem colocado o tema da corrupção nas manchetes por meses a fio. Além de convencer os investigadores de que eles tinham o apoio do público – que em grande parte era verdade” – a cobertura ininterrupta da mídia também colaborou para persuadir – constranger – empresários e políticos investigados que era mais proveitoso confessar do que ser emaranhado ainda mais na operação judicial. “Serviu assim para quebrar o muro de silêncio que havia dificultado investigações semelhantes no passado”.³²⁷

Ciocarri, ao observar o comportamento da mídia brasileira no repasse de informações da Operação Lava Jato, no ano de 2014, concluiu que a distribuição das

³²⁵ PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” fonte de inspiração da Operação Lava Jato. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, p. 5, 2016.**

³²⁶ PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” fonte de inspiração da Operação Lava Jato. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, p. 7, 2016.**

³²⁷ PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” fonte de inspiração da Operação Lava Jato. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, p. 9, 2016.**

informações no desenrolar dos casos exibiu alteração significativa, num encadeamento de intercâmbio de arranjos com troca de argumentações com infrações de segunda ordem que “deram à Operação Lava Jato um enredo que permanece por mais de um ano. Se no início as alegações e contra-alegações eram constantes, depois de um ano, o tom de desconfiança tomou conta” da agenda e enquadramento da mídia, e da opinião popular, perfazendo com que o tom acusatório fosse mais incisivo. “Fenômeno talvez explicado pelas manifestações civis que ocorreram em 14 e 16 de março que levaram cerca de 1 milhão de pessoas à Avenida Paulista. Para finalizar, entendemos que o campo de estudo sobre escândalos”.³²⁸

Neste cenário, com o auxílio da mídia na espetacularização dos acontecimentos – evidenciando a face da sociedade de constrangimento –, a efetividade do processo penal passa a estar associada à realização de prisões imediatas, compreendidas como punições instantâneas, isto é, respostas rápidas do Estado à prática criminosa, ainda que isto represente um contradireito.

Ao realizar uma análise do contexto social e da maneira como os mecanismos sociais são interligados, a compreensão do campo social e do *habitus* ilumina a análise do meio social, destarte, para Bordieu, se trata de um aglomerado de valores, costumes, planos de pensamentos unificados pelo indivíduo que o autoriza entender, decodificar o mundo social e, desta forma, orientar e regular suas práticas sociais.

[...] O habitus, como diz a palavra, é aquilo que se adquiriu, que se encarnou no corpo de forma durável, sob a forma de disposições permanentes. [...] o habitus é um produto dos condicionamentos que tende a reproduzir a lógica objetiva dos condicionamentos, mas introduzindo neles uma transformação: é uma espécie de máquina transformadora que faz com que nós ‘reproduzamos’ as condições sociais de nossa própria produção, mas de uma maneira relativamente imprevisível, de uma maneira tal que não se pode passar simplesmente e mecanicamente do conhecimento das condições de produção ao conhecimento dos produtos.³²⁹

Bordieu observa relações entre campo das mídias e outros campos sociais, por exemplo, o político e o acadêmico, intercedidas por meio do jornalismo, o consumo

³²⁸ CIOCCARI, Deysi. Operação lava jato: escândalo, agendamento e enquadramento. **Revista ALTERJOR**, São Paulo, ano 06, v. 02, ed. 12, p. 75, jun./dez. 2015.

³²⁹ BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. *In*: BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

mediático é ligado ao *habitus* de classe, sendo assim observado como resultado de qualidades objetivas e subjetivas de maneiras de viver na esfera da cultura.

Neste passo, Rocha, utilizando-se dos conceitos de Bourdieu, esclarece que, no caso do campo jurídico, a ingerência de influências externas – notadamente as do campo político, habitualmente propagadas pela e com a mídia, por exemplo – convergem a ser, de começo, ignoradas por seus agentes, os juristas, pois a passagem ao campo não deve estar disponível, ao menos em princípio, para agentes que não possuam das condições exigidas pela lógica interna do mesmo “(domínio da linguagem específica, posição interna reconhecida, etc.) para reconhecimento e interação, o que significaria dever o mesmo submeter-se aos interesses e à avaliação pelos integrantes do campo, se desejar ser reconhecido”.³³⁰

Dadas estas considerações, a relação do campo midiático com o campo jurídico deve ser analisada, tendo em vista principalmente o fato de que o campo da mídia é influenciado pelo campo econômico. Nilo Batista adverte que “o compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – [...] neoliberal é a chave da compreensão dessa vinculação mídia-sistema penal”.³³¹

Assim é que o poder simbólico, nos termos propostos por Bordieu, como um poder decorrente do monopólio do poder, ou da luta estabelecê-lo, sobre um discurso, uma luta pela “verdade” e pelos seus efeitos, por meio de um discurso que visa inserir uma lógica ideológica, ressignificando inclusive o passado. Em suas palavras:

[...] o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou transformar a visão de mundo, e deste modo a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.³³²

A mídia, atendendo a interesses econômicos, trava luta simbólica com o campo jurídico a fim de ditar o discurso de uma “verdade” que lhe é mais favorável, condizente

³³⁰ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó; LOPES JR., Aury *et al.* (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 46. E-book.

³³¹ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 4, 2002.

³³² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989. p. 64.

ao direito penal e processual penal, especialmente “no que se refere à verdade sobre o crime, o criminoso e sua inserção na dinâmica social”³³³.

Neste sentido, “o novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante” é a imposição de que a finalidade do processo e aplicar a sanção e quaisquer meios de defesa é tão somente manobra para a impunidade, o senso comum vendido alcança o campo social criando um discurso de verdade, fato aconteceu na Operação Mãos Limpas e na Lava Jato.

Tal assertiva pode ser ilustrada com a divulgação de diálogos obtidos por meio de invasão digital a dispositivos celulares de juízes e promotores da operação. No diálogo abaixo transcrito e publicado pelo jornal *The Intercept* há uma clara manobra institucional (diálogo entre o então juiz do processo e o membro do Ministério Público) para pautar a mídia e criar a verdade sobre os fatos por meio da influência do campo social:

Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele
 Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela.
 Santos Lima – 22:13 – Podemos fazer. Vou conversar com o pessoal.
 Santos Lima – 22:16 – Não estarei aqui amanhã. Mas o mais importante foi frustrar a ideia de que ele conseguiria transformar tudo em uma perseguição sua.³³⁴

Niló Batista adverte que conflitos graves se instalam entre o delito-notícia, que demandam imperativamente a “pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo) da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência” e outras garantias oriundas do Estado democrático de direito, que somente desobrigarão as mãos do algoz quando o “delito-processo alcançar o nível do delito-sentença (= pena- notícia)”. Há junto com tal

³³³ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó; LOPES JR., Aury *et al.* (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 53. E-book.

³³⁴ A DEFESA já fez o showzinho dela. **Intercept Brasil**, [S. l.], 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 7 abr. 2021.

mecanismo a erosão do Estado democrático de direito que se esvai juntamente com o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais³³⁵.

Nesta linha, Ferrajoli adverte acerca de um fator de crise da democracia política, ao analisar o caso italiano: a total ausência de garantias relativas à informação. Existe a liberdade de imprensa e de informação, apesar disso, não há “garantias do exercício independente da mesma liberdade no interior dos grandes meios de comunicação, nem do direito dos cidadãos a uma informação não condicionada por relações impróprias de subordinação”. Neste sentido, inexistem garantias de uma real independência da informação divulgada.³³⁶

Na Itália, como no Brasil, o controle dos meios de informação – a imprensa escrita, falada e também as redes sociais – está sob o comando de grupos que possuem fortes interesses econômicos e políticos, e, dado o poder da informação, utilizam-se dele sem nenhum tipo de garantia da independência e isenção na informação. A propriedade devora a liberdade. “Os direitos de liberdade, antes de operarem como limites ao poder, são por este limitados. E as leis do mercado são colocadas em nível superior às regras do Estado de direito e da democracia constitucional”³³⁷.

Os sujeitos processuais, juízes e promotores³³⁸ do caso, especialmente os do local onde a operação foi iniciada, passam a teorizar sobre as garantias fundamentais dentro do processo penal, fundamentando a necessidade de uma mitigação de tais direitos fundamentais. Neste sentido, é a tese defendida pelo então juiz da operação, Sérgio Moro; veja:

De todo modo, o principal problema parece ser ainda uma questão de mentalidade consubstanciada em uma prática judicial pouco rigorosa contra a corrupção, prática que permite tratar com maior rigor processual um pequeno traficante de entorpecente (por exemplo, as denominadas ‘mulas’) do que qualquer acusado por crime de ‘colarinho branco’, mesmo aquele responsável por danos milionários à sociedade. A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo

³³⁵ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 7, 2002.

³³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

³³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

³³⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos.³³⁹

Além da defesa do discurso mitigante dos direitos e garantias fundamentais em busca de uma efetividade do processo penal – que para tais agentes eram a punição nos termos da denúncia – no campo científico, tais agentes estatais passaram a utilizar-se de mecanismos extrajurídicos, políticos, sociais e midiáticos com vistas a influenciar a opinião pública e a constranger a acusado ou investigado.

Trata-se do que Wedy chamou de “processo penal de emergência, movido pela segurança midiática e social, exige a medida coercitiva de liberdade como se pena antecipada fosse e, tão logo, concebe a prisão preventiva para resguardar a ordem pública” como um elixir para curar a ânsia desespero por segurança do povo.³⁴⁰

A partir desta percepção é possível compreender os mecanismos e técnicas de constrangimento impondo ao indivíduo a participação na colaboração, que deixa de ser voluntária e passa a ser exercida em razão do constrangimento sofrido pelo acusado, investigado.

Concomitante a isso, e, muitas vezes, utilizando-se da mídia, a condução judicial da instrução criminal apresenta tendência a decretações de prisões provisórias e indisponibilidade de bens, que, por sua vez, servem como estímulo à realização da colaboração premiada.

O protagonismo de um juiz que se manifesta, equiparando-se ao modelo americano e esquivando-se do padrão napoleônico, possui elemento “explícito do sistema político, porque pode colocar em crise a dicção da lei e garantir o cidadão também contra o Estado”. É a partir destas premissas e também da inércia do legislador que serão sistematizadas, no contexto italiano, as assim denominadas “obrigações de tutela penal, voltadas a promover questões de legitimidade orientada

³³⁹ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista do CEJ**, Brasília, DF, n. 26, p. 61, jul./set. 2004.

³⁴⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 163.

a obter pronúncias aditivas *in malam partem* para colmatar (presumidas ou reais) ‘lacunas de tutela’ [...] se não verdadeiras e próprias situações de imunidade”.³⁴¹

O interesse do poder judiciário, diga-se juízes, era expresso na necessidade da categoria de atuação ativa, mas não só nos limites já inerentes à função, mas “materialmente (até as leituras mais ou menos manipulativas da lei penal), em uma posição de coprotagonismo que moveu o rechaço ao pensar a si mesma como mero trâmite e intérprete passiva da lei”.³⁴²

A exigência dessa norma expressa adveio das distorções repreendidas pelos métodos de investigação dos delitos de concussão e corrupção, nos anos noventa do século passado, sob o nome de Operação Mãos Limpas (*Mani pulite*). Confirma-se, assim, que não são excepcionais os casos nos quais o magistrado – retornando à explicação exitosa de Beccaria – ‘massacra’ o ‘réu’ com tamanha fúria por acreditar que, se não encontra ‘no prisioneiro o delito’, pode ‘prejudicar’ a sua própria ‘infalibilidade’. As recordações do promotor público protagonista e símbolo das investigações milanesas da Operação Mãos Limpas nos fornecem uma amostra quiçá inigualável dos instintos retratados um século antes no iluminismo dessa mesma cidade. Com sinceridade crua e desagradável, o promotor revive, do seu ponto de vista, o trágico fim da vida de um conhecido investigado, que foi colocado em xeque pela expectativa de prisão. Antonio di Pietro afirma que ‘a sua morte foi, para mim, um golpe duro e igualmente um *coitus interruptus*’, pois ‘o interrogatório’ desse grande empresário ‘seria’, efetivamente, ‘um ponto de viragem para a investigação e para a história da Itália’. Depois, segue: ‘todas as vezes que, nos meses sucessivos, eu me aproximava da verdade, sempre acontecia alguma coisa, sempre conseguiam me parar’.³⁴³

Tal situação ocasionou, a partir da denominada Operação Mãos Limpas na Itália, imensa alteração no sistema político numa configuração de “‘ativismo’ que mudou o *focos* do objeto da atividade política à política em si, como ‘sistema de interesse’ sempre mais caracterizado por aquela sinergia patológica e virulenta entre

³⁴¹ MANES, Vittorio. TOVO Antonio. O papel poliédrico do juiz penal - entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 457-496, maio/jun. 2015.

³⁴² MANES, Vittorio. TOVO Antonio. O papel poliédrico do juiz penal - entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 457-496, maio/jun. 2015.

³⁴³ NEGRI, Daniele. Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descurada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 149, p. 141-169, nov. 2018.

governo da coisa pública e ‘mercado das tangentes’”. A intenção era intervir num considerado sistema político fechado e controlado por domínios internos.³⁴⁴

Wedy bem esclarece que em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, “a justiça judicial não há de se fazer sem formas. O contrário é burla e opressão. Assim, para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias”, as quais são conquistas da democracia “e que não podem ser desprezadas”.³⁴⁵

No entanto, o ímpeto de transformar em estado de violência a prática dos extraordinários poderes adjudicados para as intenções institucionais do processo penal “continua clandestinamente na realidade dos fatos apesar dos ditames normativos. Há casos quotidianos muito longe do Estado de Exceção invocado para legitimar a tortura”. Há, pois uma querela constante entre a prescrição legal e o comportamento prático, distinção já “feita por Nuvolene e Vassalli, [...] em 1964, na esteira de Beccaria, ambos ressaltaram, o caráter repugnante de ‘certos métodos de interrogatório’” e que ainda hoje em meio ao Estado Democrático de Direito ainda são realizadas com vistas a alcançar a confissão ou a obtenção de informações.³⁴⁶

A fim de que o garantismo tenha espaço dentro do instituto de colaboração premiada, Zaffaroni adverte que este deve estar atrelado ao direito penal, com o escopo de efetivar os limites e garantias da construção jurídico-penal.

[...] se torna indispensável que ela seja sempre matéria integrada ao direito penal, bem como seja sempre exercida dentro dos limites e garantias deste. De modo inverso, esta coerção direta é o agente ideológico perfeito para reduzir a função limitadora do direito penal e dar entrada aos componentes mais autoritários do estado de polícia. Figuras como o agente provocador, o funcionário delinquente (agente infiltrado), o participante delator (arrepentido), e até a tortura têm espaço na legislação penal e processual através de argumentos próprios da coerção direta.³⁴⁷

³⁴⁴ MANES, Vittorio; TOVO Antonio. O papel poliédrico do juiz penal - entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 457-496, maio/jun. 2015.

³⁴⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

³⁴⁶ NEGRI, Daniele. Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descuidada **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 149, p. 141-169, nov. 2018.

³⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 105.

Há, para além da crítica do excesso de acordos de colaboração premiada, e partindo da visão garantista que se propõe o modelo constitucional-penal brasileiro, o entendimento de que o instituto reflete um modelo processual inquisitório “porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação”, especialmente do direito de defesa e acrescenta-se da imparcialidade judicial.³⁴⁸

3.2 Crise da democracia, corrupção e processo penal: os desafios contemporâneos ao processo penal

De acordo com o senso comum, a democracia é usualmente entendida, “de acordo com o significado etimológico da palavra, como o poder do povo de assumir, diretamente ou por intermédio de representantes, as decisões públicas. Esta noção de democracia pode ser chamada formal ou procedimental”, eis que realiza a identificação da democracia excepcionalmente com base nas formas ou nos procedimentos aptos a legitimar as deliberações como manifestação, seja “direta ou indireta, da vontade popular: porque a identifica, em outras palavras, com fundamento no quem (o povo ou os seus representantes) e no como (o sufrágio universal e a regra da maioria) das decisões, independentemente de seus conteúdos”, ou seja, daquilo que foi decidido. Tal tese é dividida pela maior parte dos teóricos da democracia.³⁴⁹

³⁴⁸ MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negociada”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 32, jan./abr. 2017.

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17. Acerca da acepção forma da democracia, veja: (KELSEN, Hans. *Essenza e valore dela democrazia*. In: KELSEN, Hans. **La democrazia**. Bologna: il Mulino, 1984. p. 37-144). Interessante também é o entendimento de Rousseau: “É tão nuclear essa noção de vontade geral e a sua relação com a soberania no pensamento de Rousseau que, conforme aponta Maurizio Fioravanti, a Constituição está totalmente absorvida por estes conceitos não podendo, portanto, ser considerada um limite ou uma garantia. É a forma como Rousseau estabelece a relação entre soberania popular, vontade geral e democracia que faz dele um autor importante, pois é somente a partir da compreensão da vontade geral como expressão da soberania popular que se pode fundar as bases da democracia como governo do povo. Nessa perspectiva, a Constituição, compreendida como limitação do poder, só tem sentido se for expressão da soberania popular. A grande contribuição de Rousseau para a formação do Estado Moderno foi, portanto, e justamente, a reivindicação da soberania popular, estabelecendo, assim, o caráter democrático do Estado (característica essa até então ausente ou, quando muito, incipiente). É a partir das concepções desenvolvidas na Modernidade por teóricos como Rousseau, que a democracia é, então, tida como governo do povo, como governo da maioria. Há, assim, neste processo histórico, um deslocamento do poder das mãos do monarca (Hobbes²³) para as mãos do povo (Rousseau). E é esse deslocamento que torna o povo não apenas soberano, mas inaugura as bases da

Tal acepção tem clara ligação com os aspectos históricos que permearam o conceito de democracia, de fato, “os gregos conheceram a decisão por maioria. Do mesmo modo o senado romano, o direito canônico medieval e as assembleias dos senhores feudais davam razão ao maior número”. Concepção que foi resgatada pelo princípio político liberal,³⁵⁰ situação que influenciou o senso comum e a maioria dos teóricos do assunto, como bem assinalou Ferrajoli.

Norberto Bobbio afirma que, de acordo com a tradição do liberalismo político, a única forma de se atingir um conceito de democracia satisfatoriamente consensual é compreendê-la de maneira contraposta às configurações de governos autocráticos:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente.³⁵¹

No entanto, a concepção formal de democracia é baseada no constitucionalismo rígido, embora tenha uma conotação “necessária – uma *conditio sine qua non* – em ausência da qual não se pode falar em democracia, mas tampouco uma condição suficiente a identificar todas as condições em presença das quais um sistema político pode ser qualificado como ‘democrático’” e, designadamente, como uma “democracia constitucional”. E isso por duas razões, “as quais requerem que as conotações formais da democracia sejam integradas por limites e vínculos substanciais ou de conteúdo³⁵², isto é, relativos àquilo que não é lícito decidir ou não

democracia moderna. Dessa forma, não somente se altera a ideia de soberania, que passa a ser popular, mas também a partir daí caberá ao povo a tarefa de se autolegislar e, então, fundar a ordem normativa que regerá a sociedade, qual seja, a Constituição”. GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

³⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. Prefácio de José Eduardo Faria. São Paulo, Max Limonad, 1997. p. 26.

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 30.

³⁵² Ferrajoli em Direito e razão apresenta as condições de legitimidade do próprio direito: “La distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial, o sea, entre condiciones formales y condiciones sustanciales impuestas al válido ejercicio del poder, es esencial para aclarar la naturaleza de la relación entre democracia política y estado de derecho en los ordenamientos modernos. Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter

decidir”, como são aqueles infligidos, nas constituições contemporâneas, pelos direitos fundamentais nelas instituídos.³⁵³

A primeira razão, explica Ferrajoli, é que a definição da democracia como governo de uma maioria, apresentando a dimensão política ou formal da democracia, “não é suficiente para explicar as democracias constitucionais atuais, as quais não entrariam, com fundamento em tal definição, no conceito de democracia, considerando que neste a legitimação popular não é mais” o bastante para legitimar nenhuma espécie de decisão. Tal definição é carecedora de valor empírico e de capacidade explicativa.³⁵⁴

Assim, em razão da “força da mutação de paradigma gerada pelo constitucionalismo rígido na estrutura das democracias, inclusive o poder legislativo e o poder de governar são juridicamente limitados e vinculados”, no que tange não exclusivamente às formas, mas do mesmo modo à substância de sua realização. De fato, tais limites e liames são cominados aos poderes pelos direitos constitucionalmente instituídos, “os quais identificam aquela que podemos chamar de esfera do indecidível: a esfera daquilo que não é decidível, ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos de liberdade”, que possuem o poder de tornar desprovidas de validade as decisões que contrariem tais direitos, e o campo daquilo que não pode não ser deliberado, ou que o será, delineado pelos direitos sociais, que estabelecem como devidas as deliberações designadas a satisfazê-los.

355

Corolário do disposto no parágrafo anterior, com tais limitações e vínculos de conteúdo, ocorre a contradição da noção meramente política da democracia, estabelecida nas regras unicamente formais que admitem “a virtual onipotência das maiorias, devemos admitir que as democracias constitucionais hodiernas não são, segundo tal noção, democracias”. Assim, a segunda razão, continua Ferrajoli, a noção simplesmente formal desconhece “o nexa conceitual que liga a democracia política e

políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico.” FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 1997. p. 858.

³⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17.

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

³⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

todos aqueles direitos constitucionalmente estipulados que operam como limites ou vínculos de conteúdo à vontade absoluta das maiorias”. Destarte, esses direitos delineiam a magnitude constitucional da democracia, que com uma manifestação “deteriorada pela sua utilização ideológica, bem podemos chamar substancial porque referida à substância, isto é, àquilo que em relação às constituições é vetado ou é obrigatório decidir”.³⁵⁶

Desta forma, “esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais apenas como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta”. A lei é entendida como ferramenta de ação, na maioria das vezes com atitude específica e concreta, “atendendo critérios circunstanciais. A transformação do Estado Liberal de Direito não se dá, assim, exclusivamente no seu conteúdo finalístico, mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei”.³⁵⁷

Por tais razões se “desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em questão presentes as conquistas democráticas”, quais sejam: as garantias jurídico-legais e o cuidado social, elementos que constituem um novo conjugado, no qual onde a inquietação basilar é a mudança do *status quo*. Assim, o “conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização”, por meio dele, de interferências que provoquem uma alteração na situação da sociedade. Com efeito, o “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”, o seu conteúdo, portanto, extrapola a perspectiva material de realização “de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia”, a fim de propagar uma expectativa de futuro volvida à cultura de uma nova “sociedade, na

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18-19.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2014. p. 58.

qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência”.³⁵⁸

O conceito atual de democracia, portanto, ultrapassa o aspecto formal de escolha de representantes, ou de governo da maioria, para a conjugação do aspecto material, de satisfação efetiva dos direitos e garantias fundamentais no plano prático, demanda uma participação ativa de todos, um ideal equilíbrio entre os poderes executivo, legislativo e judiciário e, por conseguinte, fortalecimento das instituições.

Assim é que Warat pressupõe “que o simbólico é uma dimensão do político e o político uma dimensão do simbólico”. Tal pressuposto o permite asseverar “que a política e a democracia, para uma pragmática da singularidade, precisam ser consideradas como uma ordem simbólica interdependente”. Trata-se, pois, de uma “cena política para a singularidade: a dimensão simbólica dos movimentos de afirmação da autonomia individual e coletiva”. Nesse ponto de vista, a política resta “caracterizada como o lugar de interpretação e interrogação do modo pelo qual a sociedade se institui. A política aparece, assim, relacionada aos modos nos quais historicamente uma sociedade se interroga sobre suas formas particulares” de discernimento daquilo que é verdade ou mentira, do que é tido como normal e como patológico, “do justo e do injusto, do que para ela será lícito ou proibido”. Dito de outra forma, discorrer de política nesta conjuntura provoca colocar-nos “interrogativamente num território que nos permita pensar os modos em que em uma sociedade se articulam significativamente o poder, a produção de bens materiais, a lei, o saber e a personalidade”.³⁵⁹

Tendo as articulações dos elementos como dimensões simbólicas e vendo de que forma elas se concretizam, é possível “tentar diagnosticar as tendências totalitárias ou democráticas de uma determinada forma de sociedade. A democracia, como ordem simbólica, precisa de uma particular forma de articulação dos níveis aludidos”, que necessitam estar relacionadas de forma tal que consintam o desenvolvimento irrestrito da singularidade.³⁶⁰

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2014. p. 58.

³⁵⁹ WARAT, Luiz Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 24, p. 36, set. 1992.

³⁶⁰ WARAT, Luiz Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 24, p. 36, set. 1992.

Streck parte das premissas de Warat para demonstrar que “a lei e o saber do Direito constituem um nível de relações simbólicas de poder (Warat). Conseqüentemente, visando a superar a crise de paradigma de dupla face”, é preciso um trabalho de questionar o discurso jurídico, empregando a lei e o saber contra eles mesmos, realizando deles “um lugar vazio, onde o sujeito necessariamente não seja (ou necessite ser) um transgressor, mas, sim, o protagonista que legitima a democracia (Warat)”.³⁶¹

Essa compreensão deve estar atrelada ao funcionamento atual do mundo. Com efeito, a globalização que inicialmente teve a finalidade de encontrar mercados globais logo ultrapassou o campo econômico e interfere em todas as esferas do Estado-nação e, portanto, do próprio direito e das instituições democráticas, relegando aos Estados profundas crises, não só de ordem econômica, mas também, cultural, social e política.

De fato, com a globalização ocorre a predominância de uma interpretação, um discurso, neoliberal do mundo. Com efeito, o ideal produtivo e o capitalismo financeiro ultrapassam as fronteiras nacionais, ocasionando graves impactos, desregulação, carências e limitação da participação Estatal no processo econômico. Destarte, a política econômica nacional é substituída por uma tecnocracia, restringindo o papel do Estado, que atua como regulador de crises entre os mercados, relegando para a segunda plano os interesses das pessoas.³⁶² De fato,

Mais do que nunca, o poder econômico parece ter se tornado poder político, enquanto os cidadãos parecem estar quase inteiramente despojados de suas defesas democráticas e de sua capacidade de imprimir à economia interesses e demandas que são incomparáveis com os dos detentores de capital.³⁶³

Assim, o Estado concreto, ainda que arrisque na lei e no direito a fim de evitar abusos, principalmente de poder, coexiste com uma margem de ilegalidade causada por particulares e pelo próprio Estado, porquanto, diferente do que muitos “defendem, é o poder político que estabelece e condiciona o direito” e nesse ponto, o principal problema é que esse Estado passa a produzir leis com o objetivo de continuar a

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 18.

³⁶² KENNEDY, DAVID. La internacionalización. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, [S. l.], n. 32, p. 49-72, 1995.

³⁶³ STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 92, p. 35-56, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100004>. Acesso em: 17 jan. 2021.

participar do neoliberalismo, enquanto parcela significativa da sociedade carece de efetividade de direitos básicos. Assim, “condicionado, o direito tende a ser afastado sempre que necessário à realização do poder, de qualquer poder. Nesse movimento de expansão do poder, podem existir crises do Estado Democrático de Direito”.³⁶⁴

O que existe de novidade no presente momento histórico, e que indica “a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites”. É o mesmo que afirmar a inexistência de uma preocupação democrática, ou “que os valores do Estado Democrático de Direito não produzem mais o efeito de limitar o exercício do poder em concreto. Em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que na pós-democracia desaparecem”, mais do que o frontispício democrático do Estado, são os valores democráticos que somem.³⁶⁵

Tal Estado “Pós-Democrático” é compatibilizado com o neoliberalismo³⁶⁶, com a alteração de tudo em mercadoria, reificação, inclusive das pessoas. Um Estado que, “para atender ao ultraliberalismo econômico, necessita assumir a feição de um Estado Penal, de um Estado cada vez mais forte no campo do controle social e voltado à consecução dos fins desejados pelos detentores do poder econômico”. Fins que causam a exclusão social da maior parte da sociedade, ao incremento da violência – “não só da violência física, que cresce de forma avassaladora, como também da violência estrutural, produzida pelo próprio funcionamento ‘normal’ do Estado Pós-Democrático –, à inviabilidade da agricultura familiar, à destruição da natureza e à desordem urbana, mas que precisam do Estado para serem amparados e, de certa forma, legitimados aos olhos de cidadãos demudados em consumidores acrílicos.³⁶⁷

Esse contexto sócio-político, “conjuga o empobrecimento tanto da linguagem, típico dos momentos de fascistização (que se caracterizam pela ode à ignorância, o medo da liberdade e a aposta em soluções de força para os diversos problemas)”,

³⁶⁴ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 17. E-book.

³⁶⁵ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 17. E-book.

³⁶⁶ Também: “As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, entre eles, o modelo de Estado, diante das relações sociais em que vivemos, vêm despertando a doutrina penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas metaindividuais ou pluriindividuais, atingindo amplos setores da população”. SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

³⁶⁷ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 20. E-book.

quanto do fantasioso (instaurou-se um protótipo de pensamento simplificador, inabilitado de entender a complexidade dos fenômenos) com um procedimento de transformação “do simbólico, com a perda da importância dos limites, em proveito do regime valorativo das mercadorias, de modo que nada possa ser tido como mais importante do que a livre circulação das mercadorias”, o incremento do espetáculo e a retribuição dos desejos/perversões de parte da sociedade que retém o poder econômico e/ou político.³⁶⁸

Isso justifica a concepção simplista dada aos fenômenos da “violência” e da “corrupção” na pós-democracia, assim como deficiências na percepção da conexão entre esses dois fatos. A violência é notada tão somente em seu sentido vulgar, no que Žižek denominou de “violência subjetiva”³⁶⁹, “a violência de uma pessoa contra outra, o aspecto visível do fenômeno violência. Esquece-se de que, ao lado da violência vulgar, existe a violência estrutural/sistêmica” (a que é decorrência do “funcionamento e das perversões dos sistemas econômico, político e, por evidente, do Sistema de Justiça) e a violência simbólica (a violência encarnada na linguagem, isto é, na imposição de um universo de sentido”, que é majoritariamente condicionado por preconceitos, por pré-compreensões autoritárias).³⁷⁰

E o pior de tudo: não se vê “que a violência visível é, em regra, produto de uma outra, oculta. Por desconhecer a conexão entre as diversas formas de violência, ações

³⁶⁸ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 170. E-book.

³⁶⁹ “Eis o ponto de partida, e talvez até mesmo o axioma, do presente livro: a violência subjetiva é somente a parte mais visível de um triunvirato que inclui também dois tipos objetivos de violência. Em primeiro lugar, há uma violência “simbólica” encarnada na linguagem e em suas formas, naquilo que Heidegger chamaria a “nossa casa do ser”. Como veremos adiante, essa violência não está em ação apenas nos casos evidentes – e largamente estudados – de provocação e de relações de dominação social que nossas formas de discurso habituais reproduzem: há uma forma ainda mais fundamental de violência que pertence à linguagem enquanto tal, à imposição de um certo universo de sentido. Em segundo lugar, há aquilo a que eu chamo violência “sistêmica”, que consiste nas consequências muitas vezes catastróficas do funcionamento regular de nossos sistemas econômico e político. A questão é que as violências subjetiva e objetiva não podem ser percebidas do mesmo ponto de vista: a violência subjetiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não violência. É percebida como uma perturbação do estado de coisas “normal” e pacífico. Contudo, a violência objetiva é precisamente aquela inerente a esse estado “normal” de coisas. A violência objetiva é uma violência invisível, uma vez que é precisamente ela que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual percebemos algo como subjetivamente violento. Assim, a violência sistêmica é de certo modo algo como a célebre “matéria escura” da física, a contrapartida de uma violência subjetiva (demasiado) visível. Pode ser invisível, mas é preciso levá-la em consideração se quisermos elucidar o que parecerá de outra forma explosões “irracional” de violência subjetiva.” ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 18-19.

³⁷⁰ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 170. E-book.

que, no plano do discurso oficial, direcionam-se à redução da violência ou da corrupção”, em vez de reduzir esses fatos, causam o aumento. E isso acontece, citando exemplos, ao conservar prisões desnecessárias. “O mesmo se dá em relação ao fenômeno corrupção, que, por definição, é a violação dos padrões normativos do sistema. Não raro, com a boa intenção de ‘combater a corrupção’ do sistema político”, termina por perverter o Sistema de Justiça e mesmo as bases democráticas.³⁷¹

Ferrajoli elenca aquilo que ele denomina crise “do alto” e crise “de baixo” da democracia. Em relação à crise do alto, os primeiros fatores são originários de crise do sistema representativo, que possui como embasamento primordial a concentração dos poderes políticos no indivíduo do chefe carismático, eleito pela maioria e no conflito de interesses, que tem como resultado a impossibilidade de comunicação ao povo, tendo em vista a vulnerabilidade política e social, eis que a comunicação ou informação virou produto dessas tirânicas relações de conflitos de interesses pessoais causados pela confusão entre setor público e privado.

Ademais, a concentração do poder político na pessoa do chefe do poder executivo e sua relação com a influência do consenso popular, pelas práticas oportunistas do populismo, acarreta a legitimação de um poder concentrado que se revela selvagem, destrutivo, e a desqualificação da representação e mesmo de uma autêntica oposição no campo das disputadas políticas democráticas.

[...] pois o eleitor se limita a eleger os representantes e não pode, certamente, não digamos vinculá-los, mas sequer prever quais serão as futuras decisões destes. Este princípio banal, que forma o fundamento da democracia representativa, foi substituído, no debate público italiano e no imaginário coletivo, pela mistificação ideológica da identificação da vontade dos representantes e dos seus chefes com a vontade popular. É prova disso a linguagem com a qual comumente vêm nominadas e estigmatizadas como ilegítimas – ‘violação da vontade popular’, ‘traição dos eleitores’, ‘lesão ao mandato eleitoral’, e até mesmo ‘golpe político’ e ‘destruição da democracia’ – as crises políticas da maioria e as suas possíveis e fisiológicas soluções parlamentares. E o fato de que semelhantes ataques possam valer como uma interdição ao debate político é o sinal inequívoco de fraqueza da cultura constitucional da classe política e do avançado nível alcançado pelo processo desconstituente.³⁷²

³⁷¹ CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 170. E-book.

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana; trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

O terceiro fator da crise “do alto” da representação política e da democracia é a crescente integração dos partidos políticos ao Estado e, conseqüentemente, o seu progressivo desaparecimento como força capaz de realizar a mediação representativa das instituições com a sociedade. Tal confusão, ou até mesmo da identificação, “entre instituições públicas eletivas e forças políticas e, novamente, entre representantes e representados, provocou um enfraquecimento dos partidos como centros de agregação social e de elaboração a partir ‘de baixo’ de programas” e de opções políticas, bem como a metamorfose dos partidos em oligarquias que de maneira estável, foram inseridas nas instituições representativas e expostas ao máximo à corrupção.³⁷³

Ferrajoli esclarece que essa transformação dos partidos teve uma grande incubação. No âmbito italiano, as suas origens datam aos anos da Primeira República. Naquele momento, os partidos de governo se identificaram cada vez mais de forma “estreita com as instituições, usurpando as funções destas e dando origem aos processos de loteamento e de corrupção da administração pública e do mercado que explodiram com a operação ‘Mãos Limpas’”. No entanto, esse processo não acarretou os efeitos deletérios da representação que ocorrem atualmente. Por dois motivos. “Em primeiro lugar porque àquela involução se subtraíram, ao menos em parte, as forças políticas de oposição, as quais mantiveram certa distância relativamente aos partidos do governo”. Em segundo, porque àquela involução não se fez seguir a “desmobilização das organizações de base das grandes forças políticas, nem sequer daquelas de governo. Uma desmobilização que ocorreu principalmente nos últimos vinte anos, com o desaparecimento da participação política de base na vida” dos partidos e com a consignação da televisão como forma singular e ocupando papel de privilégio na comunicação política.³⁷⁴

No contexto brasileiro, “dois casos envolvendo – ou tendo como alvo – os governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). Primeiro, o caso do ‘Mensalão’ (Ação Penal 470), um escândalo político, ainda sob governo Lula, em 2005”, no qual denúncias de aquisição de votos de congressistas, para fins de formar coalizão. Ocorreram condenações, mais pela importância política das funções que

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

³⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

desempenhavam no governo, que pelas condutas em si, cuja ilicitude tampouco teve provas suficientes no processo³⁷⁵; tratou-se de um processo penal, no qual as garantias processuais, como presunção de inocência e devido processo legal, não foram observadas³⁷⁶. Ainda, “a chamada Operação Lava Jato que, desde 2014, passou a ter protagonismo no noticiário político”, tendo como figuras centrais e midiáticas as “do juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, e procuradores como Deltan Dallagnol, do Ministério Público Federal de Curitiba, a operação tornou-se protagonista no chamado ‘combate à corrupção’”, uma procura antiga da sociedade brasileira que, volvida pauta jurídica, se transformaria também na direção política de oposição ao Partido dos Trabalhadores (PT).³⁷⁷

Em conformidade com o que aconteceu no Mensalão, houve uma virada na interpretação do direito penal, para que houvesse condenação de réus sem que houvesse provas aptas a embasar o decreto condenatório. No episódio do Mensalão, já existira o controverso uso da “teoria do Domínio do Fato³⁷⁸ para condenar José

³⁷⁵ COELHO, Victor de Oliveira Pinto. O estado de exceção, antagonismo político e “combates” à corrupção. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 13, n. 3, p. 469-490, 1 out. 2021; SERRANO, Pedro Estevam A. P. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

³⁷⁶ SERRANO, Pedro Estevam A. P. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

³⁷⁷ COELHO, Victor de Oliveira Pinto. O estado de exceção, antagonismo político e “combates” à corrupção. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 13, n. 3, p. 471-472, 1 out. 2021.

³⁷⁸ Sobre a teoria do domínio do fato, interessante o alerta realizado por Streck, à época do julgamento: “Muitos defensores da tese do domínio do fato possuem dificuldades em lidar com problemas epistemológicos, de teoria do direito. Por vezes, defendem com unhas e dentes a clareza e a seriedade da Ciência Penal, mas pouco parecem estar preocupados com a construção de seu “lugar de fala” epistemológico. Pelo contrário, parecem aceitar – acriticamente – pressupostos epistêmicos vários. Por vezes, vê-se que a análise da referida tese a coloca no plano de uma abstratização, no sentido de que a doutrina e o juiz não devem aplicar a teoria para responder a casos concretos (específicos). Fala-se também na construção de critérios reitores que guiarão os juízes na solução dos casos. Trata-se de um erro na avaliação da tese. Direito sempre é uma questão de caso concreto. Desde Friedrich Müller – que leu Gadamer – já sabemos que não há normas gerais; há, apenas, normas individuais, concretas, resultantes da applicatio. Daí que pensar, por exemplo, que o juiz deve cindir “fato e direito” para poder saber de que modo alguém tinha o domínio do “fato” é, nada mais, nada menos, do que retroceder no tempo, no plano paradigmático. O que é necessário, então? Em primeiro lugar, é preciso ter clareza acerca do lugar que ocupa a dogmática jurídica no plano dos paradigmas filosóficos. Não dá para falar em direito penal tendo um pé – ou os dois – no paradigma do esquema sujeito-objeto ou, ainda, quem sabe, apostar na “vontade”, lócus da discricionariedade judicial (para dizer o menos). Nesse contexto, talvez fosse recomendável e produzisse mais clareza na discussão a apresentação de uma dimensão nova do e no direito nessa questão denominada “teoria do domínio do fato”. E isso não tem sido feito pelos comentadores da teoria do domínio do fato, que se restringem à mera descrição dos conceitos que conformam a dogmática penal. Certamente, nesse debate teria que entrar justamente um conjunto de ferramentas capazes de descrever a afirmação da concretude e da singularidade presente na expressão “domínio do fato”. STRECK, Lenio Luiz. O domínio do fato e

Dirceu, que exercia sua função no cargo de chefe da Casa Civil do governo PT e acusado de comandar o esquema. Depois, “nas ações em torno da Lava Jato, a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva se deu com a admissão, por parte do juiz Moro, da ausência de ‘ato de ofício’ que o incriminasse diretamente”.³⁷⁹

Tal condenação depois provocaria a prisão de Lula, no momento em que “liderava pesquisas de opinião de voto para a eleição presidencial de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu colocar em pauta a legalidade da prisão após condenação em segunda instância”. Não fossem suficientes somente tais questionamentos jurídicos e éticos em torno do andamento processual e da prisão antes de condenação transitada em julgado, impedindo Lula de concorrer ao pleito presidencial, “em 2019 o portal The Intercept Brasil divulgou o vazamento de conversas (que haviam sido realizadas no aplicativo Telegram) entre Moro e Dallagnol e outros integrantes da Lava Jato” em que se apresentava interlocução indevida entre juiz e promotoria, interferindo na condução do processo e demonstrando a existência de um juiz parcial³⁸⁰. Juiz este que posteriormente se tornaria Ministro da Justiça do candidato eleito à presidência em 2018. Atualmente, o ex-juiz participa de campanhas não oficiais à presidência da República.

Diante de todo esse contexto, somado a diversas arbitrariedades e ilegalidades cometidas na condução do processo – a exemplo da interceptação telefônica da então presidenta da República Dilma Rousseff e divulgada à imprensa pelo ex-juiz Sérgio Moro –, Miguel afirma acerca do objetivo da operação:

Seu objetivo nunca foi combater desvios, mas sim retirar o Partido dos Trabalhadores do poder pelos meios que fossem necessários, interrompendo suas tímidas políticas sociais compensatórias. Agora, essa conclusão não é mais uma mera especulação, ainda que sustentada em evidências. Está comprovada.³⁸¹

o etiquetamento dos crimes hediondos– a banalização de teses no direito penal a partir da falta da filosofia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013.

³⁷⁹ COELHO, Victor de Oliveira Pinto. O estado de exceção, antagonismo político e “combates” à corrupção. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 13, n. 3, p. 469-490, 1 out. 2021.

³⁸⁰ COELHO, Victor de Oliveira Pinto. O estado de exceção, antagonismo político e “combates” à corrupção. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 13, n. 3, p. 472, 1 out. 2021.

³⁸¹ MIGUEL, Luis Felipe. Punitivismo, antipolítica e avanço da direita: o caso da Lava Jato. **Justificando**: mentes inquietas pensam direito, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/12/punitivismo-antipolitica-avanco-da-direita-o-caso-da-lava-jato/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

Trata-se de um evidente desvio aos ideais de um Estado Democrático, resultando em verdadeira exceção³⁸² na teoria proposta por Schmitt e que enfraquece ainda mais Estado Democrático de Direito brasileiro. Agambem explica que “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam”.³⁸³

Streck explica que após o desenvolvimento de uma certa autonomia do Direito alcançado com o constitucionalismo moderno, manifestado no Estado Democrático do Direito, atualmente há um enfraquecimento dessa característica, corroborando a queda da coerência do Direito:

[...] em uma dimensão absolutamente pragmática, o direito não possui ‘DNA’. Para diversas posturas pragmático-axiologistas – inimigas principiológicas da integridade e da coerência do direito – também não faz sentido ligar o direito à tradição. Por isso ocorre o enfraquecimento da perspectiva interna do direito, isso porque, compreendido exogenamente, o direito deve servir para ‘satisfazer’, de forma utilitária, as necessidades ‘sociais’ dos grupos hegemônicos, deixando de lado exatamente a parcela do direito previsto na Constituição [...].

A busca pelo eficientismo penal, ou seja, a condenação, o resultado prático do processo, é ponto de alerta para Zaffaroni. Tal busca encarna o Estado autoritário, robustece a ideia que somente as garantias dos inimigos serão afetadas. No entanto, quem escolhe os inimigos? E com qual parâmetro?

Não é só ilusória a afirmação de que o direito penal do inimigo afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua

³⁸² Em parecer escrito por Eros Roberto Grau direcionado ao TRF, que julgava, naquele momento, a conduta de Moro na operação, há a citação expressa de Schmitt: “Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, [...] é correto entender que o sigilo das comunicações (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional”. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. P.A. **Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Interessado: Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Des. Federal Rômulo Pizzolatti. 23 de setembro de 2016. 2016. p. 1-5. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

³⁸³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 36.

suposta eficácia contra os inimigos. Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias [...].³⁸⁴

No entanto, a crise democrática, o descrédito no sistema político e a própria crise dogmática não podem tornar o processo em um fim em si mesmo, esquecendo-se da substância. Streck apresenta como contrapontos substancialismo e procedimentalismo; eis que o processo tem que garantir a segurança jurídica, que existam surpresas, nas palavras de Streck, “que não possam usar presunções contra mim e que as partes sejam ouvidas. O grande problema no Brasil nos últimos anos é aquilo que chamamos de instrumentalismo, isto é o excesso de protagonismo judicial”, do juiz que produz prova, altera o procedimento e decide com livre convencimento, sem motivação que respeite a integridade do direito. “O processo é justamente para evitar o protagonismo”.³⁸⁵

Assim, aperfeiçoar “a qualidade de nossa democracia — eis aí outra obviedade esquecida — não pode passar pela predação do Direito e pela sua instrumentalização através do Judiciário”. De fato, a debilidade de algumas instituições não pode constituir o fortalecimento de outras. Democracia é, antes de tudo, respeito às regras do jogo,³⁸⁶ segurança jurídica e igualdade, formal e material, de tratamento.

3.3 A crítica hermenêutica do direito como meio de integridade do direito

Em um momento pré-civilizatório da sociedade, o direito refletia tal contexto. Nesta linha, o processo penal era tão somente como uma tecnologia punitiva, no qual o escopo era alcançar a punição daquele que era considerado criminoso. Com a Era das Luzes e a retomada da racionalidade e da ciência como fator norteador da vida humana, o direito passa a ter tais características civilizatórias e o processo penal, ao

³⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119.

³⁸⁵ STRECK, Lenio L. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 ago. 2017. (entrevista originalmente publicada em 10 ago. 2014). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 8 abr. 2021.

³⁸⁶ COPELLI, Giancarlo Montagner. A crise da democracia e a crise do direito, de mãos dadas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-24/diario-classe-crise-democracia-crise-direito>. Acesso em: 8 abr. 2021.

menos na teoria que lhe sustenta, é concebido como garantia ao cidadão de que somente será punido se houver fundamentos dentro dos limites jurídicos.

Neste sentido, a visão do processo como ferramenta de garantia ao cidadão e não somente de punição, Giacomolli realça a necessidade de uma nova metodologia “hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos”.³⁸⁷

A hermenêutica clássica, no sentido de ser a comumente utilizada, é meio de interpretação no qual o jurista busca dar o sentido da lei ou do legislador, mas desprovida de técnica que dê ao jurista coerência e racionalidade ao resultado. Nesta linha, os juízes também se utilizam de tais mecanismos para dar o sentido que lhes aprover, como uma decisão já estabelecida, necessitando apenas fundamentá-la, em típica atitude solipsista.

Realizadas tais considerações, a fim de conduzir a pesquisa da tese que se projeta, a teoria base que mais se amolda às necessidades e realidade brasileira é a Crítica Hermenêutica do Direito, cunhada pelo jurista Streck.³⁸⁸ Tal teoria busca conceber à hermenêutica seu sentido ontológico, de descobrimento, desvelamento do ser que se compreende.

Em *Verdade e consenso*, Streck apresenta elementos centrais para a compreensão da obra. O primeiro ponto, que é cerne também da pesquisa que se norteia, é a concepção do processo como mero instrumento do Estado “vocacionado a permitir que este possa realizar seus escopos jurídicos, políticos e sociais, numa espécie de repristinção do publicismo processual iniciado por Bülow e do socialismo processual de Menger e Klein”³⁸⁹. A ideia instrumental de que o processo é regrado unicamente pelo Estado, e o interesse deste se sobrepõe ao das partes processuais. Em razão de tal constatação, indaga Streck:

³⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

³⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação do ‘Direito material em conflito’, atribuindo às partes um papel secundário na dinâmica processual, como se o juiz fosse o ‘dono’ do processo? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado. Por isso, é importante esclarecermos algumas questões que facilitarão a compreensão e a leitura dos temas abordados nesta obra, a começar pelo tipo de positivismo que é objeto de minhas críticas.³⁹⁰

A crítica inicial é a relegação do interesse das partes processuais aos valores dos juízes, os quais não possuem critérios definidos para confecção da decisão, exacerbando seus poderes, situação que fica ainda mais evidente no âmbito do processo penal e no contexto que se discute na presente pesquisa, decisões judiciais solipsistas com a finalidade de constranger o réu a participar da colaboração premiada.

Explica o teórico da CHD que a teoria possui como característica a “exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica”. É compreendida, também, como uma teoria da decisão. A teoria é concebida a partir do “diálogo – realizado ao estilo da confrontação (*Auseinandersetzung*) heideggeriana – com a tradição do positivismo jurídico”, propõe, em suas palavras, uma desleitura. Trata-se de uma técnica que busca interpretar ou superar, por intermédio de outro texto, alguma tradição do pensamento que se torna crível “graças à condição de ‘tardividade’ (Bloom) que se possui com relação à produção anterior. Essa condição acaba ‘possibilitando um ato de revisão original, em competição com a realidade de que fala o texto teórico da tradição’”.³⁹¹

Assim, a CHD foi constituída sob os aportes da filosofia, como base fundante a filosofia hermenêutica de Heidegger e Hermenêutica Filosófica de Gadamer, as quais concederam suporte para uma análise crítica do fenômeno jurídico.³⁹² Nas palavras do autor, “sim, a Crítica Hermenêutica do Direito é caudatária desses dois autores,

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 100.

além de Heidegger, é claro. E de Wittgenstein, naquilo que ele rejeita, nas Investigações, a linguagem privada, *locus* do solipsismo”.³⁹³

A hermenêutica, na qual a CDH foi construída, é a que tem como base fundante a filosofia de Heidegger. A partir dela, a linguagem passa a ter função crucial na filosofia, a partir do que se denomina giro linguístico, o *linguistic turn*³⁹⁴. Deste ponto, a linguagem é o elemento pelo qual se dá compreensão do *dasein* no mundo.

O *dasein*³⁹⁵, portanto, é um ente privilegiado que compreende o ser. É exatamente esse elemento que vai colocar para compreensão da complexidade que

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 188.

³⁹⁴ “§1. A linguagem é uma das principais obsessões da Filosofia contemporânea. Já há duas ou três gerações, aquilo que é dito interessa um pouco menos do que está encoberto na maneira ou na forma pela qual se pôde dizê-lo, e agora se compartilha a convicção de que nenhuma reflexão rigorosa deve prescindir de um exame sobre o que dá significado e quem sabe até constitui ao que é refletido. Teríamos assim alcançado mais um degrau na dialética do esclarecimento ou apenas sucumbimos a outro enfeitamento pelos meios da linguagem? Antes de perguntar se há aqui um sinal de vigor ou de debilidade, convém a suspeita quanto à atenção que hoje se dá à Filosofia da linguagem enquanto a mais recente "filosofia primeira". Designa-se por "virada linguística" (*linguistic turn*) a esse novo, digamos, paradigma pelo qual a investigação dos problemas filosóficos é indissociável de um exame da estrutura lógica ou discursiva que os enuncia. Mas a própria expressão "virada linguística" não implicaria uma orientação mais ou menos específica que, nas entrelinhas, privilegia certa concepção metodológica e temática? Na ideia mesma de um paradigma linguístico não se dissimula a redução de iniciativas bastante heterogêneas a um dado programa de pesquisa?

§2. A expressão "virada linguística" se tornou corrente após a publicação de uma coletânea, em 1967, organizada por Richard Rorty, intitulada *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*. No seu prefácio, Rorty registra que o primeiro a empregar tal denominação teria sido Gustav Bergmann, um membro do Círculo de Viena que imigrou para os EUA, em 1938, e fez toda a sua carreira acadêmica na Universidade de Iowa. O que Bergmann queria destacar com essa denominação era a peculiar abordagem linguística conduzida pelos seus confrades. Daí que, na seleção de artigos que compõem a mencionada coletânea, constem apenas escritos de positivistas lógicos e da discussão especializada destes por filósofos anglo-americanos. A conjunção entre o Positivismo lógico e a sua recepção pela filosofia anglo-americana constituiu, em linhas gerais, o que entendemos por "Filosofia analítica". Portanto, a "virada linguística" foi cunhada para circunscrever uma maneira exclusiva de se reescreverem os problemas filosóficos como problemas de linguagem, no caso, a da Filosofia analítica. Inicialmente, esta recobria uma agenda mais ou menos compartilhada e, posteriormente, passou a denotar uma conjuntura acadêmica e mesmo estilística derivada daquele período fundador. "Filosofia analítica" e "virada linguística" integram, assim, um único movimento histórico-conceitual". SAMPAIO, Evaldo. A virada linguística e os dados imediatos da consciência. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 40, n. 2, p. 47-70, jun. 2017.

³⁹⁵ Decorrente desta mudança paradigmática o homem inserido no mundo e sua compreensão de si mesmo e das relações que desta presença advém, Heidegger chama de *Dasein* (ser-aí, pre-sença), o modo de ser deste ente é a existência. Este ente –nós – chamado “*Dasein*, é o que ele já foi, ou seja, o seu passado. [...] O passado é o selo histórico imprimido em nosso ser; o futuro é o ter-querer que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência”. A hermenêutica é empregada para compreender o ser (faticidade) do *Dasein* e possibilitar a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência). (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 26). *Dasein* possui um primado múltiplo em relação aos outros entes, o primeiro é o primado ôntico: “a pre-sença é um ente determinado em seu ser pela existência; o segundo é ontológico: “com base em sua determinação da existência, a pre-sença é em si mesma ontológica”, eis que pertence ao *dasein* de forma originária e constitutiva da

é a ruptura dos dois paradigmas, quais sejam: o paradigma objetivista e o paradigma subjetivista. “Então, para o ‘Dasein’ os sentidos se dão, digamos, nesse processo compreensivo. ‘Dasein’ é esse ente privilegiado. Sabe-se que se sabe. Eis aí ‘Dasein’, esse ente pelo qual sabe que se sabe”.³⁹⁶

O dasein, assim, é o responsável, por meio da linguagem, por acessar a compreensão do direito – e tal incumbência se reveste de importância, dentro de uma sociedade com a democracia em constante crise –, dar validade e eficácia à Constituição, às instituições e às garantias coletivas e individuais. É meio de solidificar a democracia brasileira.

A CDH, portanto, utiliza-se desta base fundante da moderna hermenêutica somada com a teoria integridade de Dworkin³⁹⁷ para dar subsídios ao intérprete do direito e sair do limbo da discricionariedade judicial.

A hermenêutica deve satisfazer a uma reconstrução integrativa do Direito para impedir interpretações discricionárias/arbitrárias escoradas “em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”.³⁹⁸

Neste sentido, “a hermenêutica é avessa ao poder discricionário, do mesmo modo que o é Dworkin. Minha posição – denominada de Crítica Hermenêutica do Direito – está baseada na matriz da fenomenologia hermenêutica”³⁹⁹. Com base nesta matriz, os sentidos são alcançados por meio de um contexto intersubjetivo de significações.

compreensão da existência; o terceiro primado é a condição ôntico-ontológica “da possibilidade de todas as ontologias”, o dasein se apresenta como o ente que, “ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado antes de qualquer outro”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 40.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 106.

³⁹⁷ “O direito como integridade insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. [...] O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 217-272.

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 274.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 484.

A discricionariedade combatida pela CHD “é a do *subjectum*, que dispõe dos sentidos do Direito, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto-decidendo é transformado em álibi para voluntarismos”⁴⁰⁰, diga-se de passagem, sem nenhum respeito aos ditames constitucionais – ao exemplo do que ocorreu em vários acordos de colaboração premiada, que só era pactuada após a decretação de prisões arbitrárias, vazamento de provas para a mídia, dentre outros elementos desprovidos de conteúdo jurídico, mas “justificados” por um resultado, em tese, plausível, qual seja combater a corrupção e garantir a efetividade do processo, que no entendimento de tais magistrados é o da punição.

É por meio da sociedade do espetáculo que tais mecanismos autoritários se desenvolvem, controlando corpos e sentimentos – partindo dos pressupostos da sociedade disciplinar de Foucault –, assim é que o Estado se utiliza de construções de constrangimento para impor ao sujeito que se comporte dentro dos limites impostos pelo poder soberano. Trata-se, pois, de um controle biopolítico⁴⁰¹, que limita a liberdade e infunde ao sujeito a incapacidade de se livrar das amarras do controle, obrigando-o a se sujeitar ao poder. É um totalitarismo moderno, transvestido de proteção.

Além disso, o giro linguístico⁴⁰², alteração paradigmática ocorrida no campo da filosofia e, também, do Estado Democrático de Direito, não pode possibilitar uma

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 497.

⁴⁰¹ Com o termo “biopolítica”, Michel Foucault designou o modo como o poder se transformou, do século XVIII ao XIX, em ordem a governar não somente os indivíduos através dum certo número de disciplinas, mas o conjunto dos viventes constituídos em “população”. Desde *História da Loucura* (onde questiona o saber psiquiátrico e os pressupostos da medicina mental moderna), a *Nascimento da Clínica* (que versa acerca do dispositivo biomedical nas sociedades ocidentais modernas), às conferências sobre a medicina social e a cursos no Collège de France (sobre a passagem do Estado territorial ao problema biopolítico das populações), *biopolítica* é, para Foucault, um conceito inscrito na história desde o liberalismo económico. Nessa época, marcada por uma melhoria das condições de vida, o biológico não constitui só um meio de pressão, mas um instrumento de poder ao serviço do político: “se podemos chamar “bio-história” às pressões pelas quais os movimentos da vida e os processos da história interferem uns com os outros, haveria que falar de “biopolítica” para designar o que faz entrar a vida e os seus mecanismos no domínio dos cálculos explícitos e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana”. CAMPOS, A. S. “Biopolítica. In: MARQUES, António; CAMPOS, André Santos (coord.). **Dicionário de filosofia moral e política**: 2.ª série. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2018.

⁴⁰² Sobre o termo “giro linguístico”, valiosas as lições de Streck: “a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o “nome do paradigma da subjetividade” – dá-se no século XX, a partir do que denomino de giro ontológico-linguístico, embora já se pudesse ver traços importantes do império da linguagem em Herder, Hamann e Humboldt. Esse giro “liberta” a filosofia do fundamentum que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Contudo, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da proplada “invasão” da filosofia pela linguagem. Mais do que isso,

hermenêutica jurídica solipsista, baseada no “livre convencimento”, “livre convicção” e na “íntima convicção”, enfim, de um ativismo exacerbado, corrompido pela política, com decisões judiciais que ignoram princípios democraticamente edificados, desrespeitando a integridade do direito, de maneira que este contradireito demonstrado por Foucault se reveste de contrariedade à integridade do direito. Assim, o Poder Judiciário igualmente deve ter uma limitação autônoma e superior das decisões proferidas, em deferência à integridade e à coerência do direito. É, pois, a Crítica Hermenêutica de Direito a responsável por estabelecer condições hermenêuticas para a execução de um controle de interpretação constitucional, buscando controlar a subjetividade solipsista a partir da tradição, do círculo

tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia. Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, na fase em que escreve suas Investigações filosóficas, é uma estrutura linguística intersubjetiva. É por isso que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora” e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência [S-O] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos). Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não é mais o fundamento do conhecimento. Ele não mais é o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual quando perguntamos sobre como o compreendemos, já chegamos tarde para responder a essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos. Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e a aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica. Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento. No campo do Direito, tais questões ainda permanecem difusas em um misto de objetivismo e subjetivismo. Por vezes, a doutrina jurídica se limita a afirmar que a tarefa do jurista é a de simplesmente fixar-se na literalidade dos dispositivos legais, como que a repetir um olhar do realismo filosófico, ou, de maneira diametralmente oposta, a de deixar de aplicá-los por meio de institutos que apostam na subjetividade do juiz com o critério último de decisão, como se não existisse qualquer constrangimento externo. Veja-se, nesse sentido, a crítica arrasadora à filosofia da consciência feita por K. O. Apel (1987, p. 249), dizendo que o rechaço da evidência presente nela se deve a sua impotência criteriológica, isto porque a verdade está enclausurada na consciência, de maneira que não se entende se poderia criticar os conhecimentos e as convicções que o sujeito (moderno-solipsista) tenha por evidentes. Isso impede a verificação da verdade, porque é “imune” à intersubjetividade.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 130-131.

hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito.⁴⁰³

De fato, no âmbito da decisão judicial, o que a CHD tem a apresentar “é que o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade (e a possibilidade de o juiz lançar mão aos mais diversos argumentos de moralidade), acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz”, o que volta à filosofia da consciência. É importante reconhecer, com efeito, que o positivismo jurídico é consequência, metodologicamente, “da filosofia analítica em sentido lato, embora haja divergências da adequação dessas posturas para delimitar o Direito”. Sob a análise da decisão judicial, a CHD não agrega “a teoria positivista à filosofia da consciência, mas apenas às consequências da admissão da discricionariedade nesse plano. Ou seja, é possível aceitar que o positivismo, no plano dos raciocínios jurídicos”, tem fechos de “objetivismo e da verdade como correspondência (afinal, pretende descrever o Direito sem o apelo à moral)”.⁴⁰⁴

No entanto, toa incontestável que o raciocínio prático realizado pelo juiz “efetivamente não escapa ao subjetivismo particularista. Como consequência, os juízes que simplesmente se lançam ao voluntarismo nada mais fazem do que praticar subjetivismos particularistas” (quer denomine a isto de filosofia da consciência “ou não – filósofos como Ernildo Stein e Lorenz Puntel diriam que, sim, aí tem filosofia da consciência); mesmo aqueles que buscam metodologizar esse subjetivismo, igualmente, não escapam do paradigma filosófico” que traslada do olhar exterior “(da coisa) para o interior do sujeito (o subjetivismo)”.⁴⁰⁵

É por tal razão que a CHD é antipática à tese da discricionariedade diante da “matriz hermenêutica em que se alicerça, em que os sentidos se dão num contexto intersubjetivo de significações. Nem o Direito se interpreta de forma descritiva, sob um ponto de vista externo, nem o intérprete, a partir de um ponto de vista interno”, transformando-se proprietário dos sentidos do Direito, assentando a sua subjetividade “como blindagem contra os constrangimentos externos advindos da intersubjetividade, enfim, naquilo que, com Wittgenstein, podemos denominar de linguagem pública”.

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 265.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 265.

Importante também mencionar a característica não descritiva da CHD, contudo, não antidescritivo. “O positivismo parte de cisões estruturais entre ser/dever ser, juízos de fato/juízos de valor; descrição e prescrição. Por exemplo, se tomarmos por base o modelo kelseniano de descrição e prescrição”, fica manifesta que a CHD não reconhece nenhuma destas. Destarte, o juspositivista cogita descrever “– porque, a partir dessa cisão, acredita que nesse nível ele teria rigor científico-formal para analisar o seu objeto, bem como para ‘preservar o produto (Direito)’ de avaliações morais”. Todavia, o tentamento de descrever o mundo apesar das valorações – premissa do positivismo – só é provável porque tal divisão é feita de maneira ficcional, “ignorando o modo como compreendemos a realidade, como bem lembra o filósofo Luis Hebeche”.⁴⁰⁶

Destarte, o Direito e seus sentidos não foram arquitetados; os dois são localizados “em um a priori compartilhado e necessariamente intersubjetivo e, por isso, há um controle. A CHD está para além do objetivismo e luta todos os dias contra a tirania do sujeito moderno, enfim, desse *subjectivist turn*”.⁴⁰⁷

De fato, é a Crítica Hermenêutica do Direito a responsável por efetivar o modelo penal de garantismo proposto por Ferrajoli, que consiste em cumprir e efetivar a formação moderna daquilo que se chama Estado de Direito, ou seja, a Constituição como o manto que acoberta o direito penal e delimita a sua atuação.

O Estado de direito, como decorrência do conjugado das garantias liberais e sociais, pode ser conformado como um sistema de “meta-regras em relação às regras mesmas da democracia política [...] se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria”⁴⁰⁸. A democracia substancial e social, portanto, é que o Estado não decide apenas em favor da maioria, mas às necessidades de todos, e o garantismo é uma técnica “de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação estrutural e substancial da democracia”.⁴⁰⁹

Apenas para enfatizar a necessidade da CHD como teoria da base da tese que se desenha, importante transcrever as palavras de Steck: “A violação à Constituição

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 265-266.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 318.

⁴⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 697.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002. p. 697.

é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum – sempre pragmati(ci)sta – costuma pensar a Democracia como sendo um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria”, todavia, ela deve ser percebida como luta política, constante, e a partir de uma perspectiva histórica, descontínua, não linear e de necessário cuidado.⁴¹⁰

Este juiz solipsista, compreendendo “a postura discricionária/voluntarista do juiz advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir de sua subjetividade individual”,⁴¹¹ buscando argumentos para fundamentar uma decisão já tomada e habitualmente calcada no pragmatismo, como são as que decretam prisões preventivas para constranger o indiciado a colaborar.

Adverte Negri, destarte, que as pressões não são apenas diretas e bruscas como as ocorridas com a tortura, “mas também pressões psicológicas dissimuladas e manobras fraudulentas para combater a decisão defensiva de ficar em silêncio”. Tais manobras são utilizadas pelo poder estatal, polícias, promotores e juízes, utilizando-se dos mecanismos da sociedade de constrangimento para decretar prisões ilegais, indisponibilidade de bens e utilizar, além disso, da mídia para espetacularizar o processo, constrangendo o indivíduo a colaborar.

Algumas das vezes esses mecanismos são utilizados não apenas com a finalidade de obtenção de prova no processo penal, mas com interesses pessoais e políticos dos agentes estatais envolvidos nas investigações e no processo penal.

Apesar de tais práticas, não se deve esquecer, como bem lembra Barbieri, que, “em princípio, portanto, no equilíbrio entre o direito do magistrado de participar da vida política e seu dever de imparcialidade deve prevalecer, em princípio, este último, a fim de impedi-lo de estabelecer relacionamentos ou laços estáveis” com interesses extras ao processo ou atrelados, ainda que escamoteado, um partido político específico (tradução nossa).⁴¹²

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 685.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 56.

⁴¹² In linea di principio, quindi nel bilanciamento tra il diritto del magistrato a partecipare alla vita politica e il suo dovere di imparzialità deve prevalere, in linea di principio, quest'ultima, al fine di impedire che egli instauri rapporti o vincoli di natura stabile con una determinata parte politica. BARBIERI, Giovanni Tarli. La partecipazione dei magistrati all'attività politica. **Giustizia penale e politica**, [S. l.], 2009. p. 69. Disponível em: http://www.edizioniets.com/criminalia/2009/003B_TARLI-BARBIERI.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

Por fim, é necessário enfatizar que a dogmática jurídica brasileira, quanto ao sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, destaca a adoção do sistema acusatório, que, conforme defendido por Tourinho Filho,⁴¹³ possui como características principais: o contraditório, como garantia de ordem jurídica e política do cidadão; partes acusadora e acusada em posição de igualdade; publicidade do processo, salvo os casos em que há necessidade de uma publicidade restrita ou especial.

O próximo capítulo, assim, demonstra o desrespeito do juiz solipsista à integridade do direito fornecida pela Constituição Federal, especialmente diante do uso de prisões ilegais e, portanto, sem fundamento racional-jurídico, para constranger indivíduos a pactuar colaborações premiadas.

⁴¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

4 O PROCESSO DO CONSTRANGIMENTO: UMA CRÍTICA AO PERFIL JUDICIAL DIRECIONADO ÀS DELAÇÕES PREMIADAS

O presente capítulo tem o objetivo apresentar uma crítica ao perfil judicial, que em vez de ser garantista, contribuindo para o efetivo respeito aos direitos e garantias fundamentais, contribui com práticas inquisitivistas, utilizando-se de argumentos solipsistas, a fim de alcançar uma utilidade do processo penal, qual seja: a pactuação de delações premiadas pelos imputados.

Para tanto, o primeiro tópico apresentará o desenvolvimento histórico do instituto da colaboração premiada no direito brasileiro. O segundo trata de uma análise comparativa de institutos similares em outros ordenamentos jurídicos. O terceiro tópico visa apresentar os requisitos para a existência da colaboração premiada. O item seguinte tem a finalidade de observar a aplicabilidade da colaboração premiada e seu elo com prisões provisórias. Posteriormente, compreender a decretação de prisões provisórias e sua fundamentação no contexto das delações premiadas. Por fim, visualizar o processo do constrangimento e a conseqüente ruptura com o garantismo na sociedade do controle – da punição à vigilância e da vigilância ao constrangimento.

4.1 Surgimento da colaboração premiada no contexto brasileiro

Antes de iniciar especificamente a evolução do instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, é importante destacar a justificativa de tal incorporação. De fato, as novas dificuldades do sistema penal, no contexto das sociedades contemporâneas, são “as situações identificadas com a criminalidade associativa, estruturada e estável com a finalidade de cometer crimes graves”. Os maiores problemas encontrados pelo aparato estatal encontra-se naquilo que se nomina “de bloqueio na investigação, situação na qual os órgãos de repressão penal, pelos métodos tradicionais de apuração, não conseguem penetrar na estrutura delitiva de modo a colher provas dos fatos cometidos” e dos seus sujeitos ativos.⁴¹⁴

⁴¹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Colaboração premiada: legitimidade e procedimento**. 2011. f. 181. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

Em tais situações, “que precisam estar identificados e separados de outros novos fenômenos delituosos, principalmente da crescente criminalidade de massa, a postura mais adequada de reforço na resposta estatal” não deve perpassar por incrementos desmesurados de penas ou diminuição de garantias penais como as acréscimos “dos tipos de perigo abstrato, ou de desmerecimento da comprovação do nexos causal. A técnica de estimular condutas pessoais em afronta ao mecanismo interno de sustentação da associação criminal”, assemelha, de fato, ser a política criminal mais apropriada e respectiva às finalidades da persecução criminal.⁴¹⁵

Com efeito, tais transformações da sociedade atual abalam as estruturas já solidificadas no domínio “do processo penal e, cada vez mais, é recorrente o surgimento de novas demandas jurídicas que exigem o amparo do direito penal”. Assim, “com o desenvolvimento da sociedade, o direito também precisa evoluir”. Deve, pois, acompanhar “os fenômenos da globalização e da pós-modernidade, marcados pela rapidez das comunicações, pelo acelerado desenvolvimento tecnológico e pela influência da economia”⁴¹⁶, e, ainda, a complexidade das relações e de tal sociedade.⁴¹⁷

Decorrente “do fenômeno da globalização, as interações entre os indivíduos se intensificam e se tornam cada vez mais complexas, estimulando/potencializando um maior número de conflitos”. Também, os progressos tecnológicos são responsáveis por propiciar o aparecimento “de diferentes comportamentos lesivos, que levam à

⁴¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Colaboração premiada: legitimidade e procedimento**. 2011. f. 181. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

⁴¹⁶ WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, p. 279-306, jun. 2019.

⁴¹⁷ Sobre complexidade, esclarece Morin: “O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. *Complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios à nossa era planetária confrontam-nos cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade. Em consequência, a educação deve promover a “inteligência geral” apta a referir-se ao complexo, ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global.” MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva, Jeanne Sawaya. 1. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2013. p. 54. E-book.

prática de novos delitos”. Isso demanda do Estado e, por conseguinte, do direito “uma resposta inovadora”.⁴¹⁸

Assim, é certo afirmar que “o incentivo à colaboração premiada insere-se em um campo de tensão entre dois polos tendencialmente opostos que se podem identificar, de um lado, com a operatividade do sistema penal, ao qual o mecanismo” possui a aparência de estar designado a fortalecer, e, de outra banda, “à legitimidade do sistema na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito, tais como relação de proporcionalidade entre fato delituoso e sanção”, abordagem igualitária entre os acusados, salvaguarda dos direitos fundamentais de liberdade, do devido processo legal, entre outros.⁴¹⁹ Neste mesmo sentido, as lições de Silva Sanchez:

Los aspectos comentados hasta aquí sufren un espectacular impulso debido a dos fenómenos que se muestran como típicos de las sociedades postindustriales: la globalización económica y la integración supranacional. En efecto, las peculiares exigencias de la reacción jurídico-penal a la delincuencia propia de uno y otro marco parecen capaces de acentuar sustancialmente las tendencias, que, como se dijo, se hallan patentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, hacia una demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho penal -y del Derecho procesal penal.⁴²⁰

A sociedade atual, portanto, multifacetada e complexa, causa ao direito, especialmente ao direito penal e processual penal, sua crescente unificação, bem como a criação de mecanismos que garantam a eficiência do processo penal, essa entendida como a condenação do acusado, razão pela qual será menos garantista. De fato, o direito será “*también menos garantista, y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales*”, especialmente no que diz

⁴¹⁸ WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, p. 279-306, jun. 2019. Veja também: LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

⁴¹⁹ VALDEZ, Frederico Pereira. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 319-358, mar. 2013.

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006. p. 83. Nesse sentido, veja também: DANNECKER, Gerhard. **Das Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft**. Bayreuth: Universität Bayreuth: JZ, 1996.

respeito “*en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción*”.⁴²¹

Além disso, a exemplo de Grevi, há quem defenda ser a criminalidade organizada um motivo suficiente para uma adequação da normativa processual e que tal criminalidade, embora padeça de imprecisão e de indefinição jurídica⁴²², teria providenciado a justificação lógica e suficiente para um conjunto de desvios tidos como razoáveis,⁴²³ especialmente aos princípios garantistas, aptos a justificar sua inobservância.

Assim, como hipotética de solução a essa demanda, a de combate à criminalidade organizada “surge como um modo de abreviação do caminho necessário para a imposição da sanção penal, a justiça negocial, no ordenamento jurídico brasileiro”, portanto, sendo imprescindível sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, face aos desafios imposto ao processo penal. Existe, com efeito, “a necessidade de que o processo se adapte ante um ambiente social mais complexo, no entanto, sem deixar de preservar o núcleo de valores essenciais para a concretização de suas finalidades”.⁴²⁴

Com efeito, a justiça negocial, no processo penal brasileiro, tem tido seus mecanismos aprimorados, inobstante o foco da pesquisa seja o instituto de colaboração premiada. A título de conhecimento cita-se a n. Lei 13.964/19, que instituiu mais uma estrutura de acordo no processo penal: o acordo de não persecução penal. Assim, denota-se uma ampliação do campo de atuação deste modelo no

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006. p. 84.

⁴²² “La primera dificultad que se presenta al tratar este tema es delimitar el objeto de análisis. En efecto, no resulta fácil precisar qué se entiende por criminalidad organizada. Justamente, una de sus particularidades es su capacidad para adaptarse a las nuevas realidades sociales, «descubriendo» dónde están sus grietas que permitan actuar. En el pasado, grupos más o menos organizados actuaban en aquellas zonas rurales en donde el Estado estaba presente sólo formalmente. Así sucedió en los orígenes de la mafia siciliana”. CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. La criminalidad organizada: una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. **Ius et Praxis**, Talca, v. 16, n. 2, p. 273-330, 2010. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2021.

⁴²³ GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. In: GREVI, Vittorio (org.). **Processo penale e criminalità organizzata**. Bari: Laterza, 1993. p. 6.

⁴²⁴ WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 156, p. 279-306, jun. 2019.

sistema jurídico brasileiro, razão pela qual é de importância elementar revisar os autores que tratam sobre o tema.

Destarte, a denominada justiça criminal negocial pode ser conceituada como “[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado”, ou o abreviamento de alguma fase do processo, com o escopo de promover a cominação de uma sanção penal reduzida, “o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes”.⁴²⁵

Lauand utiliza o termo colaboração processual, aduzindo que “pode ser entendida, em sentido amplo, como atividade do imputado que, durante a persecução penal, adota posturas cooperativas com autoridades, em troca de algum benefício legal” de maneira a abarcar “a confissão, o chamamento de corréu, a delação, a delação premiada e a colaboração processual *stricto sensu*”⁴²⁶.

Pisani afirma existir uma simetria no direito premial e aduz que, através da sentença, o legislador ameaça punir quem quer tomar uma ação socialmente repreensível ou negativa, de maneira que a penalidade desempenhe o papel de sanção (negativo), além da punição tem a finalidade de modificar o comportamento disciplinando-o, por outro lado, através do prêmio (ou penalidade positiva) o legislador pretende incentivar e incentivar comportamentos socialmente benéficos.⁴²⁷

Destarte, “a barganha, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são *mecanismos da*

⁴²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 55.

⁴²⁶ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁴²⁷ Quanto poi al termine, esso, che può sembrare astruso perché non consueto, è in realtà omologo e simmetrico a quello di diritto penale. Ma la simmetria, prima ancora, sta nei concetti e nelle funzioni. Come attraverso la pena il legislatore minaccia un castigo a chi volesse accingersi ad una azione socialmente riprovevole, ovvero negativa (un omicidio, un furto, una truffa, ecc.), cosicché la pena svolge il ruolo di sanzione (negativa), che, oltre al castigo, mira anche a distogliere dal comportamento oggetto di disciplina, per contro, attraverso il premio (o sanzione positiva) il legislatore si propone di incentivare e di incoraggiare i comportamenti socialmente vantaggiosi 19. E da qui l'ampia gamma dei riconoscimenti al merito civile, al valor militare, al merito del lavoro, al merito della scuola, della cultura e dell'arte, al merito della sanità pubblica, al merito della rendizione sociale, al merito della Repubblica Italiana, e così via esemplificando. PISANI, Mario. **Studi di diritto premiale**. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010. p. 17.

justiça criminal negocial, se caracterizam como facilitadores da persecução penal”, há destarte um meio de incentivo, uma sanção positiva ao acusado, a fim de que ele contribua com a acusação, “em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”⁴²⁸.

Com efeito, esse direito premial se caracteriza como uma verdadeira “regulação dos benefícios por uma conduta externalizada de manifesto antagonismo à atividade típica já revelada, sendo o comportamento pós-delito funcional à salvaguarda, ainda que tardia, do interesse protegido pelo tipo penal”⁴²⁹. Configura-se em uma apresentação de sua função *lato sensu* reintegratória, relativamente à ofensa ao bem jurídico protegido pela lei penal, eis que, de alguma maneira, “a tipicidade do fato acaba, em contraposição, por delinear a tipicidade da hipótese de arrependimento substantivo”⁴³⁰.

Assim é que a estrutura das atuais formas premiais presentes no direito brasileiro, diante da colaboração dos acusados, altera a lógica premial, antes alicerçada no arrependimento substantivo. Com efeito, a característica de “retorno à legalidade passa, da exigência de reintegração da ofensa típica, para o requisito da disponibilidade do arrependido a colaborar ativamente com a repressão penal”. O arrependimento processual tem uma justificação político-criminal na dita previsão “ponte de ouro”,⁴³¹ o que faz sentido nas espécies em que a norma “faça referência aos crimes associativos, porque então se verifica reflexo também sobre a ofensa

⁴²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴²⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 33.

⁴³⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 33. Acerca do arrependimento substantivo, ver também: PADOVANI, Túlio. *La soave inquisizione: osservazioni e rilevi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, p. 20, 1983.

⁴³¹ “Previstas no art. 15 do Código Penal, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz configuram – segundo o entendimento majoritário – causas de afastamento da tipicidade do crime inicialmente desejado pelo agente, subsistindo apenas a tipicidade dos atos já praticados. Essas hipóteses, assim, constituem um verdadeiro estímulo ao agente para evitar a produção do resultado de um crime cuja execução já se iniciou e, por esse motivo, foram chamadas por Franz von Liszt como “ponte de ouro”. Em alusão a essa expressão, alguns autores também têm utilizado outras terminologias: (a) “ponte de prata”: para se referir ao arrependimento posterior (CP, art. 16), pois acarreta somente a diminuição da pena; (b) “ponte de bronze”: seria a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d); e (c) “ponte de diamante”: em correspondência à colaboração premiada que estabeleça como prêmio o não oferecimento de denúncia pelo Parquet (Lei 12.850/2013, art. 4.º, § 4.º).” MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021. p. 459.

permanentemente ínsita à subsistência de organizações criminosas; de qualquer modo, não haveria nenhuma relevância no plano da ofensa típica” no que tange aos crimes-fim já cometidos pela associação.⁴³²

Destarte, o direito premial no processo penal brasileiro, apesar da ausência de critérios e de uniformidade, pode ser traçado historicamente por meio dos instrumentos normativos que serão elencados a seguir.

A figura da delação premiada em território nacional pode ser encontrada já na “vigência das Ordenações Filipinas, na época do Brasil Colônia. Quando da vigência das Ordenações Filipinas, a tortura — considerada prova lícita na época — era o recurso utilizado para estimular as delações premiadas”. Agora, não obstante a tortura seja uma prática inconstitucional, tem-se utilizado de mecanismos legais para alcançar as provas necessárias, a exemplo do “uso de prisões ilegais — que soam como verdadeira tortura psicológica — para se atender ao desiderato punitivo. Pelo visto, o tempo passou, mas quase nada mudou!”.⁴³³ Apesar de tal crítica, necessária, nesse momento, ela será deixada para segundo plano, a fim de realizar o percurso histórico das legislações que antecedem a atual lei 12.850/2013.

Prevê-se a delação premiada:

1. Para crimes hediondos (art. 8º, parágrafo único, Lei nº 8.072 de 1990);
2. Para extorsão mediante sequestro (art. 159, §4º, Código Penal Brasileiro);
3. Para crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 25, §2º, Lei nº 7.492 de 1986);
4. Para crimes contra a ordem econômica e tributária (art. 16, parágrafo único, Lei 8.137 de 1990);
5. Para formação de cartel, inclusive em licitações (art. 86, Lei nº 12.259 de 2011);
6. Para lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º, Lei nº 9.613 de 1998);
7. Para tráfico de entorpecentes (art. 41, Lei nº 11.343 de 2006);
8. Para organização criminosa (art. 4º, Lei nº 12.850 de 2013);
9. Para delitos em geral (art. 13, Lei nº 9.807 de 1999).⁴³⁴

⁴³² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 34.

⁴³³ MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Prisão preventiva para colaboração premiada: uma eficiência inconstitucional! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/tribuna-defensoria-prisao-preventiva-colaboracao-premiada-eficiencia-inconstitucional> Acesso em: 10 de out. 2021.

⁴³⁴ SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 105.

O primeiro diploma legal brasileiro a tratar do mecanismo negocial foi a Lei 8.072/1990⁴³⁵, Lei de Crimes Hediondos. Em seu art. 8º, parágrafo único, delibera que: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Tal lei adicionou o § 4º ao art. 159 do Código Penal, senão veja: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”, “trata-se de exemplo claro do enfoque do legislador brasileiro à visão de direito material do instituto premial, sem qualquer preocupação com sua delimitação procedimental ou suas consequências processuais”⁴³⁶.

Posteriormente, “a Lei nº 9.269/1996⁴³⁷ veio a estender o mesmo favor em caso de sequestro sem a intervenção de quadrilha. Nessa primeira lei, em que é resgatada a colaboração, percebe-se o surgimento de critérios, princípios”, que serão os responsáveis por caracterizar a colaboração premiada: “proporção de favores pelo interesse estatal, utilidade, favor judicial e de resultado”.⁴³⁸

Posteriormente, foi previsto na Lei n. 9.034/95⁴³⁹, Organizações Criminosas, cujo art. 6º dispõe: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Este artigo ocasionou “um dos pontos de debate de maior atenção da doutrina, qual seja a necessidade ou não de espontaneidade do acusado para colaborar. Contudo, a Lei 12.850/13 revogou expressamente essa disposição”.⁴⁴⁰

⁴³⁵ BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴³⁸ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

⁴³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

A revogação se deu também ante à previsão “crimes praticados por organizações criminosas”, sem, no entanto, definir quem seriam as organizações criminosas e por conseguinte, quem poderia ser o colaborador.⁴⁴¹

No mesmo ano, 1995, entrou em vigor a Lei n. 9.080⁴⁴², que inseriu em outros diplomas normativos a possibilidade de negócio, dilatando o âmbito de aplicabilidade da delação premiada; destarte, “a dificuldade crescente na investigação e prova de crimes graves (hediondos), especialmente praticados por grupos de criminalidade organizada”⁴⁴³, impõe ao Estado que faça escolhas de técnicas com vistas a efetivar as persecução penal, eis que os crimes passam “a novo patamar: crimes com técnicas bancárias, cambiárias, com exigência de especialização em economia, mercado de capitais, transferências internacionais”.⁴⁴⁴

Destarte, a Lei incluiu o § 2º do art. 25 da Lei n. 7.492/86⁴⁴⁵, que dispõe de crimes contra o sistema financeiro nacional, e inserção no parágrafo único do art. 16 da Lei n. 8.137/90, Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, com igual redação: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. A lei também impôs “a necessidade de espontaneidade, continuou-se com a postura de expansão do cabimento do instituto”.⁴⁴⁶

Em seguida, a Lei n. 9.613/1998, Lei de combate à lavagem de dinheiro, que, originalmente, impôs meios de delação premiada no § 5º do art. 1º: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações

⁴⁴¹ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

⁴⁴² BRASIL. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁴³ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

⁴⁴⁴ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

⁴⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

É, pois, com a Lei de Lavagem de Capitais⁴⁴⁷ que “pela primeira vez cria-se como benefício possível da delação não somente a minoração da pena, mas o

⁴⁴⁷ Sobre o crime de lavagem de Capitais, interessante as lições de Dannecker, quanto à legislação alemã e a sua adequação às normas da União Europeia: “Als Geldwäsche werden nach einer amerikanischen phänomenologischen Definition Vorgänge bezeichnet, mit denen man die Existenz, die illegale Quelle oder die illegale Verwendung von Einkommen verbirgt und dann diese Einkommen so bemäntelt, daß sie aus einer legalen Quelle zu stammen scheinen. Wegen der mit der Geldwäsche erreichbaren Machtkonzentrationen und Monopolstellungen in den Händen von Kriminellen beinhaltet die Geldwäsche eine Gefahr für den rechtmäßigen Wirtschaftsverkehr und damit zugleich für das Funktionieren der Marktwirtschaft im ganzen mit möglichen Ausstrahlungen auf die Integrität der staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen. Der Verpflichtung, die Geldwäsche zu bestrafen, liegt die Forderung der im Bereich der organisierten Kriminalität tätigen Experten zugrunde, man müsse den Tätern illegal erwirtschaftete Gewinne und damit die Grundlage für weitere kriminelle Geschäfte entziehen. Um zu verhindern, daß die illegalen Gelder in den legalen Wirtschaftskreislauf gelangen, wird es jedem Bürger verboten, solche illegal erlangten Gelder anzunehmen. Unter Geldwäsche versteht die EG-Richtlinie den vorsätzlichen Umtausch oder Transfer, das Verheimlichen, Verschleiern, den Erwerb und Besitz von Vermögensgegenständen in Kenntnis der Tatsache, daß diese aus einer kriminellen Tätigkeit oder der Teilnahme daran stammen, zu dem Zweck, den illegalen Ursprung zu verschleiern. Diese Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, daß die Geldwäsche untersagt und sanktioniert wird. Der anfängliche Vorschlag der EG-Kommission, demzufolge die Mitgliedstaaten die Geldwäsche als schwere Straftat behandeln mußten, konnte sich nicht durchsetzen. Allerdings haben die Mitgliedstaaten sich in einer angefügten Erklärung verpflichtet, alle nötigen Maßnahmen zur Schaffung von Strafvorschriften zu ergreifen. Auch die Unterzeichnerstaaten der Konvention des Europarates vom 8.11.1990 haben sich bereit erklärt, die Geldwäsche unter Strafe zu stellen. International war besonders die Frage umstritten, ob es ausreicht, die vorsätzliche Geldwäsche unter Strafandrohung zu stellen, oder ob eine Inkriminierung fahrlässigen Verhaltens geboten ist, um Beweisschwierigkeiten möglichst weitgehend zu verhindern. Insbesondere Vertreter der Strafverfolgungsorgane sprachen sich für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aus. Weiterhin war die Berechtigung, die Banken durch die Auferlegung von Sorgfaltspflichten in die Bekämpfung der Geldwäsche einzubeziehen, kontrovers diskutiert worden⁴⁴. Nach Art. 3 der EG-Richtlinie müssen die Banken von allen Neukunden, die ein Konto eröffnen, sowie von Kunden, die Transaktionen über 15.000 ECU tätigen, deren Identität feststellen. Zahlreiche Kreditinstitute hatten von Anfang an die EG-Richtlinien, soweit Banken in die Bekämpfung der Geldwäsche einbezogen werden sollten, sogar für überflüssig erklärt. Allerdings zeigte sich in der Praxis, daß sich die Geldwäscher zumeist der Banken bedienen und die Kreditwirtschaft deshalb ständig in Gefahr war, für die Transaktionen illegaler Gelder zur Geldwäsche, dem Legalisieren von Taterträgen, mißbraucht zu werden. Deshalb sind den Kredit- und Finanzinstituten durch das “Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten” (Geldwäschegesetz) umfangreiche Kontroll-, Registrierungs- und Meldepflichten im Hinblick auf “geldwäschefähige” Geschäftsvorfälle auferlegt worden. Das bundesdeutsche “Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität”, das seit Herbst 1992 in Kraft ist und den Verfall von Gegenständen ermöglichen soll, wenn Umstände die bloße Annahme rechtfertigen, daß sie für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt sind, wird in der Praxis als wenig effektiv eingestuft. Dabei hätte aufgrund der Situation in der Schweiz bekannt sein müssen, daß die Bekämpfung der Geldwäsche wenig effektiv war⁴⁷. Dort hat sich nach Einschätzung der Praxis die Untauglichkeit der strafrechtlichen Geldwäschebekämpfung ebenso erwiesen wie in den Vereinigten Staaten, wo auf der Basis sehr weitreichender Gesetze jährlich nur ein oder zwei Prozent des geschätzten Drogenumsatzes eingezogen werden können. Auch die Erfahrungen in Frankreich und den Vereinigten Staaten bezüglich der Effektivität der Geldwäschestrafbarekeit sind negativ, denn trotz der dort vorgesehenen Beweiserleichterungen und trotz eines von der konkreten Straftat losgelösten Zugriffs auf das Tätervermögen ist zwar die Summe der beschlagnahmten Vermögenswerte gestiegen, jedoch konnte nur ein unbedeutender Teil der durch Straftaten erlangten Gewinne tatsächlich abgeschöpft werden. Gleichwohl besteht in der Bundesrepublik

benefício máximo, do perdão judicial⁴⁴⁸, isentando o delator da possibilidade de restrição de liberdade.

Aduz Vasconcellos que neste momento “se iniciou a ampliação das possibilidades de benefícios ao colaborador, que, nas legislações anteriores, limitavam-se à redução da sanção penal de um a dois terços”.⁴⁴⁹ Tal artigo foi alterado pela Lei n. 12.683/12⁴⁵⁰, com o fito de ampliar as hipóteses de cabimento, a saber: “a) esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais; b) à identificação dos autores, coautores e partícipes; ou c) à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”. A partir desta alteração é possível a concessão do benefício a qualquer tempo, estendendo o momento admissível para a efetuação da colaboração, até mesmo na execução penal.⁴⁵¹

É com a Lei n. 9.807/1999, Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas, que a delação passa a ser possível aos crimes em geral, “trata-se de norma em muitos aspectos mais benéfica do que as legislações anteriores e, assim, é retroativamente aplicável”. Tal norma reuniu os benefícios de legislações anteriores, a saber “identificação dos autores, salvamento da vítima e recuperação do produto do crime, [...] o favor máximo, de perdão judicial, mas agora condicionado a favoráveis circunstâncias do agente (personalidade e primariedade) e do crime.⁴⁵²

Deutschland die Überzeugung, die kriminellen Gewinne müßten aufgespürt und abgeschöpft werden. Hierin liege ein effektives Mittel der Strafrechtspflege. Nur so könne den kriminellen Organisationen die wirtschaftliche Basis für weitere Straftaten entzogen werden. Hinzu kommt, daß bei der Einführung des Straftatbestandes der Geldwäsche durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1992⁴⁹ die Erkenntnisse der Kriminologie nicht hinreichend berücksichtigt wurden. Deshalb bedarf dieser neue Straftatbestand, obwohl er bereits mehrfach geändert werden mußte⁵⁰, einer weiteren Änderung. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus dem Umstand, daß § 261 StGB zwar die Annahme von Geldern verbietet, die aus einer Wirtschaftsstraftat herrühren, "die von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, gewerbsmäßig begangen worden sind" (§ 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB)." DANNECKER, Gerhard. **Das Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft**, Universität Bayreuth: JZ, 1996.

⁴⁴⁸ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

⁴⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁵² CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

Destarte, até então “havia pouca preocupação do legislador com a proteção do réu colaborador, o que reduziu em muito a aplicabilidade do instituto”, contudo houve modificação neste panorama com a citada lei, Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas, no seu capítulo II, denominado Da proteção aos réus colaboradores. Nos arts. 13,14 e 15 houve a previsão de duas hipóteses, “com a possibilidade de concessão de perdão judicial e redução de pena, respectivamente”⁴⁵³ e proteção ao colaborador.

A Lei n. 10.409/2002, Nova Lei de Drogas, apesar do curto período em que esteve vigente, introduziu a denominada colaboração premiada processual *stricto sensu*⁴⁵⁴, de fato, nela “regrou-se mecanismo que apresentou traços mais semelhantes ao desenho atual, visto que se começou a conceber a delação premiada como um acordo entre as partes”⁴⁵⁵, conforme previsão no § 2º do art. 32: “O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”.

A supracitada lei de drogas foi substituída pela Lei n. 11.343/06⁴⁵⁶, que “introduziu uma forma de delação premiada, aos moldes das até então existentes no direito brasileiro, com participação direta e exclusiva do juiz”⁴⁵⁷, expresso no art. 41: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

A Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, estabelece “normas especiais para o processo e julgamento de crimes praticados, segundo ela, por organizações

⁴⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁵⁴ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017.

⁴⁵⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

⁴⁵⁷ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 235.

criminosas, e define a figura de forma ligeiramente diferente[...]” do disposto na Lei n. 12.850/2013, conforme se verá a seguir, “mas aplicável apenas para os fins daquela lei, que instituiu a possibilidade de instauração de juízo colegiado para o julgamento envolvendo tal situação”.⁴⁵⁸ A definição constante na Lei n. 12.694/2012, em seu art. 2º, é a que segue:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.⁴⁵⁹

É possível afirmar que o “instituto da colaboração premiada recebeu regulação e especial dimensão prática a partir da sua inserção na Lei 12.850/2013⁴⁶⁰, que disciplina o tratamento dispensado às organizações criminosas no Brasil”⁴⁶¹. Destarte, esclarece Vasconcellos que somente com o advento da legislação em 2013 “é que houve uma preocupação real com a regulamentação do procedimento a ser adotado para realização da delação”⁴⁶², pois passou-se a ter previsão de meios de obtenção de prova para investigação (art. 3º, I), “regulou-se a ‘colaboração premiada’ em seu viés processual, de modo inédito no ordenamento brasileiro”⁴⁶³. Nos artigos 4º, 5º e 6º, e em diversos parágrafos, o legislador inseriu o regime procedimental do instituto negocial. Embora não isento de insuficiências, é um importante marco “na tentativa de esboço de regras para sua limitação. Contudo, de modo paradoxal, esse foi o

⁴⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

⁴⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁶¹ WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

primeiro passo para o (criticável) triunfo da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro”⁴⁶⁴.

De fato, “colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa”, daí arranca o “significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal”, no que diz respeito à materialidade ou à autoria do ilícito penal.⁴⁶⁵

Todavia, não obstante a lei empregue a expressão colaboração premiada, o “o vocábulo ‘colaboração’ não encontra qualquer carga técnica, qualquer origem doutrinária que a justifique. A substituição somente se explica como recurso eufêmico, de retirar o desvalor intrínseco que o substantivo ‘delação’ traz em si”.⁴⁶⁶ Também Nucci afirma que, na verdade, trata-se da delação premiada. O instituto, tal como arranjado em lei, “não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal”. Por tal motivo, configura-se “autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo”.⁴⁶⁷

Apesar de tais discrepâncias quanto ao *nomen juris*, trata-se de um instituto jurídico considerado inovador no direito brasileiro, por importante parte da doutrina, mas inserido num “modelo velho de processo penal autoritário e cheio de defeitos. Contudo, é um fenômeno processual altamente complexo que veio para permanecer em nossa legislação, como um meio de obtenção de provas”, que, especialmente por meio das Cortes Superiores⁴⁶⁸, terá sua aplicação delimitada por meio da hermenêutica.

A ideia de um direito processual e penal premial é que ele de fato fosse um negócio pactuado entre as partes e caracterizado, principalmente, pela liberdade em

⁴⁶⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

⁴⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 52.

⁴⁶⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2.

⁴⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 52.

⁴⁶⁸ WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

decidir, respaldado ainda pela segurança e confiança como características inerentes aos negócios pactuados com o Estado.

Diversamente da lei revogada, a Lei n. 12.850/2013 passa a definir o que é organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁴⁶⁹

De acordo com Greco Filho, a legislação errou ao definir organização criminosa⁴⁷⁰, eis que “não é adequado que a lei dê os requisitos para que uma associação ou grupo se constitua em organização criminosa, uma vez que as organizações são muito diferenciadas e uma definição redigida restringiria o conceito”, acarretando a impossibilidade, em início, da sua identidade em razão de “exigências rígidas e expressas”, razão pela qual, para o mencionado autor, “o conceito deva ser fluido, como fluido é o próprio modo de ser de uma *societas sceleris*”, a justificativa, é o fato de que a criminalidade organizada é, primeiramente, “um fenômeno social,

⁴⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁷⁰ No que diz respeito ao terrorismo, “no âmbito do Direito Internacional houve 12 acordos de combate ao terrorismo, patrocinados pela ONU, sendo que o Brasil aderiu a todos. São eles: Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves (1963) – Dec. n. 66.520, de 30 de abril de 1970; Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves (1970) – Dec. n. 70.201, de 24 de fevereiro de 1972; Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil (1971) – Dec. n. 72.383, de 20 de junho de 1973; Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, Inclu- sive os Agentes Diplomáticos (1973) – Dec. n. 3.167, de 14 de setembro de 1999; Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (1979) – Dec. n. 3.517, de 20 de junho de 2000; Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares (1980) – Dec. n. 95, de 16 de abril de 1991; Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que Prestem Serviço à Aviação Civil Internacional (1988) – Dec. n. 2.611, de 2 de junho de 1998; Convenção para a supressão de atos ilegais contra a segurança da Navegação Marítima (Roma, 1988); Protocolo para a supressão de atos ilegais contra a segurança de plataformas fixas localizadas na Plataforma continental (Roma, 1988); Convenção para a Mar- cação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção (1991) – Dec. n. 4.021, de 19 de novembro de 2001; Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (1997) – Dec. n. 4.394, de 26 de setembro de 2002 e Convenção Internacional para a supressão do financiamento do terrorismo (New York, 1999).” GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n.12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 24-25.

econômico, político, cultural etc., fruto da sociedade contemporânea, como afirma Dias⁴⁷¹, e como tal é dinâmica”.⁴⁷²

A doutrina elenca as características para que ocorra uma organização criminosa que, apesar da definição legal, permanecem “como parâmetros de orientação para a identificação dos requisitos agora legais”⁴⁷³, a saber:

- a) Estrutura organizacional, com células relativamente estanques, de modo que uma não tem a identificação dos componentes da outra.
- b) Especialização de tarefas, de modo que cada uma exerce uma atividade predominante. Tomando como exemplo uma organização criminosa para o tráfico ilícito de entorpecentes, dir-se-ia que tem atividade definida o importador, o transportador, o destilador, o financeiro, o traficante de área e distribuidor e o traficante local, como uma rede, das artérias aos vasos capilares.
- c) A existência de vários níveis de hierarquia, em que os subordinados nem sempre, ou quase nunca, conhecem a identidade da chefia de dois ou mais escalões superiores ou ainda que conheçam a chefia mais elevada não têm contato direto com ela e não podem fornecer provas a respeito.
- d) A possível existência de infiltração de membros da organização em atividades públicas, nos Poderes Executivo, Legislativo, Ministério Público e Judiciário e corrupção de agentes públicos.
- e) A tendência de durabilidade.
- f) A conexão com outras organizações, no mesmo ramo ou em ramo diferente, quando não a atividade em vários ramos.
- g) A coação, mediante violência, chantagem ou aproveitamento da condição de pessoas não participantes, mas que passam a ser auxiliares ou coniventes e que vivem sob a imposição de grave dano em caso de delação.
- h) Mais de três pessoas.⁴⁷⁴

Na ocorrência ou suspeita de organização criminosa, o artigo 3º. da Lei 12.850/2013 enumera as possíveis atividades designadas “à obtenção da prova na fase investigatória, mas que pode se protrair para a fase judicial na apuração da existência do crime do art. 2º e na apuração dos crimes praticados” no contexto do crime organizado.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, p. 11-30, mar./abr. 2008.

⁴⁷² GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n.12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17.

⁴⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n.12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

⁴⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n.12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

⁴⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n.12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

A colaboração premiada, explicitada no artigo 4º. da Lei 12.850/2013, é razão “de perdão judicial, redução ou substituição de pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal desde que dessa colaboração um ou mais dos resultados previstos nos incisos” do art. 4º. Seus requisitos serão mais bem estudados no tópico 4.3.

Segundo Bitencourt e Busato, estão revogados outros tipos de colaboração premiada, prevalecendo a que está prevista na Lei de combate às organizações criminosas:

Em função disso, o advento da Lei n. 12.850/13 revogou expressamente as disposições da Lei n. 9.034/95, remanescendo as demais vigentes, no que tange à aplicação dos seus benefícios. No entanto, em nossa ótica, como este diploma legal define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/2013 revogou a delação ou a colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organizações criminosas.⁴⁷⁶

Nucci aponta como características negativas da colaboração premiada: 1) a traição é oficializada por via legal, contorno antiético de comportamento social;⁴⁷⁷ 2) em a possibilidade de ferir a proporcionalidade na pena *in concreto*, eis que o delator é beneficiado com “pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto a dele – ou até mais brandas;” 3) a traição, via regra, possui o condão de agravar ou qualificar práticas criminosas, razão pela qual não deveria ser usada para diminuir a pena; 4) “não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos;” 5) a presente “delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade

⁴⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 121-122.

⁴⁷⁷ Também é o entendimento de Bitencourt e Busato: “não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de ‘camaradagem’ para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator”. BUSATO, Paulo César. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa** (Lei n. 12.850/2013). São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

organizada a quebrar a lei do silêncio, regra a falar mais alto no universo do delito”; 6) o Estado não pode assentir em negociar com a criminalidade; e, por fim, 7) há um “estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais”⁴⁷⁸.

Poderia ainda ser acrescentado que há um constrangimento ao delator, impondo-lhe a delação sob a pena de ser condenado, mesmo diante da ausência de provas, ou ser preso provisoriamente, mesmo inexistindo os requisitos da prisão cautelar.

Por outro lado, Nucci apresenta os aspectos positivos da delação premiada: 1) “no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado;” 2) não ocorre lesão à proporcionalidade na pena concreta, tendo em vista a “culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade”, assim, pode granjear sanção menos severa; 3) o crime perpetrado por traição é grave, exatamente “porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição com bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito;” 4) os fins têm a possibilidade de serem justificados pelos meios, quando forem legalizados e encaixado no universo jurídico; 5) “a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador;” 6) o Estado já está realizando barganhas com o autor de infração penal, a exemplo da transação, augurada na Lei 9.099/1995. Sendo a delação premiada, tão somente, outro nível de transação; 7) o benefício estabelecido pela lei “para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior”, um dos fundamentos da aplicação da pena; 8) a dissimulada delação, deve ser rigorosamente punida; 9) “a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada”, cujo escopo é guerrear contra a criminalidade organizada.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

⁴⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

Nucci conclui que a delação premiada seria um mal necessário, tendo em vista que “o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia”, sem que se possa enfrentá-lo, com a devida eficiência, “desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes”.⁴⁸⁰

Quanto à natureza do instituto, o Supremo Tribunal Federal assumiu, para uma parte da doutrina, “entendimento por demais reducionista ao identificar o instituto da colaboração premiada tão somente como negócio jurídico processual ou como ajuste preliminar de colaboração”. Isso tendo em vista que o acordo preliminar é tão somente “uma das faces ou etapas da colaboração premiada, razão pela qual não pode ser identificado com a categoria jurídica em si mesma, na sua inteireza”.⁴⁸¹

É certo afirmar ser a colaboração premiada um instituto complexo e poliforme, que possui “natureza híbrida (penal e processual penal), e constitui tanto técnica investigativa como meio de prova, sempre sustentada na cooperação de colaborador com suspeita de envolvimento nos delitos que são objeto de investigação”. Tal afirmação, a de ser um instituto complexo, é confirmada pelo legislador, que ao regulamentar “a categoria jurídica, previu uma série de requisitos constitutivos, como, por exemplo, a eficácia e a efetividade (caput do artigo 4º)”.⁴⁸²

Os efeitos processuais do acordo de colaboração estão previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13: i) “o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional” (§ 3º); ii) “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração (§4º); e iii) “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” (§ 14).

⁴⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

⁴⁸¹ MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021. p. 459.

⁴⁸² PACHELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 110.

De fato, como meio de prova e instrumento negocial, o instituto da Colaboração Premiada deveria ser considerado a exceção dentro do sistema processual, no entanto, utilizando como parâmetro a denominada “Operação Lava Jato”⁴⁸³, “até o início de janeiro de 2017 será possível verificar que, até aquela data, haviam sido celebrados 71 acordos de colaboração premiada e 7 acordos de leniência”.⁴⁸⁴

Em pesquisa realizada no ano de 2021 no site oficial do Ministério Público Federal, há apresentação de dados estatísticos da operação divididos pelas diversas instâncias⁴⁸⁵ em que tramitam os feitos.

⁴⁸³ Segundo informações contidas no site do Ministério Público Federal: “**A Operação Lava Jato**, uma das maiores iniciativas de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil, teve início em março de 2014. Na época, quatro organizações criminosas que teriam a participação de agentes públicos, empresários e doleiros passaram a ser investigadas perante a Justiça Federal em Curitiba. A operação apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, e contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Por causa da complexidade do esquema, políticos e econômicos, novas frentes de investigação foram abertas em vários estados como Rio de Janeiro, São Paulo e no Distrito Federal. Também resultou na instauração de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. No MPF, a condução das investigações ficou a cargo de procuradores da República, que estruturaram o trabalho investigativo em forças-tarefas. A primeira delas surgiu em Curitiba. Em seguida, portarias regulamentaram o funcionamento das forças-tarefas no Rio de Janeiro e em São Paulo. Equipes da operação atuaram ainda nos Tribunais Regionais Federais da 2ª região (RJ/ES) e 4ª região (RS/SC/PR). Entre as características de uma força-tarefa estão a provisoriedade e a transitoriedade. Nesse modelo, o procurador natural escolhe colegas do MPF para auxiliá-lo. O ato que autoriza a atuação conjunta cabe ao procurador-geral da República e está condicionado à manifestação favorável das unidades nas quais estão lotados os indicados. A designação de um procurador para atuar em uma FT pode se dar nos modelos de acumulação – quando o indicado mantém o trabalho integral no próprio escritório – ou de desoneração, quando se afasta do trabalho ordinário de forma parcial ou total. Após mais de seis anos de funcionamento ininterrupto, período em que as designações para atuação conjunta foram prorrogadas, **em 2021 o trabalho foi incorporado pelos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaecos)**. Previstos na Resolução 146, do Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF) desde 2013, os Gaecos conferem estabilidade e caráter duradouro às investigações. Também resolvem a questão das designações precárias dos integrantes das forças-tarefas, uma vez que os componentes têm mandato renovável de dois anos.

Em primeira instância – no caso do Paraná e do Rio de Janeiro –, os processos e inquéritos resultantes da Lava Jato passam a compor o acervo dos Gaecos, e o procurador natural, nesse caso, é auxiliado por um grupo permanente, formado a partir de critérios objetivos nas próprias Procuradorias da República no respectivo estado. Nas portarias que oficializaram o modelo, a PGR previu período de transição, incorporando aos Gaecos os procuradores das forças-tarefas lotados naqueles estados e prorrogando as designações dos que são cedidos por outras unidades do MPF. Atualmente, os Gaecos estão presentes em Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pará e Amazonas – e está prevista a criação de outro no Rio de Janeiro. No caso de São Paulo, por decisão da procuradora titular do 5º Ofício Criminal, parte dos feitos decorrentes da operação foram redistribuídos na própria unidade.” BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso lava jato**: entenda o caso. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso> Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁸⁴ MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negociada”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017, p. 32.

⁴⁸⁵ São as instâncias apresentadas no site (<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>): 1ª instância de Curitiba; 1ª instância do Rio de Janeiro; 1ª instância de São Paulo; 2ª instância do

No âmbito da 1ª instância de Curitiba (a mais conhecida de toda a operação, tendo em vista as diversas controvérsias ocorridas na condução dos processos), os dados apresentados são: 130 denúncias apresentadas, 174 condenados, 209 acordos de colaboração, 17 acordos de leniência. Ainda, apresentam-se os dados das prisões cautelares, sem especificar de quais instâncias são provenientes: 163 prisões temporárias e 132 prisões preventivas.⁴⁸⁶

Tais números ilustram bem o que Streck e Trindade já alertavam desde o ano de 2014, ao ponderarem acerca dos pareceres do procurador da República Manoel Pestana, em atuação na referida Operação Lava Jato: “Sem nenhum constrangimento, arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva que serve para a delação premiada”, assim, segundo a forma de agir dos agentes estatais, a prisão cautelar não é mais a exceção. “A prisão não tem requisitos constitucionais. Não. A prisão, agora, é para o acusado ‘abrir o bico’”.⁴⁸⁷

O que foi possível observar dos dados apresentados anteriormente é o uso “extensivo desse tipo de prática negocial, especialmente em razão da Operação Lava Jato, porém não se pode esquecer que esse instituto já havia sido aplicado em grandes operações envolvendo crimes contra o sistema financeiro”, assim como no que diz respeito aos crimes contra a administração pública. Interessante lembrar que um dos mais importantes colaboradores na Operação Lava Jato, ou seja, “o doleiro Alberto Youssef, já havia realizado acordo de delação no Caso Banestado. Na mesma linha, destaca-se a Operação Caixa de Pandora, no Distrito Federal, que foi deflagrada a partir de colaboração premiada de Durval Barbosa”.⁴⁸⁸

O descrito nos parágrafos anteriores é o cerne da crítica que permeia toda a pesquisa e tal situação desvirtua até mesmo a legislação de combate aos crimes

Tribunal Regional Federal da 4ª Região; 2ª instância do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Embora o site não mencione, há processos tramitando na 1ª instância do Distrito Federal.

⁴⁸⁶ BRASIL, Ministério Público Federal. **Caso lava jato**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> Acesso em: 20 nov. 2021.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. O passarinho para cantar precisa estar preso. Viva a inquisição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>. Acesso em: 07 jul. 2021.

⁴⁸⁸ CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada**: aspectos teóricos e práticos São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 295-296.

organizados, visto que desrespeita os requisitos impostos pela referida lei, como se verá no tópico 4.3.

O tópico que segue visa apresentar, de forma sucinta, a maneira pela qual institutos semelhantes funcionam no direito comparado.

4.2 A existência de institutos similares em outros sistemas jurídicos: comparação

Ao analisar a delação premiada no direito comparado, é possível notar, na forma como a legislação é constituída, as características culturais de cada Estado-nação, a maneira pela qual ocorre a criminalidade organizada e de que modo o negócio jurídico é entabulado, bem como o prêmio é oferecido e o procedimento da coleta da colaboração.

Antes de iniciar especificamente sobre os negócios jurídicos com a finalidade de persecução penal, passa-se a apresentar, de maneira sucinta, a pesquisa realizada por Bugarin, M. e Bugarin, T.⁴⁸⁹, de forma a ilustrar como o sistema de incentivos/custos altera a depender do tipo de sociedade.

Os autores citados no parágrafo anterior buscam, em artigo científico, compreender a relação entre ética, custos e incentivos para aquele que denuncia a corrupção. Assim, realizaram análise em dois países: Estados Unidos e Suíça, por meio da qual observam efeitos antagônicos da premiação em relação aos que denunciaram a corrupção, situação que descreveria dois tipos de sociedade.⁴⁹⁰

O primeiro tipo, as sociedades heterogêneas com elevado incentivo pecuniário, é aquele em que há acentuada desigualdade de renda. “Muitos cidadãos, por vezes pertencendo a classes sociais mais baixas, desenvolvem sentimento de distanciamento e dissociação da sociedade em que vivem”. Em tal caso, o esperado é que tais cidadãos mostrem valores altos para o coeficiente μ (utilidade, usada na fórmula do artigo original); melhor explicando, não experimentem horror a auferir recursos decorrentes de sua ajuda ao controle da corrupção. Ao contrário, estimam o

⁴⁸⁹ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos:devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017.

⁴⁹⁰ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos:devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017.

“retorno pecuniário adicional de sua dedicação. Portanto, espera-se que o efeito de incentivo pecuniário domine o efeito de desincentivo moral, de forma que a introdução do mecanismo de premiação deverá gerar maior envolvimento social dos cidadãos”.⁴⁹¹

Um exemplo desse tipo de sociedade é os Estados Unidos da América, que inobstante seja um país tecnologicamente avançado, ostenta a posição de ser um dos países com maiores taxas de desigualdade no mundo desenvolvido. Não é “coincidência que nesse país existam mecanismos como o Qui Tan, que permite que um cidadão comum entre na justiça em nome do Estado para reaver recursos desviados”. Segundo a lei que regulamenta tal instituto, em vigor desde 1986, “o cidadão pode receber de 15% a 35% do total de recursos recuperados, dependendo da situação”.⁴⁹²

Esta característica cultural e social da sociedade norte-americana reflete no instituto no denominando *plea bargain*.⁴⁹³ Lá o negócio jurídico, instituído com a finalidade, também, de desafogar o Poder Judiciário norte-americano, tem contornos muito mais amplos que o instituto brasileiro da colaboração premiada, como será possível constatar ainda nesse tópico.

O segundo tipo de sociedade, as sociedades homogêneas com elevado desincentivo moral, ocorre naquelas “em que a desigualdade de renda é baixa e os cidadãos se sentem parte integrante e importante da sociedade, espera-se que o coeficiente μ seja bem baixo, refletindo o fato de que os cidadãos consideram” ser um dever de cada um zelar pelo uso dos recursos públicos e, nesse sentido, “sentem-se ultrajados ao receber recurso adicional por isso. Nesse caso, a introdução da premiação causa um desincentivo moral tão elevado que domina o incentivo

⁴⁹¹ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos:devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017. p. 13.

⁴⁹² BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos:devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017.

⁴⁹³ “Nos EUA, 95% dos processos terminam em ‘plea bargain’. Seria impossível a Justiça norte-americana funcionar sem este instrumento, pois simplesmente não teríamos capacidade de cumprir todas as etapas de cada processo.” MESSITE, Peter. Delação premiada: uma comparação entre Estados Unidos e Brasil. Brasília, DF: Fundação Fernando Henrique Cardoso, 4 dez. 2017. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/iniciativas/debates/delacao-premiada-uma-comparacao-entre-estados-unidos-e-brasil>. Acesso em: 25 nov. 2021.

pecuniário, fazendo com que os indivíduos tenham menos interesse” em se empenhar ao controle social com tal incentivo.⁴⁹⁴ Tal situação ocorre, por exemplo, na Suíça⁴⁹⁵.

No que diz respeito à delação premiada, especialmente em razão de previsão legal de um prêmio ao colaborador, conforme já citado anteriormente, o instituto se configuraria um negócio⁴⁹⁶ com a justiça, razão pela qual ocorre a inserção em um sistema jurídico da *civil law* – como é o caso do brasileiro – de um instituto originário nos Estados Unidos, sistema jurídico da *common law*, no qual vige o princípio da oportunidade da ação penal em contraposição ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, regra no direito brasileiro.⁴⁹⁷ Nesse sentido, interessante a lição de Maier:

[...] existen modelos generales de aplicación de criterios de oportunidad. Para el primero, la oportunidad es la regla, elevada a principio rector de la persecución penal. Hay países donde domina esta regla, en especial en el Derecho anglo-sajón trasladado a los Estados Unidos de América; ellos desconocen el principio de legalidad y, seguramente, verían amenazados los cimientos de su sistema de administración de justicia penal si adoptaran, aun parcialmente, reglas de legalidad; la fuerza e esa conclusión es tan

⁴⁹⁴ BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017. p. 13.

⁴⁹⁵ “Caso real ilustrativo ocorreu na Suíça. 60 país produz quantidade significativa de resíduo radioativo em razão do uso intensivo de energia nuclear, responsável por gerar aproximadamente 40% da energia consumida. Por anos, foram mapeados locais que poderiam armazenar esse lixo radioativo, sendo certo que poucas comunidades estavam dispostas a receber as instalações de depósito, em razão dos riscos envolvidos. Entre as possíveis localidades consideradas adequadas a receber os depósitos nucleares, despontou Wolfenschiessen, uma pequena comuna. Em 1993, economistas se dirigiram ao vilarejo, pouco antes da realização de um referendo sobre a questão, e perguntaram à população local se votariam favoravelmente, cancelando eventual decisão do parlamento Suíço de construir um depósito de resíduo nuclear na região. Uma maioria apertada de 51% dos moradores confirmou a disposição de aceitar a construção das instalações. Em seguida, os economistas questionaram se a disposição aumentaria caso o Poder Público oferecesse uma indenização pecuniária a cada morador. Neste caso, o apoio reduziu-se a apenas 25%. Interessantemente, cerca de 83% daqueles que rejeitaram o incentivo justificaram a recusa sob o argumento de que não aceitariam “subornos”. No caso, ficou evidente que o estímulo monetário solapava o sentimento de cumprimento de dever cívico, mais importante para a comunidade coesa e com elevada preocupação com o bem maior da coletividade. Todavia, diversos estudos revelam que, se em vez de uma premiação pecuniária individual, se propusesse a construção de equipamentos públicos, como um hospital, parque ou biblioteca públicos, a compensação seria bem recebida, servindo como um incentivo adicional, mesmo em sociedades homogêneas.” BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Ética e incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017. p. 14.

⁴⁹⁶ SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo? **Direito e Justiça**, Lisboa, v. 17, p. 17-31, 2003.

⁴⁹⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

vigorosa, que el poder de selección reside em el ministerio público [...].⁴⁹⁸

Pereira diz que “o recurso à cooperação pós-delitiva de coautor de delito como elemento de prova no processo penal teve alguma idealização nos ordenamentos jurídicos do modelo anglo-saxão, nos quais a origem é facilmente” elucidada pelo fundamento de a participação do acusado com a justiça penal ser tida, de maneira genérica, uma das pilstras de países como a Grã Bretanha e os Estados Unidos, eis que em tais sistemas jurídicos as práticas negociais são facilitadas por uma série de elementos que permitem a assertiva de ser a colaboração processual do acusado com a justiça uma instituição típica do sistema *common law*.⁴⁹⁹

Assim, a colaboração premiada, no direito brasileiro, tem como procedência histórica o *plea bargaining*, oirundo na *common law*. Inobstante ocorram discrepâncias “entre as duas categorias jurídicas, é o *plea bargaining* que inspira a colaboração premiada. Mais do que isso, percebe-se que o direito anglo-americano possui muita experiência e bagagem no que se refere à celebração de acordos” entre a parte acusadora e a defesa.⁵⁰⁰

Ademais, o contexto em que surgiu a Lei 8.072/1990, a primeira legislação brasileira que tratou sobre a delação, corrobora a conexão do instituto brasileiro com a origem norte-americana.

Isso porque, a exemplo do que ocorria nos Estados Unidos na época, havia uma necessidade – ainda que questionável, motivada pela pressão social e forte apelo midiático – de respostas penais mais drásticas à criminalidade em larga escala, o que motivou o legislador a prever a categoria jurídica em exame, para beneficiar o corrêu que colaborasse com as autoridades. A partir desta conjuntura, o direito brasileiro buscou inspiração na experiência norte-americana com o *plea bargaining*, a qual já era bastante significativa. Foi dessa forma, portanto, que o instituto ingressou no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 836.

⁴⁹⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵⁰⁰ PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 151.

⁵⁰¹ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. O papel do juiz nos acordos de colaboração premiada. *In*: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 155.

Assim, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, o princípio norteador da “persecução penal não é o da obrigatoriedade, mas o da oportunidade, o que confere à acusação amplo poder de seleção e de condução do processo penal, utilizando, para tanto, ferramentas como *plea bargaining* e *guilty plea*”. Existem em tais sistemas penais inúmeras probabilidades de realização de acordos entre acusação e defesa, a fim de solucionar o litígio penal. Até mesmo nos Estados Unidos, a maior parte dos “casos penais é solucionada por meio de acordos entre o *district attorney* (acusação) e o *defendant* (réu). Apenas uma minoria realmente é julgada pelo órgão jurisdicional (corpo de jurados ou juiz singular)”.⁵⁰²

Ademais, um dos motivos pelos quais o instituto *plea bargain*⁵⁰³ foi adotado pelos Estados Unidos foi o crescente número de casos criminais e a incapacidade⁵⁰⁴ do sistema de justiça de dar resposta aos casos em tempo hábil, de acordo com o departamento responsável por realizar dados estatísticos a partir do sistema de justiça norte-americano. Como exemplo, no ano de 2003 havia 75.573 casos a serem julgados no Tribunal Distrital Federal; destes, 95% foram extintos em razão de confissões por declaração de culpa,⁵⁰⁵ realizando, assim, negócio judicial e colocando fim ao processo penal.

Conforme é possível observar, o princípio da oportunidade da ação penal, orientador do Ministério Público – nos EUA e Grã Bretanha – confere amplo poder negocial à acusação, utilizando de ferramentas como *plea bargain* e *guilty plea*, “seguindo a linha do utilitarismo inerente ao sistema que abraça negociações entre

⁵⁰² PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 151.

⁵⁰³ Sobre o conceito de *plea bargain*, há divergência na doutrina norte-americana: “There is no common definition of plea bargaining in general use throughout the United States, thus clouding discussions of plea bargaining issues. Moreover, the word “bargaining” has unpleasant connotations, causing some actors to deny that it exists. Allegations that plea bargaining has been abolished should therefore be approached skeptically. “Explicit” and “implicit” bargaining occurs. Explicit bargaining is specific. Where it is implicit defendants can “reasonably expect” certain dispositions, even though no overt bargaining has occurred. The kinds of agreements and dispositions can vary, depending on the circumstances of the case. Finally, not all criminal justice actors agree as to what elements constitute a plea bargain (whether it be some charge dismissals, a charge reduction, or an agreed upon sentence recommendation). This study defines plea bargaining as “the defendant’s agreement to plead guilty to a criminal charge with the reasonable expectation of receiving some consideration from the state.” MILLER, Herver S.; McDONALD, William F.; CRAMER, James F. **Plea bargaining in the United States**. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice. Washington: Georgetown University, 1978.

⁵⁰⁴ STUNTZ, W. Plea bargaining and criminal law’s disappearing shadow. **Harvard Law Review**, [S. l.], n. 117, p. 2548–2569, 2004.

⁵⁰⁵ BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. **State Court sentencing of convicted felons**. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 2005.

acusação e defesa direcionadas à solução do litígio penal”. Conforme já foi possível constatar, no processo norte-americano a maioria das condenações são oriundas de uma *plea of guilty*, comparativamente às sentenças pós *jury trial*.⁵⁰⁶

No que diz respeito aos atores processuais, o principal ator no *plea bargaining* é exercido pelo Ministério Público e secundariamente pelo juiz. Como foi possível perceber, o órgão ministerial tem papel fundamental no fortalecimento deste instituto, em razão, sobretudo, do já citado aumento do volume de trabalho, devido ao acréscimo no número de casos, a morosidade do andamento processual e, também, da complexidade dos casos. É importante mencionar que nos Estados Unidos o membro do Ministério Público (*prosecutor*) é eleito pelo povo e desempenha um mandato, diferente do Brasil, onde se trata de agente público, ingressante na carreira por concurso público.

Assim, algumas vezes, os promotores fazem uso da carreira no Ministério Público para atingir altos cargos políticos – não que isso também não ocorra no Brasil. Assim, a responsabilidade política termina sendo um meio de controle ao *prosecutor*, que age permeado pelo realismo jurídico, ou seja, de acordo com as vontades do povo. Por tal razão, os promotores considerados eficientes, no sentido utilitarista mesmo, são os que desfrutam de prestígio diante da sociedade.⁵⁰⁷

Em pesquisa⁵⁰⁸ realizada pelo Departamento de Justiça norte-americano, restou demonstrado, quanto à realização do *plea bargain*, que as características legais – por exemplo: a gravidade da ofensa objeto do negócio e a existência de registro anterior – aumentam a probabilidade de um réu se declarar culpado (*guilty plea*)⁵⁰⁹. Outros fatores legais que majoram a chance de realizar um acordo são: a força da

⁵⁰⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵⁰⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

⁵⁰⁸ DEVERS, Lindsey. **Plea and charge bargaining**: research summary. Washington, D.C.: Bureau of Justice Assistance; U.S. Department of Justice, 2011.

⁵⁰⁹ Nesse sentido: CHAMPION, D. Private counsels and public defenders: a look at weak cases, prior records, and leniency in plea bargaining. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], n. 17, p. 253–263, 1989; MEYER, J.; GRAY, T. Drunk drivers in the courts: Legal and extra-legal factors affecting pleas and sentences. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], n. 25, p. 155–163, 1997; ULMER, J.; BRADLEY, M. Variation in trial penalties among serious violent offenses. **Criminology**, [S. l.], n. 44, p. 631–670, 2006.

prova colhida; a ausência de defensor público ou privado; e o fato de o infrator estar preso⁵¹⁰ (informação, nesse ponto, relevante à pesquisa).

A prisão cautelar é um elemento utilizado – e conhecido – pela promotoria a fim de coagir⁵¹¹ os indivíduos a realizar acordos ou a se declarar culpados, tornando os promotores eficientes e dando à sociedade a, provavelmente falsa, sensação de justiça. Assim, a prisão preventiva tem um forte efeito na decisão de oferecer e aceitar os acordos. Aqueles que são levados para prisão, portanto, são mais propensos a aceitar negociar com a promotoria e há menor propensão a ter as acusações retiradas. Ademais, tais elementos legais aumentam a probabilidade de aceitar uma barganha, porque existe uma incerteza nos resultados, acaso o processo continue.

Diante de tais elementos, uma discussão pertinente ao sistema anglo-americano não diz respeito tanto ao prêmio, mas “no grau de credibilidade e no valor probatório da colaboração, mormente quanto à exigência de uma *corroborative evidence* das declarações do colaborador”. Pereira explica que enquanto na Itália, por exemplo, existe uma preocupação garantística em relação ao acusado, nos países da *common law*, nos quais a atenção está centrada, sobe a situação do colaborador, que renuncia uma garantia – a do direito de não se autoincriminar, o que diminuiria os riscos de declarações falsas, também tendo em vista o alto grau de discricionariedade do *prosecutor*, com “práticas informais que não conferem a certeza do prêmio ante uma prévia renúncia da garantia”.⁵¹²

É certo que nos sistemas da *civil law* o colaborador também abdica de seu direito constitucional à não autoincriminação, mas há uma diferença: no direito anglo-saxônico, ocorre “o que se pode chamar de racionalização da renúncia à garantia fundamental. Está previamente definido de que forma se procederá no caso de abdicação do direito ao silêncio”; o acusado insere-se de maneira automática em uma

⁵¹⁰ CHAMPION, D. Private counsels and public defenders: a look at weak cases, prior records, and leniency in plea bargaining. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], n. 17, p. 253–263, 1989; KELLOUGH, G.; WORTLEY, S. Remand for plea: bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, [S. l.], n. 42, p. 186–210, 2002.

⁵¹¹ Nesse sentido, Kellough e Wortley: “Our analysis reveals that individualized, moral assessments of accused persons have a distinct influence on remand decisions. Furthermore, rather than ‘managing risk’, the detention of accused persons appears to be a rather important resource that the prosecution uses to encourage (or coerce) guilty pleas, subsequently reducing both the number of criminal trials and the number of cases that get filtered out of the criminal justice funnel.” KELLOUGH, G.; WORTLEY, S. Remand for plea: bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, [S. l.], n. 42, p. 186–210, 2002.

⁵¹² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

espécie de regulação específica, em um conjunto normativo por meio do qual, “escolhendo por prestar declarações em sua defesa, submeter-se-á a juramento e à *cross examination*; decidindo subtrair-se da proteção advinda do *privilege against self incrimination*”. O acusado adquire as roupagens de *witness* em permuta da concessão de *immunity*.⁵¹³

Diversamente do descrito no parágrafo anterior ocorre nos países de costume romano-germânica, nos quais, conforme anteriormente mencionado, a introdução do mecanismo de persecução penal baseado na colaboração de um dos coautores do fato “delituoso não decorre de postulados orientadores do sistema jurídico, mas, sim, de uma necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade, com cunho eminente de política criminal”. Foi inserido, em sua versão atual, inicialmente na Itália⁵¹⁴, “no final dos anos setenta, precisamente como forma de incentivar membros de organizações criminosas a colaborar com as autoridades, experiência posteriormente adaptada por diversos ordenamentos jurídicos com a mesma finalidade”.⁵¹⁵

Os artigos 289bis e 630 do Código Penal Italiano,⁵¹⁶ incluído pelas leis nº 304/82, 34/87 e 82/91, dispõe acerca de hipóteses de delação premiada, *in verbis*:

⁵¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵¹⁴ Norman Lewis ilustra a atuação da mafia no período pós-segunda Guerra: “These journeys, undertaken in an ancient Fiat, often took us into areas drained of people during the wartime years. Many young men had disappeared, lost to sight for ever in the Western Desert of North Africa. Mussolini had temporarily suppressed the mafiosi, but now that his reign was over they were at the point of recovering their strength. Bandits had taken control in many remote areas, and at night-fall mountain villages barricaded themselves in against desperate men sometimes near to starvation. Marcello explained that they worked for food when they could, on isolated hill farms, and turned into bandits at night. Most of them were boys in their teens, and when the police caught them they would deal with them by crushing their toes. In these remote parts Sicily was a place of emptiness, of desolation and elusive beauty and, stopping the car, we would hear only the clicking of insects or sometimes the distant braying of an ass that had returned to the wild. On the first of our explorations together, Marcello suggested a pilgrimage to Piana degli Albanesi, a small town some sixteen miles south of Palermo. In so far as Sicily attracted tourists in those days, they were invariably taken to Piana. Its people were descended from Albanian refugees whom the Italians had allowed to settle there, and they had retained their old mode of dress and a number of picturesque customs which had induced both King Victor Emmanuel and Mussolini to pay them visits. Both these occasions produced unsatisfactory results: the King was tricked into adopting one of the local children, while Mussolini, discovering that the mayor was a secret mafioso, clapped him in gaol.” LEWIS, Norman. **In Sicily**. New York: Thomas Dunne Books, 2000. p. 20.

⁵¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵¹⁶ ITALIA. **Codice penale** (Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398). [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Art. 289-bis. Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. Chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico sequestra una persona è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni.

Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta.

Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo.

Il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà è punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da otto a diciotto anni.

Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma.

Art. 630. Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. ⁽¹⁾

Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma. I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo.

(1) La Corte Costituzionale, con sentenza 19 marzo 2012, n. 68, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo 'nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione,

ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità'.

Destarte, no sistema jurídico italiano há mais probabilidade de negociação no direito penal e processual penal. Com efeito, existe a faculdade de negociar o procedimento penal, escapando à sanção propriamente dita, até mesmo impondo como condição o acordo à realização da delação. Santos demonstra a possibilidade de aceitar juízo sintético em que o imputado admitiria a análise tão somente com o que fora recolhido nas peças informativas. Com a finalidade de instigar o imputado a escolher tal procedimento, o art. 438 do CPP italiano confere as consequentes “vantagens”: redução de 1/3 da reprimenda e, se cominada para o delitto a pena de prisão perpétua, a sua substituição pela sanção privativa de liberdade por 30 anos”⁵¹⁷, *in verbis*:

Art. 438 Presupposti del giudizio abbreviato.⁵¹⁸

1. L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5.

1-bis. Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422.

3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3.

4. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato. Quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta.

5. L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-bis, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423.

⁵¹⁷ SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 56.

⁵¹⁸ ITALIA. **Codice di procedura penale** (Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447). [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 10 nov. 2021.

5-bis. Con la richiesta presentata ai sensi del comma 5 può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di cui al comma 1, oppure quella di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444.

6. In caso di dichiarazione di inammissibilità o di rigetto, ai sensi, rispettivamente, dei commi 1-bis e 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2.

6-bis. La richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice.

6-ter. Qualora la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile ai sensi del comma 1-bis, il giudice, se all'esito del dibattimento ritiene che per il fatto accertato sia ammissibile il giudizio abbreviato, applica la riduzione della pena ai sensi dell'articolo 442, comma 2.

As duas ilustrações de Direito Comparado, quais sejam: direito norte americano e italiano, “demonstram que a negociação processual e, conseqüentemente, a colaboração premiada, não é exclusividade brasileira, tampouco é fenômeno unicamente verificável em Estados falidos ou subdesenvolvidos”. Trata-se de instrumento necessário e útil diante da moderna criminalidade, todavia, a colaboração premiada deve sempre respeitar os direitos e garantias fundamentais, que são elementos indissociáveis de um Estado Democrático de Direito e, a partir desse pressuposto, deve até mesmo ser amplificada dentro do direito brasileiro.⁵¹⁹

É importante que se afirme que o Brasil apenas superficialmente assimilou os institutos do *plea bargain* e até mesmo o instituto italiano. Tal cenário inacabado e “apenas esboçado que se considera inadequado simplesmente transpor críticas usuais e correntes ao sistema de barganha vigente nos Estados Unidos quando das reflexões sobre a previsão normativa e a utilização da colaboração premiada” no território brasileiro. O último caso “gera tensões, críticas e riscos”, motivo, também, pelo qual “não se pode estabelecer uma equiparação entre a prática do *plea bargaining* estadunidense e a inserção da colaboração premiada no direito nacional”.⁵²⁰

De fato, “os instrumentos utilizados pelo sistema norte-americano para estimular as colaborações possuem conotação tipicamente processual, consistindo em modalidades de evitação (*non-prosecution agreements*)”. A exemplo do CPP

⁵¹⁹ PAGLIARINI, A.; CLETO, V. Um balanço sobre colaboração premiada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 331-332, 26 mar. 2019.

⁵²⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

italiano, também ocorrem no sistema norte-americano concessões sobrevindas “do próprio processo (*sentence bargaining*), figurando o colaborador no processo penal frente aos seus cúmplices como testemunha. Nos ordenamentos jurídicos continentais, ante os princípios constitucionais e a cultura em torno da jurisdição”, o prêmio é disponibilizado no campo da pena, por meio de “recurso a dispositivos substanciais que concedem benefício em atenção à quantidade da pena aplicada, portanto, no plano substancial, a ser definido pelo juiz mediante decisão jurisdicional”. O processo assume, assim, mais uma aparência de transporte para a tramitação “e reconhecimento da conduta cooperatória tendente à aplicação dos benefícios respectivos, ao contrário do sistema de *common law*, no qual o processo está no centro dessas dinâmicas premiais”.⁵²¹ Segundo Bernasconi:

[...] per cui «lo stile ostentatamente pragmatico con cui il legislatore cerca il risultato (l'individuazione, la cattura e la condanna degli altri rei) in cambio della concessione di un beneficio, ha lasciato sempre ben pochi dubbi sul fatto che la motivazione a col-laborare trovasse radici non tanto in una intervenuta resipiscenza del soggetto quanto nel concreto interesse per l'affievolimento del trattamento sanzionatorio».⁵²²

De fato, nos sistemas orientados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal, como é o caso do sistema brasileiro, um certo “juízo de discricionariedade que, pode reconhecer-se, venha a ser exercido ante a previsão legal do recurso aos arrependidos como técnica de reforço investigativo, será sempre um juízo de ‘*discrezionalità tecnica rigidamente vincolata*’, em” consequência do princípio da legalidade, na qual o juiz terá que realizar controle sobre o resultado da manifestação de tal discricionariedade. Esta é a razão pela qual, no assunto sobre os “colaboradores da justiça, que o sistema europeu continental está alinhado ao modelo da premialidade legal, enquanto que o processo de *common law* caracteriza-se essencialmente pela premialidade negocial”.⁵²³

É a partir de tal premissa que ocorre a autorização para realizar “relativa aproximação entre algumas técnicas de incentivo à colaboração processual e à prática

⁵²¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵²² BERNASCONI, Alessandro. **La collaborazione processuale**. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense. Milano: Giuffrè, 1994. p. 117

⁵²³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

do *plea bargaining*, não enquanto dinâmica de livre negociação entre MP e acusado quanto às consequências penais e processuais do delito cometido,” mas tão-somente como engenho destinado a estimular a aproximação entre indiciado e acusação de maneira “a preencher os requisitos legais autorizativos da ‘sanção positiva’ pela contribuição probatória proveniente do imputado, apreciação que não está imune ao controle judicial”⁵²⁴, como, inclusive, tem ocorrido no Brasil.

4.3 Requisitos para a realização dos acordos de colaboração premiada

Foi possível observar que o Estado brasileiro, ao constatar que no *modus operandi* para a realização de crimes perpetrados por organizações criminosas é imperioso o tratamento diferenciado, que é rotineiramente empregado na repressão ao que se ajustou denominar de criminalidade comum, razão pela qual o legislador tem buscado técnicas mais condizentes a uma abordagem eficiente à “macrocriminalidade, assim definida a atuação de grupos de pessoas unidos com o objetivo de praticar crimes de forma praticamente profissional, com divisão de tarefas, com o fim de obterem vantagens de qualquer natureza”.⁵²⁵

Assim, na baliza do denominado princípio da proibição da infraproteção⁵²⁶, o Poder Legislativo elaborou, entre outros mecanismos legais, a Lei no 12850/2013, que

⁵²⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵²⁵ SILVA, Élzio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação**: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. Barueri, SP: Novo Século, 2018. p. 47.

⁵²⁶ O princípio da proibição de proteção insuficiente originou em julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1975, muito embora ainda, sem a denominação de proibição de proteção ‘deficiente’, propiciou o debate sobre a relação do princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais. Conforme Maria Luiza Schafer Streck: “há uma nova concepção de bem jurídico-penal ligado aos novos paradigmas constitucionais, e deste modo, surge ao lado dos defensores do garantismo negativo, também aqueles que defendem o garantismo positivo, deste modo, os garantistas ligados ao liberal-iluminismo penalístico assentam a postura no princípio da proibição de excesso, enquanto os ‘garantistas positivos’ defendem haver um outro aspecto da proporcionalidade, qual seja, o princípio da proibição de proteção insuficiente.” STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf> Acesso em: 29 ago. 2021. Discordando de tal corrente, Lenio Luiz Streck, chama de “penalistas liberais” aqueles que defendem a função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo quanto o envolve e classifica “comunitaristas” a postura de um direito penal e processual penal em sintonia com a realidade social. STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. [S. l.], 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021. No Brasil o princípio de proibição de infraproteção foi utilizado

definiu, conforme visto no tópico anterior, organização criminosa e dispôs sobre “a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”. Tal é a razão da norma editada, que deve ter sua interpretação sistemática, à luz da Constituição Federal.⁵²⁷

A premissa, portanto, é que a colaboração premiada deve ser guiada por critérios bem demarcados e norteados por normas legais e constitucionais, também convencionais, com o escopo “de garantir a segurança e a previsibilidade do negócio, assegurando um tratamento paritário entre os perseguidos pelo poder punitivo estatal”. Nesse sentido, a partir “das premissas assentadas, acredita-se que a justiça criminal negocial, se não rechaçada, deve ser restringida a casos excepcionais, de modo a evitar a sua indevida generalização”.⁵²⁸

Do mesmo modo, a partir de tais pressuposições e requisitos coerentemente e claramente delimitados, “a postura do Ministério Público deve ser vinculada e não discricionária. Ou seja, se atendidos tais critérios no caso concreto, o acordo deve ser proposto/aceito⁵²⁹, sob pena de levar a inadmissíveis desigualdades” e lacunas para abusos e arbitrariedades. Nesse sentido, devem ser instituídos estruturas de controle que permitam “a revisão da decisão do representante do MP de modo a evitar um cenário de inadmissível discricionariedade e disparidade de tratamento”, ainda que em situações parecidas.⁵³⁰

Nesse sentido, é fundamental o conhecimento dos elementos aptos a “guiar a admissibilidade da colaboração premiada no processo penal brasileiro”. Em um primeiro momento será apresentada a tese firmada pelo STF no HC 127.483, que, “a partir de categorias com inspiração civilista, desenhou os requisitos dos acordos nos planos da existência, validade e eficácia”. Por tal razão, primeiramente serão

pele Supremo Tribunal Federal, nas decisões: RE 418.376, (D. J. 23/03/2007); ADIN 3112 (D. J. 16/10/2007); ADIN 3510 (j. 29/05/2008).

⁵²⁷ SILVA, Élzio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana**. Barueri, SP: Novo Século, 2018. p. 47.

⁵²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵²⁹ Vasconcellos pontua que: “Ressalta-se que o controle judicial sobre a motivação da recusa pelo órgão acusador possui limites, tendo em vista que adequação e necessidade são pressupostos do acordo de colaboração premiada. Ou seja, a decisão do MP envolve questões de estratégia acusatória e investigativa, o que foge ao âmbito de atuação do julgador em um sistema acusatória.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵³⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

analisados os pressupostos de admissibilidade e, posteriormente, os requisitos de validade.⁵³¹

É possível encontrar os requisitos legais da colaboração premiada na lei n. 12.850/2013, a saber:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁵³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

Art. 4. [...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. 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

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.⁵³²

No que tange aos requisitos reconhecidos pela jurisprudência, é importante analisar o HC 127.483,⁵³³ impetrado por José Luiz Oliveira Lima e outros em favor de

⁵³² BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵³³ EMENTA: Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as

declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, "i", da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para "mitigação da pena" (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Erton Medeiros Fonseca contra ato do Ministro Teori Zavascki, que fora relator da Petição nº 5.244/DF, que homologou o termo de colaboração premiada de Alberto Youssef. Alegam os impetrantes que o habeas corpus deve ser admitido, eis que o Ministro Relator teria homologado termo de colaboração premiada ilegal, ao embasamento de que, por violar a Lei nº 12.850/13, a prova decorrente é ilícita, uma vez que “a obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do processo legal”.⁵³⁴

No julgamento de citado HC, o STF utilizou-se de categorias civilistas ao definir a natureza jurídica da colaboração premiada como “negócio jurídico processual”⁵³⁵, esquematizando os requisitos do acordo em três planos: existência, validade e eficácia.⁵³⁶ Assim, o voto do relator Min. Dias Toffoli, seguido sem divergência pelo pleno do tribunal, assinala que na esfera da existência deve-se atender ao artigo 6º da Lei 12.850/13, de modo a se concluir que:

O art. 6º, da Lei nº 12.850/13 estabelece os elementos de existência do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.² São indicados, portanto, requisitos externos para a formalização do

⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵³⁵ O voto do relator do HC 127483, utiliza o seguinte conceito de negócio jurídico: “O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto. Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita ‘suporte fático’), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (as circunstâncias negociais) que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade [...]. In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei nº 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16.

⁵³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

documento que será a base para a judicialização do acordo de colaboração premiada.⁵³⁷

No plano da validade, no citado julgamento, “aspectos subjetivos de verificação da vontade do colaborador e objetivos acerca do objeto negociado devem ser apurados”⁵³⁸, o STF dispõe que:

O acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. Nesse sentido, aliás, o art. 4º, caput e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.⁵³⁹

Por derradeiro, no âmbito da esfera da eficácia, esta “se realizaria com o controle do acordo por meio da submissão à homologação judicial”.⁵⁴⁰

Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).⁵⁴¹

⁵³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Vasconcellos critica os requisitos elencados no supracitado HC, afirmando que, não obstante, “tais requisitos aportem elementos pertinentes ao controle da colaboração premiada, pensa-se que não traçam critérios claros que possam determinar a realização ou não do acordo”. Com efeito, o espectro do STF ofereceu um certo número de questões que necessitam nortear a constatação da legalidade do negócio, mas não é “suficiente para esboçar os pressupostos de sua admissibilidade para guiar a postura do MP ou a verificação do direito do acusado nesse cenário”.⁵⁴²

Por tal razão, o autor, tentando desviar-se da temeridade dos usos oriundos das categorias civilistas ao processo penal, aprimora a análise dos requisitos a partir daqueles já construídos pela doutrina e jurisprudência, em nível nacional e internacional. Assim, divide os requisitos em: 1) pressupostos de admissibilidade, assinalados como critérios que motivarão se a colaboração premiada pode ou não ser apresentada, aceita e homologada; e, 2) requisitos de validade, demarcados como elementos para averiguação do real assentimento do acusado, o que implica também “a existência de elementos mínimos para suportar tal decisão e sua concordância com os fatos imputados”.⁵⁴³

Com efeito, os pressupostos de admissibilidade são classificados por Vasconcellos em: a) adequação/idoneidade; b) necessidade e proporcionalidade (em clara inspiração nos subcritérios habitualmente exibidos pela doutrina no estudo do princípio da proporcionalidade).⁵⁴⁴

Já os requisitos de validade são divididos em: a) voluntariedade; b) inteligência e, c) adequação/exatidão; “além da assistência por defensor técnico, que, em realidade, está intimamente relacionada aos dois primeiros requisitos. Juntamente a tais análises, discutir-se-á a possibilidade de realização de acordo” com acusado preso e a necessidade de espontaneidade da vontade do delator (inobstante tenha o STF dito no HC 127483, ser perfeitamente possível).⁵⁴⁵

Os pressupostos de admissibilidade, portanto, são os que devem ser examinados pelo juiz a fim de concluir sobre a necessidade da colaboração. Via de

⁵⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

regra, são observados no ato homologatório “e sua ausência tem como produto a negativa da homologação”. Por outro lado, existindo requerimento do imputado quanto à “recusa ilegítima por parte do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, isso importa no exame da colaboração unilateral, com a eventual concessão dos benefícios à revelia desses órgãos”.⁵⁴⁶

Com efeito, anteriormente às alterações causadas pela Lei 13.964/19, era possível afirmar que “diante de discordância do julgador à recusa do órgão acusador, poderia ser utilizada a sistemática do art. 28 do CPP, por analogia, remetendo-se o caso ao Procurador-Geral”. No entanto, com alterações trazidas pela Lei 13.964/19, pode-se concluir que “negativa do órgão acusador deve ser submetida a mecanismo de controle interno no MP”. Entretanto, tal alteração está suspensa em razão de decisão⁵⁴⁷ cautelar proferida pela Supremo Tribunal Federal. Além disso, se a negativa for mantida de maneira ilegítima⁵⁴⁸, “o juiz, em caso de eventual condenação, poderá aplicar os benefícios ao colaborador, ainda que contrariamente à manifestação do MP”.⁵⁴⁹

Assim, os pressupostos de admissibilidade são uma importante medida para “limitar a aplicabilidade do instituto negocial, visto que, em teoria, ele poderia se realizar em qualquer espécie delitiva, sem relevância à sua gravidade ou complexidade”. Tal situação é inconcebível, eis que a banalização da justiça criminal negocial causaria invencíveis violações às premissas basilares do processo penal, razão pela qual “os pressupostos aqui visionados têm a função de traçar balizas para a admissibilidade ou rejeição de eventuais acordos”.⁵⁵⁰

Com efeito, a importância de determinar os contornos delimitadores tem a finalidade de “controlar a vontade do órgão acusador a fim de aceitar/propor ou não o

⁵⁴⁶ MELO, Caio Vanuti Marinhode; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Colaboração premiada unilateral como direito subjetivo. **Revista digital constituição e garantia de direitos**, Natal, v. 13, n.2, p. 126, ago./dez. 2021.

⁵⁴⁷ Eficácia suspensa em 22.01.2021 por decisão monocrática do Min. Luiz Fux em sede cautelar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

⁵⁴⁸ Nesse sentido: “Se algum investigado ou acusado atuou de modo eficiente e em prol da satisfação dos requisitos legais para a redução ou substituição da pena privativa da liberdade, ou, ainda, para a aplicação do perdão judicial (art. 4º, Lei no 12.850/13), deverá o juiz reconhecer tais circunstâncias por ocasião da sentença condenatória, ainda que não tenha havido o acordo de colaboração, por recusa injustificada (segundo o juiz, é claro!) do Ministério Público.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1000.

⁵⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁵⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

acordo de colaboração ao acusado. Isso se dá em razão da cristalina abusividade de uma eventual discricionariedade plena ao membro do Ministério Público”, tendo em vista que, em um Estado Democrático de Direito, a decisão de um agente público, com maior ênfase quando se trata de questões penais, deve fundamentalmente ser vinculada à legalidade.⁵⁵¹ É, pois, necessária a observação da legalidade pelo MP:

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.⁵⁵²

O requisito de admissibilidade de adequação/idoneidade tem como finalidade proceder à verificação da potencial colaboração e sua pertinência ao caso averiguado. Assim, “o primeiro pressuposto elencado (adequação/idoneidade) determina que deve haver congruência, ou seja, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido que ressalte a efetiva contribuição que pode” ser alcançada.⁵⁵³ Destarte, “o membro do MP e o Delegado de Polícia devem verificar a adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal”, sem esquecer a “repercussão social do fato criminoso e sua gravidade”.⁵⁵⁴

Embora parte da doutrina sustente⁵⁵⁵, “a eficácia da colaboração não é pressuposto de admissibilidade ou de validade do acordo, pois somente será auferida concretamente no momento do sentenciamento para determinação do benefício” dado ao delator.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁵² BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação lava jato”. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016, Montevideu. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 41-61.

⁵⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁵⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4. p. 11, 2013.

⁵⁵⁵ Nesse sentido: SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57-58.

⁵⁵⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

Destarte, “no momento da negociação e da homologação do acordo, o que se deve considerar é a potencialidade da colaboração, que caracteriza o pressuposto da ‘adequação/idoneidade’ aqui proposto”, averiguando que existem elementos apontando para a “alta probabilidade de que a persecução penal será beneficiada pela colaboração acordada”⁵⁵⁷, ou seja, “se a colaboração processual é relevante e pertinente no caso concreto. As declarações devem contribuir para a apuração dos eventos investigados e da autoria”, sendo irrelevantes se os fatos já forem conhecidos ou desconexos com o objeto investigado,⁵⁵⁸ ou seja, presente a necessária utilização do princípio da proporcionalidade, conforme se verá nas próximas linhas.

A Lei 13.964/19⁵⁵⁹ inseriu o art. 3º-A na Lei 12.850/13, assim transcrito: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Ao que se mostra relevante “a parte final do caput ressalta a necessidade de “utilidade” e “interesse público” para a realização do acordo, o que pode ser interpretado como o pressuposto de “adequação”.⁵⁶⁰

O próximo item a ser analisado são os elementos subjetivos do colaborador e confiabilidade. Debate-se, na doutrina, sobre a concretização de colaboração premiada, ante “a possibilidade de sua prática com acusado que já havia anteriormente descumprido acordo em persecuções por crimes diversos. De acordo com a posição firmada pelo STF (HC 127.483)⁵⁶¹, a personalidade do colaborador” ou até mesmo sua confiabilidade não são tidos como requisitos de validade, suficientes

⁵⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁵⁸ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. f. 122. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁵⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁵⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶¹ “Segundo o STF: “a confiança não se extrai, previamente, da personalidade, das características pessoais ou dos antecedentes do delator; ela é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações por ele prestadas, dos elementos de prova que concretamente vierem a corroborá-las e de sua efetividade para as investigações”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

para impedir a homologação do acordo, “mas elementos que devem ser considerados no momento da valoração de suas declarações”.⁵⁶²

Findada a análise sobre a adequação/idoneidade, deve-se passar a realizar “um exame comparativo para se determinar, entre os meios idôneos, qual é o necessário, partindo-se de duas variáveis”⁵⁶³, de acordo com Moraes, a saber: “a) o grau de eficiência da medida em relação ao fim almejado e b) o grau de restrição do direito fundamental a ser restringido”.⁵⁶⁴

A partir da ideia dominante, a de que destaca a importância do instrumento “negocial na estratégia acusatória em casos de ‘emergência investigativa’, propõe-se que a referida decisão deve ser motivada a partir dos parâmetros de: a) indispensabilidade para a persecução penal; e, b) complexidade da investigação”, levando em consideração o caso concreto. Assim, o pressuposto da “necessidade” é atinente ao que se tem denominado de “necessidade para a estratégia investigativa”, o que recomenda uma decisão que é de responsabilidade dos órgãos de persecução penal.⁵⁶⁵

Assim, o Ministério Público apenas poderá valer-se de um acordo de “colaboração premiada se, a partir de elementos comprovados do caso concreto, justificar exhaustivamente tal decisão na indispensabilidade para a persecução penal, em razão da complexidade específica da investigação”, o que tornaria inviável a comprovação da acusação por outros meios. “É importante ressaltar que essa inviabilidade deve ser inerente às circunstâncias essenciais do caso concreto e não resultante de opções investigativas inadequadas ou morosidade na persecução”.⁵⁶⁶

O terceiro pressuposto de admissibilidade da colaboração direciona-se para a obrigação de averiguar a proporcionalidade⁵⁶⁷ na utilização da medida. “Trata-se de

⁵⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 326.

⁵⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶⁷ ORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. *In*: JO-WELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (ed.). **Understanding human rights principles**. Oxford: Hart Publishing, 2001; BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, v. 269, p. 7, 2015.

juízo de sopesamento, ponderando-se os resultados potenciais com os custos em relativizações de direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto”.⁵⁶⁸

Com efeito, a premissa da proporcionalidade, abstratamente, inflige duas implicações “ao regime do instituto premial: a) deve ser vedada a sua utilização em infrações de menor gravidade; e b) a concessão de benefícios deve ser aceita somente em relação a agentes com condutas de menor reprovabilidade”.⁵⁶⁹

Outro elemento importante, até mesmo para a delimitação da lógica do modelo negocial assumido, “é a determinação ou não da necessidade de confissão do imputado, estabelecendo seu envolvimento com os fatos incriminadores expostos na cooperação com a persecução criminal”, o que se relaciona absolutamente com a magnitude da colaboração premiada e com a posição abraçada pelo delator no processo penal.⁵⁷⁰

Carvalho entende que “a delação somente se caracteriza quando o investigado ou réu também confessa a autoria da infração penal”.⁵⁷¹ Assim, a confissão seria uma condição para realização da colaboração premiada, mas diferentemente da mera confissão, ela deve ir “além do mero reconhecimento da culpa, apresentando também colaborações efetivas à persecução penal”.⁵⁷²

Nessa vertente, há precedentes no STJ, por exemplo, o REsp 1.102.736 e o AgR no Ag 1.285.269, consolidou que:

O instituto da delação premiada incide quando o réu, voluntariamente, colabora de maneira efetiva com a investigação e o processo criminal. Esse testemunho qualificado deve vir acompanhado da admissão de culpa e deve servir para a identificação dos demais coautores ou partícipes e na recuperação do produto do crime, o que não se verificou no caso dos autos. (REsp 1.102.736)⁵⁷³

⁵⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

⁵⁷¹ CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 98.

⁵⁷² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Nesse sentido, também: MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. (lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 10, 2013.

⁵⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **REsp 1.102.736/SP**. Relator: Min. Laurita Vaz. 04 de março de 2010.

[...] o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime. (AgR no Ag 1.285.269)⁵⁷⁴

Apesar de tal entendimento, há quem defenda a dispensabilidade da confissão. Nessa vertente, Rascovski, observando sob a perspectiva anterior à Lei 12.850/13, entende que, “em razão do direito a não autoincriminação, o acusado tem a possibilidade de se manter silente ou ocultar certas informações sobre seu envolvimento, embora apresentando todos os dados acerca dos demais coautores”.⁵⁷⁵ De fato, “para delatar, o corréu não precisa obrigatoriamente confessar, ainda que essa ausência de confissão torne prejudicada a credibilidade de sua colaboração”.⁵⁷⁶

É evidente, de acordo com o que já foi debatido e a partir da lógica do instituto, a imposição de o imputado ter, de alguma maneira, conexão com o que se delata, caso contrário, se configuraria mera testemunha. A legitimidade da parte para ser colaborador do negócio processual decorre do fato de ser coautor ou partícipe dos crimes delatados, e não somente mera testemunha (*whistleblower*).⁵⁷⁷

É possível constatar, da apresentação dos requisitos, que as disposições da Lei 12.850/2013 são imprecisas e lacônicas, “sendo indispensável o trabalho da doutrina e jurisprudência na interpretação e mesmo complementação na disciplina dos colaboradores, o que é inerente a qualquer instituto jurídico”⁵⁷⁸ e não seria diferente nesse caso, dada a complexidade do tema, motivo pelo qual, apesar da apresentação dos requisitos acima expostos, outros hão de ser construídos com melhor rigor e precisão técnica, de acordo com evolução do instituto.

⁵⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgR no Ag 1.285.269/MG**. Relator: Min. Og Fernandes. 04 de novembro de 2010.

⁵⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book. Nesse sentido, também: MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. (lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 10, 2013.

⁵⁷⁶ RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. *In*: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL. **Estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011. p. 155. Em linha parecida: ESSADO, Tiago C. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, v. 101, p. 210, 2013.; IRONY, Isabella G.; NAVES, José Paulo. O direito ao silêncio em face do instituto da delação premiada. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo (org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 19.

⁵⁷⁷ MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 115.

⁵⁷⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

4.4 A aplicabilidade da colaboração premiada e seu elo com prisões provisórias

Associam-se a isso esforços de construção jurisprudencial que tendem a criminalizar a atividade política, algumas vezes pela importação de concepções teóricas constituídas em contextos absolutamente díspares do brasileiro, outras vezes pelo puro e simples desrespeito aos princípios constitucionais e legislação vigente. Pouco tempo atrás, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi conduzido coercitivamente para prestar depoimento no âmbito da Operação Lava Jato, sem que existisse qualquer intimação prévia e, tampouco, inadimplemento ou negativa em atendê-la, em uma clara violação não apenas da Constituição de 1988, como também da legislação penal. A condução coercitiva, bem como a associação da prisão preventiva ou temporária aos acordos de colaboração (delação premiada), têm sido instrumentos jurídicos movimentados de forma repetitiva no âmbito da Operação Lava Jato.⁵⁷⁹

Destarte, ocorre a supervalorização da confissão, revolvendo ao modelo inquisitivista⁵⁸⁰ e autoritário que o Brasil carrega como tradição. A fim de legitimar a punição antecipada, “a questão da prisão cautelar generalizada torna-se um ponto sensível em termos de ‘consenso’ e ‘voluntariedade’, pois a própria Constituição Federal considera a prisão uma ‘coação’, assegurando-se o habeas corpus” na ocorrência de ilegalidade.⁵⁸¹ Isso em razão de que,

A Constituição é clara ao firmar o sistema acusatório, como ‘porta de entrada da democracia’, de forma a garantir que o Estado exerça de modo (i) igualitário a aplicação da lei e (ii) limitado e equalizado o poder persecutório. Enfim, faz um giro linguístico-ontológico, em que os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito (juiz), mas, sim, pela intersubjetividade (partes). E isto deveria ser compreendido pela comunidade jurídica. Poxa, não é tão difícil assim. A vivência da democracia está entrelaçada à necessária limitação dos poderes e à

⁵⁷⁹ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017.

⁵⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer - mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁵⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

exclusão (utópica, ideal) ou mitigação (fática, real) das discricionariedades, arbitrariedades e inquisitorialidades.⁵⁸²

No entanto, no modelo negocial, pela via da delação premiada ou pelo *plea bargaining*, conforme já apresentando, o que se perquire é, sobretudo, a confissão do imputador. “Para delação premiada a confissão deve vir acrescida de ‘colaboração’ para punição de outras pessoas/crimes, ou seja, de efetiva contribuição probatória para a responsabilização de terceiros”. Para o *plea*, a simples confissão circunstanciada é suficiente (*plead guilty*). Os dois institutos “possuem um ponto em comum, entre elas, e com o modelo inquisitório medieval: a necessidade de confissão”.⁵⁸³

Os efeitos de tais imposições e constrangimentos ao indivíduo é visível em *O processo*, de Kafka, a angústia central da obra se dá na permanente limitação/opressão sofrida por Josef K. e, portanto, de todos os indivíduos existentes e que estão sujeitos a controle Estatal, variando apenas a intensidade. Josef K., personagem principal da obra, sofre enorme angústia diante da tirania perpetrada pela organização judiciária e, sem conseguir entender o motivo pelo qual está sofrendo uma perseguição penal, se sente impotente e incapacitado de mudar sua situação. Diante da esperança em ver a situação esclarecida e o “estado de direito” estabelecido, ele tenta sobreviver, mas depois que nem mesmo a esperança lhe resta, Josef K. se vê completamente impotente, impossibilitado de continuar a viver e se proteger, assim, assume injustamente sua culpa e admite a condenação, que custa sua vida.

O colaborador, ao ter que confessar, para se ver abrigado com o prêmio do negócio, inobstante exista todo um arcabouço de direitos fundamentais e humanos que lhe dê guarida, “ao assumir o papel de colaborador, se torna imediata e inevitavelmente sujeito vulnerável, porque de qualquer forma exposto à força

⁵⁸² STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitivism não quer morrer - mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-06/opiniao-velho-inquisitivism-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁵⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51. Também: LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. *In*: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 146.

inquisitória do Poder Judiciário, moralmente autorizado pelo “furor do povo” que já” proferiu a sentença extrajudicial e o condenou de forma antecipada.⁵⁸⁴

Razão pela qual “não parece, portanto, exagerado utilizar a expressão tortura (ainda que psicológica) se referendo a praticas que causem dores físicos e mentais para obter informações e confissões”, para intimidar, constranger ou para discriminar, “sem que de fato estes comportamentos sejam já por si sanções legítimas”.⁵⁸⁵

Langbein considera que as práticas de tortura e *plea bargaining* não possuem diferença de gênero, apenas de grau:

[...] nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo.⁵⁸⁶

Assim, diante de tal contexto, a confissão assume o papel inquisitivista de ser a “rainha das provas no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores (*proof beyond a reasonable doubt*)”. São suficientes, apenas, os simples atos de investigação, desempenhados “de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão”.⁵⁸⁷

No *plea*, “assim como na delação premiada, é preciso considerar que o acordo sobre a pena, calcado que está na confissão, representa um atalho cognitivo sedutor”,

⁵⁸⁴ MARIGHETTO, Andrea. O processo, do escritor tcheco Franz Kafka, e a delação premiada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/andrea-marighetto-processo-kafka-delacao-premiada> Acesso em: 10 dez. 2021.

⁵⁸⁵ MARIGHETTO, Andrea. O processo, do escritor tcheco Franz Kafka, e a delação premiada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/andrea-marighetto-processo-kafka-delacao-premiada> Acesso em: 10 dez. 2021.

⁵⁸⁶ LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 141.

⁵⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

não é necessário gerar prova de qualidade, satisfaz a confissão, como muito se viu ultimamente. “Obviamente essa confissão nem sempre é fácil de ser obtida. Então, lançar mão de algum tipo de pressão (ou no mínimo, blefe) é uma técnica natural e muito mais fácil do que investigar profundamente com tempo e meios adequados”, auferindo os elementos probatórios válidos e concretos e submetê-los ao processo. Até mesmo uma pergunta retórica se faz necessária: “se o Estado investiga bem, produz prova suficiente da culpabilidade de alguém, por que ele iria ‘negociar’ a pena com um criminoso? Deveria punir. É um paradoxo negociar nesse caso”.⁵⁸⁸

Desta forma, “é inegável que toda negociação com o autor de um crime é o reconhecimento da incapacidade do Estado de investigar e produzir prova, sendo um típico atalho sedutor”⁵⁸⁹ e quando isso não ocorre de maneira simples, prisões cautelares são decretadas, com a finalidade de impor ao preso o constrangimento de delatar, de confessar.

Nada muito longínquo da realidade brasileira conhecida na Operação Lava Jato, “com a banalização da prisão cautelar (coaçoão) como técnica para obter a negociação e confissão. Por mais que se negue (ou até que se assuma), há um número altíssimo (e essa cifra é impossível de ser precisamente definida” tendo em vista o sigilo dos acordos) de colaboradores que aceitaram o acordo para não evitar a prisão (mais notório foi o caso Guido Mantega).⁵⁹⁰ Os jornais da época noticiaram de forma unânime a seguinte notícia:

O ex-ministro da Fazenda Guido Mantega propôs um acordo ao Ministério Público Federal (MPF) no Distrito Federal para colaborar com as investigações da Operação Bullish. Não se trata de um acordo de delação premiada, mas sim de um termo de compromisso. A defesa do ex-ministro propôs que ele esclareça alguns fatos investigados e colabore com as investigações. Em troca, Mantega não será alvo de um pedido de prisão preventiva.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51.

⁵⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51.

⁵⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51.

⁵⁹¹ MANTEGA propõe acordo ao MPF para evitar prisão, diz site. **GZH**, Porto Alegre. 01 set. 2017 Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/09/mantega-propoe-acordo-ao-mpf-para-evitar-prisao-diz-site-9885953.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Outros ainda “delataram para obter a liberdade (caso Antonio Palocci,⁵⁹² por exemplo) e muitos estavam em liberdade, mas diante da ameaça real e concreta de prisões longas durante as investigações – constantemente noticiadas pela mídia” – escolheram se precipitar ao risco.⁵⁹³ Assim, é evidente “que a prisão cautelar foi usada como importante instrumento de coação para obtenção dos acordos de delação premiada”.⁵⁹⁴

Lopes Júnior enfatiza “que essa coerção, no Brasil, é ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções”, no qual o risco de morrer é real, concreto e cotidiano. “Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer a nossa realidade carcerária”.

⁵⁹⁵

Ademais, a discussão sobre a execução antecipada da pena, embora tenha sido rechaçada pelo STF, está tangenciada ao binômio coação-acordos. De fato, “os protagonistas da Operação Lava Jato, entre eles o atual Ministro Sérgio Moro” – hoje ex-ministro, ex-juiz e atual candidato à presidência da República –, “fizeram forte campanha a favor da prisão em segunda instância invocando também o argumento de eficiência para obtenção dos acordos de delação premiada”. Foi noticiado, “para a força-tarefa da Lava Jato, a possibilidade de prisão após segunda instância é importante para combater a impunidade e estimular criminosos a firmarem acordos de

⁵⁹² “Dois anos, dois meses e exato um dia depois de ser preso provisoriamente, em 27 de setembro de 2016, o ex-ministro Antonio Palocci ganhou o direito de cumprir sua pena de 12 anos, dois meses e 20 dias de prisão em casa. Por dois votos a um, os desembargadores da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal 4 (TRF-4), de Porto Alegre, deliberaram ainda pela redução de sua pena para nove anos e 10 meses de prisão após Palocci assinar um acordo de colaboração premiada — cuja divulgação em outubro, autorizada pelo então juiz Sérgio Moro, contribuiu para agitar o conturbado ambiente da eleição presidencial. O ex-ministro foi condenado em junho de 2017 por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Também nesta quarta-feira, o TRF-4 manteve a pena do ex-ministro José Dirceu em oito anos, dez meses e 28 dias de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro em ação no âmbito da Operação Lava Jato. A delação de Palocci é diferente da grande maioria das colaborações fechadas por condenados da Lava Jato. Em vez de se entender com o Ministério Público, o ex-ministro fechou seu acordo com a Polícia Federal de Curitiba em março deste ano.” PALOCCI tem pena reduzida e vai para prisão domiciliar após acordo de delação. *El País*, [S. l.], 28 nov. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/politica/1543427896_427510.html Acesso em: 10 dez. 2021.

⁵⁹³ Cite-se ainda o fato de que a delação de Palocci foi divulgada por Moro às vésperas das eleições de 2018, o contexto sócio-político que o Brasil se encontra atualmente revela que o desrespeito ao direito tem um preço muito alto.

⁵⁹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

⁵⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

delação premiada”,⁵⁹⁶ assim como as interceptações telefônicas terem demonstrado o uso da mídia para usar a pressão popular como fundamento para desrespeitar os direitos e garantias fundamentais.

O “mutualismo criado pela prisão preventiva com a delação não pode ser ignorado”.⁵⁹⁷ Ademais, recentemente, Moro, ao subir nos palanques como possível candidato, afirmou que “fim da prisão em segunda instância ‘libertou corruptos’”. Veja trecho da reportagem:

A dois dias de assinar sua ficha de filiação no Podemos para, possivelmente, se candidatar ao Planalto em 2022, o ex-ministro da Justiça Sérgio Moro subiu o tom nas críticas ao fim da prisão em segunda instância. A decisão foi tomada dois anos atrás pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, na avaliação feita por Moro, nesta segunda-feira, nas suas redes sociais, ‘libertou corruptos’.⁵⁹⁸

De fato, lembrando os dados mencionados anteriormente, foi realizada uma pesquisa no ano de 2021 no site oficial do Ministério Público Federal, no qual há apresentação de dados estatísticos da operação, divididos pelas diversas instâncias⁵⁹⁹ em que tramitam os feitos. No setor da 1ª instância de Curitiba (a mais conhecida de toda a operação, tendo em vista as diversas controvérsias ocorridas na condução dos processos), os dados expostos são: 130 denúncias apresentadas, 174 condenados, 209 acordos de colaboração, 17 acordos de leniência. Além disso, apresentam-se os dados das prisões cautelares, sem explicitar de quais instâncias são provenientes, são elas: 163 prisões temporárias e 132 prisões preventivas.⁶⁰⁰

Ademais, cita-se em diversos artigos científicos a utilização de instrumentos com vistas a constranger os indivíduos a realizar a colaboração premiada. “A condução coercitiva, assim como a associação da prisão preventiva ou temporária

⁵⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

⁵⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 51

⁵⁹⁸ MORO diz que fim da prisão em segunda instância ‘libertou corruptos’. **Isto É**, São Paulo, 08 nov. 2021 Disponível em: <https://istoe.com.br/moro-diz-que-fim-da-prisao-em-segunda-instancia-libertou-corruptos/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

⁵⁹⁹ São as instâncias apresentadas no site (<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>): 1ª instância de Curitiba; 1ª instância do Rio de Janeiro; 1ª instância de São Paulo; 2ª instância do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; 2ª instância do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Embora o site não mencione, há processos tramitando na 1ª instância do Distrito Federal.

⁶⁰⁰ BRASIL, Ministério Público Federal. **Caso lava jato**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 20 nov. 2021.

aos acordos de colaboração (delação premiada) são instrumentos jurídicos mobilizados de forma recorrente no âmbito da Operação Lava Jato”⁶⁰¹. Para comprovar tal assertiva, Avritzer e Marona realizaram o seguinte quadro, utilizando-se de dados disponibilizados pela própria Polícia Federal, correlacionando as medidas coercitivas e os acordos realizados dentro deste contexto, senão veja:

Tabela 1 - Medidas judiciais coercitivas na Lava Jato (março/2012-março/2016)

Mandados de Busca e Apreensão	Mandados de Condução Coercitiva	Mandados de Prisão		Acordos de Colaboração (Delação Premiada)	
		Preventiva	Temporária	Investigados em Liberdade	Investigados Presos
		64	69	35	14
482	117	133		49	

Fonte: Elaborada pelo autor, a partir dos dados disponibilizados pela Polícia Federal, atualizados até 4/3/2016

Para a elaboração da tabela acima, pelos autores, utilizou-se de dados disponibilizados pela Polícia Federal, atualizados até 4/3/2016⁶⁰², e concluiu-se desta análise que “a recorrente associação entre a delação premiada e a prisão preventiva é exemplar, nesse sentido”, eis que a delação premiada se concretizou, quando os colaboradores “encontravam-se presos preventivamente, tendo sua liberdade concedida logo após a concretização do acordo, o que fere, frontalmente, o requisito da voluntariedade e afronta o Código de Processo Penal (art. 312)”⁶⁰³, evidenciando total desvio de finalidade do instituto de prisão cautelar.

Em verdade, como afirma Streck, no caso brasileiro, os grandes protagonistas em persecuções criminais têm sido os juízes que conduzem estes processos (e não o processo criminal garantista)⁶⁰⁴. Tal situação é reveladora da crise democrática em que se alberga o Brasil. O ponto de toque passa pelo questionamento do ideal totalizador do Estado, que sob o manto da insegurança e das novas configurações

⁶⁰¹ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017.

⁶⁰² AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017.

⁶⁰³ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

sociais decorrentes da globalização, quer limitar os espaços de escolhas das pluralidades, delimitando a atuação dentro de seu controle, diminuindo campos de atuação e aumentando seu aparelho repressivo⁶⁰⁵, ainda que o seja por meio de mecanismos indiretos como a sociedade do espetáculo e do constrangimento.

A questão, por conseguinte, perpassa para os questionamentos dos mecanismos de biopoder, a fim de aumentar o campo de atuação e limite o poder do Estado, estabelecendo a primazia do garantismo, dos direitos fundamentais e da integridade do direito, portanto. É como método para alcançar a efetivação do garantismo que a Crítica Hermenêutica do Direito se mostra como base fundamental, que por meio do círculo hermenêutico, fornecerá a resposta adequada ao caso concreto, submetendo as decisões judiciais à Constituição.

4.5 A decretação de prisões provisórias e sua fundamentação no contexto das delações premiadas

Qualquer sistema jurídico, dentro do contexto globalizado em que se insere a maioria das nações no século XXI, deve ser analisado não somente sob o prisma de direito interno, mas sobretudo levando em consideração os instrumentos internacionais que buscam dar efetividade basilar aos Estados contemporâneos e não escapa o subsistema do processo penal.

Neste sentido é que o pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente com o surgimento das Nações Unidas em 1945, foi inserido um sistema de proteção dos direitos humanos à exposição com a finalidade “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos” (art. 1.3)⁶⁰⁶.

É de se enfatizar, também, a importância Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que é tida como termo histórico de um novo paradigma. “Constitui-se em fonte de outros diplomas, doutrina e jurisprudência internacional e, ao que ao processo penal pertine, fornece os paradigmas axiológicos e éticos,

⁶⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do Welfare State e a hipertrofia do Estado Penal. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 161-186, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013.v34n66p161/25064>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁶⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. [S. l.], 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

positivos e negativos da intervenção estatal criminal”⁶⁰⁷, com relevo aos direitos e às garantias dos arts. 3 a 21 (proibição da tortura, do tratamento e de castigo cruéis, desumanos ou degradantes; vedação da prisão arbitrária; direito de audiência, a um juiz imparcial e independente; direito a uma decisão fundamentada; estado de inocência; julgamento público; garantia da defesa, v. g.). “Igualmente, assenta um norte hermenêutico com base na proteção dos direitos e das liberdades (art. 30)”⁶⁰⁸.

Em seguida, outros instrumentos vieram explicitar e procurar dar efetividade aos direitos fundamentais, senão veja: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) da Emenda Constitucional nº 45/2004; acrescentou-se o § 4º ao art. 5º da CF, admitindo, expressamente, a jurisdição do TPI, criado em 1998 pelo Estatuto de Roma. Destaca-se que é considerado “um tratado especial de natureza centrífuga”, pois extrai o sujeito da jurisdição interna e o submete a uma jurisdição universal.⁶⁰⁹

O sistema regional de proteção – Sistema Interamericano dos Direitos Humanos – é oriundo da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), do mesmo ano, resultando na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969⁶¹⁰.

A partir desta coluna norteadora, as normas internas devem se submeter à Constituição e aos instrumentos internacionais, que uma vez inseridos no ordenamento jurídico interno, ou terão força de emenda constitucional ou categoria de norma supralegal.

Giacomolli salienta que a *práxis* criminal brasileira em sua grande parte é impermeável “às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional”⁶¹¹.

⁶⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [S. l.], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁶⁰⁹ MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 962.

⁶¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Washington, D.C., 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁶¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Por tal motivo, utilizam-se de conceitos tidos como pré-civilizatórios, e continuam com “a simbiose com o sagrado e divino, conformadores de uma ideologia e sustentáculo de práticas judiciárias, mesmo que de forma simbólica e subliminar”⁶¹².

Tais práticas ultrapassadas reclamam “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”⁶¹³.

A utilização das prisões provisórias como mecanismos de constranger o indivíduo a colaborar foi apontada por muitos juristas, conforme se verá na redação da tese, e pode ser observada empiricamente, eis que após a delação os delatores eram colocados imediatamente em liberdade, ora se a prisão preventiva era necessária nos termos do artigo 312 do CPP ela não deixa de ser pelo simples fato da delação ter ocorrido.

Não se questiona a necessidade de punir crimes e crimes graves como são os de colarinho branco, todavia, o processo deve ser pautado por respeito aos direitos e garantias fundamentais. Um processo efetivo é o que se desenvolve dentro dos limites da civilidade. “O processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado”.⁶¹⁴

É relevante a discussão do respeito aos direitos fundamentais em qualquer esfera dentro de um Estado Democrático de Direito. A supressão de tais direitos, com uma finalidade utilitarista, coloca o Estado brasileiro num patamar pré-civilizatório. Neste sentido, a pesquisa se justifica, pois consiste em fazer uma análise hermenêutico-constitucional sobre a relação proteção aos direitos fundamentais, acordos de delação premiada e decretação de prisões provisórias, demonstrando a necessidade de na articulação destes três elementos, o processo penal do Estado Democrático de Direito (o processo penal garantista) ser preservado.

No entanto, em julgamento do HC 127483, o STF se manifestou no sentido de que inexistente liame entre a prisão e a existência de possibilidade de colaboração premiada:

⁶¹² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶¹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶¹⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *et al.* **La reforma del proceso penal**. Madri: Tecnos, 1990.

Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrímen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto. Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei nº12.850/13) De toda sorte, a liberdade de escolha do imputado merece reflexão maior, notadamente quando se imbrica com o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). De acordo com Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no *privilegie against self-incrimination* (O direito de não produzir prova contra si mesmo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4).⁶¹⁵

Ao analisar a primeira prisão – provisória – de Palocci (que depois seria convertida em prisão preventiva) decretada por representação da Polícia Federal pelo então juiz Sérgio Moro, nos autos n. 5043559-60.2016.4.04.7000/PR, que tramitou na 13ª Vara Federal de Curitiba, transcreve-se os fundamentos da decisão, ao menos partes que dão clareza quanto aos argumentos utilizados:

[...]

Como acima exposto, presentes provas, em cognição sumária, de materialidade e de autoria, em relação a todos eles, dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Presentes, portanto, quanto a eles os pressupostos da preventiva, boa prova de autoria e de materialidade.

[...]

Embora tenha sido identificada, em cognição sumária, o repasse de cerca de cento e vinte e oito milhões de reais em propinas, não foi possível rastrear ainda documentalmente os valores, salvo em relação a parte dos pagamentos efetuados ao publicitário João Cerqueira de Santana Filho por serviços prestados ao Partido dos Trabalhadores e do pagamento consubstanciado na aquisição sub-reptícia pelo Grupo Odebrecht do prédio destinado à implantação do Instituto Lula. Considerando o modus operandi verificado nas ações penais 5019727-95.2016.4.04.7000 e 5036528-23.2015.4.04.7000, é possível que os pagamentos tenham, em parte, ocorrido em contas secretas no exterior ainda não identificadas ou bloqueadas. Enquanto não houver tal identificação, há um risco de dissipação do produto do crime, o que inviabilizará a sua recuperação. Enquanto não afastado o risco de dissipação do produto do crime, presente igualmente um risco maior de fuga ao exterior, uma vez que os investigados poderiam

⁶¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

se valer de recursos ilícitos ali mantidos para facilitar fuga e refúgio no exterior. Risco à ordem pública.

[...]

Por outro lado, não se pode olvidar a gravidade em concreto dos crimes em apuração, com fundada suspeita de que pelo menos cento e vinte e oito milhões de reais tenham sido repassados, por meios fraudulentos sofisticados, como propina a Antônio Palocci Filho e ao seu grupo político. Viável, portanto, em princípio, a decretação da prisão preventiva requerida. Entretanto, reputo nesse momento mais apropriada em relação a eles a prisão temporária, como medida menos drástica, o que viabilizará o melhor exame dos pressupostos e fundamentos da preventiva após a colheita do material probatório na busca e apreensão. É certo que, no curto prazo da temporária, será difícil o exame completo do material pela Polícia, mas é possível que verificações sumárias, aliadas aos depoimentos dos investigados joguem melhor luz sobre o mundo de sombras que encobre as suas atividades.

[...]

A prisão temporária ampara-se ainda nos indícios de prática de crimes de corrupção, lavagem, fraudes, além de associação criminosa. É necessária no período do cumprimento dos mandados de busca e apreensão para prevenir qualquer afetação das provas, como produção de documentos falsos, ou supressão de documentos.

[...]

Assim, atendidos os requisitos do artigo 1.º, I e III, Lei n.º 7.960/1989, sendo a medida necessária pelas circunstâncias do caso, defiro parcialmente o requerido pela autoridade policial e pelo MPF e decreto a prisão temporária por cinco dias de Antônio Palocci Filho, Branislav Kontic e Juscelino Antônio Dourado.⁶¹⁶

A lei 7960/89, dispõe que:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
 II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
 III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...]⁶¹⁷

Ao analisar o teor da decisão acima transcrita é possível visualizar que o magistrado trata o indiciado como se condenado fosse, avalia provas de cognição

⁶¹⁶ CURITIBA. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná (13. Vara Federal de Curitiba). **Pedido de prisão preventiva n. 5043559-60.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Polícia Federal/PR. Acusado: Antonio Palocci Filho. 12 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/prisao-temporaria-palocci.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶¹⁷ BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

sumária e produzidas sem contraditório, como se tivesse escrevendo uma sentença condenatória.

No mais, trata de maneira genérica a imprescindibilidade da prisão para as investigações, usando termos genéricos como risco de fuga ou dissipação de patrimônio oriundo do crime (para assegurar a efetividade, existem as medidas cautelares de natureza patrimonial), começa apresentando os requisitos da prisão preventiva, que tampouco estão presentes, e termina decretando a prisão temporária.

Além dos requisitos legais que devem ser observados para a decretação de prisões cautelares, também as normas internacionais descritas no início desse tópico, a Constituição da República Federativa do Brasil impõe a observância dos princípios que estão dispostos no artigo 1º, inciso III, especialmente o que afirma ser a dignidade da pessoa humana fundamento da República; já o artigo 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, asseverando a presunção de inocência a todos; o inciso LV, por meio do qual “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; o inciso LIV, em que é disposto “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e o inciso LXIII, em que se consagrou o direito ao silêncio, na medida em que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Nenhuma finalidade utilitarista de combate à corrupção pode desvirtuar o arcabouço civilizatório que a CF/88, as normas internacionais e normas infraconstitucionais trouxeram ao Estado brasileiro, sob a pena de desfigurar o próprio Estado.

Ademais, conforme palestra ministrada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, no Congresso de Sociedades de Advogados, na capital paulista: “Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração, na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele”. A cautelar é a *ultima ratio*, deve ser decretada somente quando presentes os requisitos legais.⁶¹⁸

⁶¹⁸ AURÉLIO, Marco. **Democracia, Constituição e direitos fundamentais**. Palestra proferida no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, promovido por: Sindicato das Sociedades de Advogados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro - SINSA e Academia Paulista de Magistrados - APM. São Paulo, ago. 2016.

4.6 O processo do constrangimento: a ruptura com o garantismo na sociedade do controle - da punição à vigilância e da vigilância ao constrangimento

É importante ressaltar que há a necessidade de uma obrigação severa de observação pelos propositores da colaboração e do Poder Judiciário ao homologar tais acordos do princípio da legalidade, de fato, em um Estado de Direito. Para tal princípio deve ser cumprido seu aspecto material e processual, com vistas a garantir a legalidade e a integridade da democracia. Sob o aspecto material, a legalidade dispõe que apenas a lei possui a competência para criar crimes e as suas respectivas penas (art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal; art. 1.º do Código Penal), no aspecto processual, comina a obrigatoriedade de observância da formalidade do processo e de atuação nesse viés de todos os agentes processuais. É o princípio da legalidade uma conquista em face dos abusos do Estado, a Constituição Federal é quem deve nortear a interpretação e aplicação do direito, situação que limita o poder punitivo, razão pela qual não se deve admitir desvios nem exceções.⁶¹⁹ Não se deve admitir uma função utilitarista ao processo penal.

No entanto, o racismo de Estado, caracterizado por um poder exercido por estruturas administrativas e de governo, a fim de exercer controle sobre determinados indivíduos ou setores, ou para alcançar interesses individuais (como o uso político do direito penal), acaba acarretando a ocorrência de um liame inseparável entre a riqueza e o aniquilamento. O aniquilamento, fundamento de práticas contrárias ao mínimo civilizatório, não pressupõe apenas a morte física, mas também “a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.’ [...] ‘a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal) é o que vai deixar a vida em geral mais sadia”⁶²⁰, melhor para a coletividade, para a sociedade, para as pessoas de bem.

É nesse sentido que regimes totalitários (stalinismo e o nazifascismo) teriam, conforme explica Foucault, radicalizado instrumentos políticos já presentes nos Estados modernos e que se mantém hodiernamente. Assim é que as barbaridades

⁶¹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira**. Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 2019.

⁶²⁰ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

praticadas por regimes ditatoriais, e até mesmo os que ocorreram na América Latina, inclusive no Brasil, utilizaram-se de aparente legalidade para fundamentar atos de controle e dominação em face de quem não atende aos interesses autoritários.⁶²¹

Soma-se a isso a proliferação da insegurança, causada também pelo modelo de produção capitalista, ou seja, o aumento da pobreza e o incremento da marginalização enraizaram a diferenciação social entre os que possuem armas e os que não as têm.⁶²²

Os mecanismos modernos e atuais de controle dos corpos, a biopolítica se manifesta de diversas maneiras a depender do interesse daqueles que fazem uso de tais instrumentos. Em Mbembe⁶²³, portanto, a necropolítica é um ininterrupto estado e exceção, se antes, era inequívoco, atualmente, a necropolítica, como conceito oriundo da biopolítica ocorre por meio das escolhas das políticas acerca de quais grupos podem deter o poder sobre a vida e a morte, o Estado não é o agente imediato, mas mediato de um contínuo Estado de Exceção.

É por meio da biopolítica que se organizou estruturas que se disseminam no cotidiano das pessoas, habilmente, mas muito eficazes. De tal forma que os processos vitais passaram a ser tidos coisa pública, assim como a liberdade do indivíduo que deve colaborar com esse Estado.

É certo que ocorreu uma transição de sociedade disciplinar, originária na Revolução Francesa, para a de controle (Deleuze), ou seja, aquela que assiste à intensificação e à extensão dos dispositivos de poder da sociedade disciplinar. A partir desta compreensão, é cada vez mais tênue “a distinção entre o dentro e o fora de seu campo de ação”, o que acarreta alteração nos modos de “subjetivação atuais, se comparados àqueles beneficiados pela sociedade disciplinar”⁶²⁴.

São micropoderes utilizados para disciplinar e controlar os sujeitos, padronizando e reduzindo os espaços de luta e de vida privada. Desenvolve-se respectivamente aquilo que Debord chama de sociedade do espetáculo: “não é um

⁶²¹ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

⁶²² MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. p. 39-40. E-book.

⁶²³ MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. p. 39-40. E-book.

⁶²⁴ SALZTRAGER, Ricardo. O sujeito entre a disciplina e o controle: sobre as instituições de confinamento e os fenômenos de massa. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 1131-1160, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2021.

conjunto de imagens, mas uma relação social entre pessoas, mediatizada por imagens”.⁶²⁵ A exposição de uma guerra, de um réu de processo, que sequer foi julgado, mas já foi condenado, dos milhares de *realities shows*⁶²⁶ sobre todos os assuntos e contextos sociais. Apresenta uma distopia em que o Estado controla todos os cidadãos. No entanto, a distopia cedeu lugar à glamorização dos programas televisivos, à transmissão da vida privada por meio das redes sociais.

Daí a formação de uma série de códigos da individualidade disciplinar que permitem transcrever, homogeneizando-os, os traços individuais estabelecidos pelo exame: código físico da qualificação, código médico dos sintomas, código escolar ou militar dos comportamentos e dos desempenhos. Esses códigos eram ainda muito rudimentares, em sua forma qualitativa ou quantitativa, mas marcam o momento de uma primeira ‘formalização’ do individual dentro de relações de poder.⁶²⁷

O controle, agora, é exercido por meio do espetáculo da comunicação de massa, apresentando-se por meio de um infindável movimento de imagens e conteúdos simbólicos.

Por isso não surpreende que os sujeitos contemporâneos adaptem os principais eventos de suas vidas às exigências da câmera, seja de vídeo ou de fotografia, mesmo que o aparelho concreto não esteja presente – inclusive poderia adicionar um observador mordaz, porque nunca se sabe se você está sendo filmado. Assim, a espetacularização da intimidade cotidiana tornou-se habitual, com todo arsenal de técnicas de estilização das experiências de vida e da própria personalidade para ‘ficar bem na foto’.⁶²⁸

Há uma relação que a internet, a cibernética, autoriza um acesso de “comandos muito mais ágil dos comandos se comparada com os suportes rígidos e fixos dos sistemas de comunicação/transporte anteriores. Tais suportes são, igualmente, canais de veiculação do biopoder/controlado social”.⁶²⁹

⁶²⁵ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 14.

⁶²⁶ ORWELL, George. **1984**. São Paulo: IBEP, 2003.

⁶²⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto. Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 158.

⁶²⁸ SIBILIA, Paula. **O show do Eu**: a intimidade como espetáculo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 49-50.

⁶²⁹ BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Barcelona, v. 8, n. 170, p. 42, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Assim, a *Sociedade do espetáculo*, obra escrita por Debord, apresenta a maneira pela qual a vida social, os valores, a filosofia, a ética e a moral “tudo o que era diretamente vivido se afastou numa representação. [...] A realidade desdobra-se na sua própria unidade, como um pseudomundo à parte, objeto de exclusiva contemplação”, as imagens e sua especialização como meio de representar o mundo encontra-se realizada no mundo da imagem autonomizada, “o espetáculo em geral, como inversão concreta da vida, é o movimento autônomo do não-vivo”.⁶³⁰

A partir da sociedade do espetáculo, é possível conceber, explicando de maneira sucinta, que os mecanismos se desenvolvem controlando corpos e sentimentos. Assim é que o Estado se utiliza de mecanismos de constrangimento para impor ao sujeito que se comporte dentro dos limites impostos pelo poder soberano.

Trata-se de um controle biopolítico⁶³¹ que limita a liberdade e impõe ao sujeito a incapacidade de se livrar das amarras do controle, se sujeitando ao poder, trata-se de um totalitarismo moderno, transvestido de proteção.

Ao dispor que o constrangimento do indivíduo como forma de controle, exercício de poder, parte-se do pressuposto de que se trata de um sentimento exclusivamente biopsicológico. No entanto, Parrott expõe que o constrangimento é o sentimento que possui a característica de ser a mais social de todas as emoções. É a partir das convenções sociais e da apresentação no mundo, assim como uma representação das crenças e avaliações que os outros tem do sujeito. Trata-se de uma experiência emocional que compreende uma percepção de inaptidão social ou imprudência. Essa emoção possui efeitos físicos, como sinais evidentes de nervosismo, rubor e abaixamento do contato visual.⁶³²

Apesar de associar-se o constrangimento com o sentimento de vergonha, esses dois sentimentos não se confundem. De acordo com Keltner e Buswell explicam que o constrangimento diz respeito a situações e comportamentos que derivam de uma violação dos pactos ou normas sociais, provocando um aumento da exposição social do indivíduo.⁶³³

⁶³⁰ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. São Paulo: Livros da Revolta: 1967. p. 22.

⁶³¹ CAMPOS, A. S. “Biopolítica. In: MARQUES, António; CAMPOS, André Santos (coord.). **Dicionário de filosofia moral e política**: 2.^a série. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2018.

⁶³² PARROTT, E. G. Embarrassment. In: MANSTEAD, A. S.; HEWSTONE, M. (ed.). **The Blackwell encyclopedia of socialpsychology**. Oxford: Blackwell Publishers. 1996. p.196-198.

⁶³³ KELTNER, D.; BUSWELL, B. Embarrassment: its distinctform and appeasement functions. **Psychological Bulletin**, [S. l.], v. 122, n. 3, p. 250–270. 1997.

Assim, a exposição midiática, ao teor da sociedade do espetáculo, como mecanismo de controle do sujeito, impondo-lhe a manifestação do biopoder estatal, constringendo-o, por meio da divulgação de que será preso ou prendendo-o para impor o sentimento de violação da norma social e fazê-lo voltar ao status anterior, o de ter a liberdade, de ter o sentimento de não ser condenado.

Com efeito, umas das técnicas de Estados autoritários e totalitários, da ideologia fascista é o uso da mídia para criar consenso na sociedade, especialmente diante de um “inimigo”. Isso em razão de que a fabricação de estereótipos é o alicerce da sociedade do espetáculo, destarte, “tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação”,⁶³⁴ o indivíduo – objetivo de extirpação pelo ideal fascista – perde a capacidade de autodeterminar e criar suas próprias representações, sendo fabricado pela mídia, pelas redes sociais e por discursos que falseiam a realidade.

Em se tratando de delação, de prisões como meio de constringimento, o que se percebe é que não existe igualdade entre as partes negociadoras. Ross tem uma definição conveniente sobre a igualdade, a saber: “[...] o requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão o suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa”⁶³⁵.

Ademais, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade não estão suportados no âmbito de competência estatal, são direitos subjetivos individuais que outorgam ao indivíduo uma autonomia decisória.

Assim, a prática de utilizar prisão cautelar é um elemento utilizado – e conhecido – pela promotoria a fim de coagir⁶³⁶ os indivíduos a realizar acordos ou a se declarar culpados, tornando os promotores eficientes e dando à sociedade a falsa sensação de justiça. A prisão cautelar tem um forte efeito na decisão de oferecer e aceitar os acordos, de constringer o sujeito. Aqueles que são levados para prisão, portanto, são mais propensos a aceitar negociar com a promotoria e há menor propensão a ter as acusações retiradas. Ademais, tais elementos legais aumentam a probabilidade de aceitar uma barganha, porque existe uma incerteza nos resultados, acaso o processo continue.

⁶³⁴ DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 13.

⁶³⁵ ROSS, Alf. **Direito e ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 313.

⁶³⁶ KELLOUGH, G.; WORTLEY, S. Remand for plea: Bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, [S. l.], n. 42, p. 186–210, 2002.

Por tal razão, não é possível aceitar um ativismo judicial corrompido pela política, com decisões proferidas pelos juízes que ignoram princípios democraticamente edificados e amparados constitucionalmente, desrespeitando a integridade do direito, de maneira que este contradireito demonstrado por Foucault se reveste de contrariedade à integridade do direito. Por tal razão, decretações de prisões cautelares que não respeitem a integridade do direito rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial pragmatista, voltado para a persecução criminal, buscando uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada, nem que para isto ocorra afronta aos direitos fundamentais.

Assim o é, porque não basta a lei, de fato. Derrida decompõe o direito, assumindo compromisso com a justiça e com as ferramentas que permite marchar em sua direção. “O principal deles é o direito, que é desconstruído por Derrida nas suas articulações problemáticas com a justiça”.⁶³⁷ Assim, há a necessidade de transformar o direito em um direito justo, “no qual exista força de lei para a lei”.⁶³⁸

O garantismo penal entende que o imputado, mesmo depois da comprovação da prática por meio do processo, é e continua sendo sujeito de direitos e que todas as suas garantias como tal devem ser respeitadas. Assim, o processo penal apresentado na Constituição Federal brasileira é garantista, possui matriz de núcleo fundante no sistema acusatório; de tal modo, o indiciado/réu é tido como sujeito de direitos e a busca da verdade processual, por meio da atividade probatória, deve respeitar o sistema constituído pela CF/88, mormente para garantir a dignidade da pessoa humana e a concretização do Estado Democrático de Direito.⁶³⁹

Assim, “os direitos fundamentais possuem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre que sequer a totalidade pode decidir”. Se trata, de fato, de uma “esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da

⁶³⁷ DUNLEY, Glauca Peixoto. Sobre força de lei. **Trivium**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-15, dez. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217648912011000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 01 out. 2021

⁶³⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

⁶³⁹ DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Governador Valadares, v. 11, n. 1, p. 09-25, jan./jun. 2006. Disponível em: [doi:https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26](https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26). Acesso em: 20 jun. 2021.

manutenção do 'bem comum'. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem”, a posição de instituir “o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

5 CONCLUSÃO

O Estado, desde sua construção inicial, sempre exerceu seu poder de forma arbitrária. Com o advento dos Estados Modernos, a Constituição passou a ser um importante instrumento para limitação nesse poder. Apesar disso, a face punitiva estatal tem sido um viés periódico em sociedades democráticas, atribuladas com o combate à corrupção, como por exemplo nas denominadas operações “Mãos Limpas”, na Itália, e “Lava Jato”, no Brasil.

A partir do argumento justificante e pragmático (utilitarista), ocorre um protagonismo do Judiciário na persecução criminal, amparado pela mídia na espetacularização das investigações e do processo. Constatam-se por meio do constrangimento um adiantamento da punição, antes mesmo de ter processo, quiçá condenação; de outro lado, o processo penal passa a ter sua efetividade condicionada à punição e não à garantia dos direitos fundamentais.

É neste contexto que o tema de pesquisa foi delimitado, conforme foi possível constatar, partindo também de uma análise hermenêutica constitucional, a saber: **Da Sociedade disciplinar e de controle à sociedade do constrangimento: uma análise da (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sob a ótica do Instituto de Colaboração Premiada.**

Os objetivos específicos foram alcançados, quando da construção dos capítulos.

Com efeito, foi possível visualizar o desenvolvimento da sociedade disciplinar a partir das concepções de Foucault, compreendendo os mecanismos utilizados pela sociedade disciplinar como contrapostos aos ideais proclamados pela Revolução Francesa, que apesar de ditar os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, passou a criar as prisões.

A outra forma de controle se dá, atualmente, especialmente por meio da biopolítica, passando pela sociedade de controle de Deleuze, que os atuais mecanismos – a internet, os inúmeros instrumentos de segurança – apontam para o controle do Estado, ainda que o indivíduo não esteja dentro de limites físicos. A sociedade do espetáculo de Debord transforma a vida em representações midiáticas; toda a vida perde o sentido se não houver uma imagem, uma representação daquilo que se impõe como ideal no sistema capitalista.

A sociedade de constrangimento, a partir exposição da intimidade dos indivíduos como situação normal, por meio da análise da sociedade do espetáculo em Debord, surge e passa a ser instrumento da biopolítica do Estado, que faz uso de diversos instrumentos para constranger o indivíduo a cumprir aquilo que o poder deseja.

Foi ilustrado que Estado brasileiro, inobstante imponha a democracia e isso reflita nos modelos de processo penal, que em teoria seria o acusatório, concebe o garantismo (Ferrajoli) como modelo a ser respeitado pelo Estado Democrático de Direito. Na prática, o inquisitorialismo acaba prevalecendo, até mesmo em razão de toda a cultura autoritária que reside na sociedade brasileira, no direito, e nos agentes públicos. Visualizou-se que técnicas fascistas são usadas ainda hoje, quando se destitui o sujeito de seus direitos e o transforma em um inimigo, prática muito utilizada pela Operação Lava Jato.

Ao observar o instituto da Colaboração Premiada, no direito brasileiro e comparado, realizando análise legislativa e de casos práticos, foi possível de estabelecer os efeitos da sociedade de constrangimento dentro do processo penal e situar os direitos fundamentais dentro deste contexto, aduzindo que, de fato, a eficácia a tais direitos (Bobbio) não existe. Na prática, os direitos fundamentais são suprimidos para o exercício do poder.

A Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck, estabelece mecanismos para impedir práticas inquisitivas e garantir o respeito à Constituição. De fato, sendo o direito uma linguagem pública, democrática, ela não deriva da cabeça do juiz, mas da CF. A relação do processo penal deve ser de preservação de garantias, colaboração premiada e medidas cautelares.

A partir desse pano de fundo é que revela o elo existente entre o papel do juiz no processo penal, prisões cautelares, indisponibilidade de bens, processo espetacularizado e colaboração premiada, formula-se o seguinte problema de pesquisa para tese: De que maneira os mecanismos de poder sustentam a tecnologia utilizada pelos agentes estatais e, por conseguinte, concebem os acordos de colaboração premiada, “incentivados” por decretações arbitrárias de prisões provisórias e outras medidas cautelares, como elemento central para o constrangimento do réu/investigado na “efetividade” do processo penal (compreendida, neste contexto, como certeza de punição), ainda que seja às custas da violação de direitos e garantias fundamentais?

Do problema de pesquisa, apresentou-se a seguinte hipótese: Há, no processo penal, uma busca desmedida por uma verdade real. Somado a isto tem-se o aumento da complexidade da criminalidade, em que o aparato estatal não possui mecanismos desenvolvidos para realizar a efetiva produção probatória. Este contexto que associa efetividade do processo penal, colaboração premiada e medidas cautelares de natureza pessoal e patrimonial (prisões provisórias, conduções coercitivas, indisponibilidade de bens e buscas e apreensão) na conformação de um modelo de persecução criminal se sustenta a partir da existência de um perfil do Judiciário, qualificado pelo protagonismo do juiz durante a instrução criminal, isto é, especificamente por uma postura judicial que pauta a tomada de decisões pelo desejo de atingir de um fim específico: a confissão/colaboração premiada, ainda que isso ocorra às custas da violação de direitos e garantias fundamentais, como ocorre através das decretações de prisões provisórias de modo arbitrário. Com isso, passe-se de uma sociedade da punição e vigilância (Foucault) para uma sociedade do constrangimento, utilizando-se dos elementos da sociedade disciplinar, de controle e de espetáculo para promover a sociedade de constrangimento e constranger o investigado/réu a realizar a delação premiada.

Assim, diante do problema de pesquisa a hipótese inicialmente entabulada e acima transcrita, foi confirmada, conforme se verá nos parágrafos que seguem.

Existe, no processo penal, uma busca imensurável pela ideia de uma verdade real, pois este seria o caminho para alcançar o desiderato de justiça. Somado a isto tem-se o desenvolvimento da complexidade da criminalidade, a chamada criminalidade organizada, em que o aparato estatal não possui mecanismos desenvolvidos para realizar a efetiva produção probatória. Tem-se, portanto, uma discussão clara “acerca da eficácia da luta contra a criminalidade organizada e da preservação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito e ao processo penal”.⁶⁴⁰

Este contexto que associa efetividade do processo penal, colaboração premiada e medidas cautelares de natureza pessoal e patrimonial (prisões cautelares, indisponibilidade de bens e buscas e apreensão) na adequação de um modelo de persecução criminal se sustenta a partir da existência de um perfil do Judiciário, caracterizado pelo protagonismo durante a instrução criminal.

⁶⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Trata-se de uma postura judicial que pauta a tomada de decisões pelo desejo de atingir de um fim específico, qual seja: a confissão/colaboração premiada, ainda que isso ocorra às custas da violação de direitos e garantias fundamentais, e em ferimento direto ao Estado Democrático de Direito.

A sociedade da punição e vigilância (Foucault) parte para uma sociedade do constrangimento, utilizando-se dos elementos da sociedade disciplinar, de controle e de espetáculo para promover a sociedade de constrangimento e impelir o sujeito a estar a serviço dos interesses estatais, deixa de ser sujeito e passa ser objeto do processo penal.

A partir da sociedade do espetáculo e da ideia de controle do indivíduo e de sua subjetividade, o que se observou em operações de grande interesse nacional e, conforme afirma Wedy, “em nome da eficiência desse instituto, uma eficiência que levaria à Justiça, o suspeito ou acusado seja literalmente constricto à delação/colaboração premiada”, a constrição se dá por meio da decretação de um prisão processual que se prolonga no tempo, com ausência ou déficit de motivação da cautelaridade e “nem sempre com a efetiva necessidade da prisão, o que acaba por substanciar uma forma de afastamento da espontaneidade e voluntariedade da delação”⁶⁴¹.

A mediação do processo, a condenação antecipada pela opinião pública, forma consenso a partir do discurso criado, a partir de investigações não concluídas, conforme visto no caso do Palocci.

Com efeito, a prisão cautelar e a constrição dos bens levam o indiciado/acusado a questionar a existência de um devido processo legal, da eficácia dos direitos fundamentais e da aplicação de um processo acusatório, ocasionando a escolha pelo acordo de colaboração premiada. Há, nesta hipótese, um instrumento de contradireito, institucionalizado pelo próprio Estado e reflexo de uma sociedade disciplinar, que passa pela sociedade de controle e se expressa, tendo em vista a sociedade do espetáculo, ao que se pode chamar de sociedade do constrangimento: o indivíduo não só tem seu corpo controlado, também é constrangido a agir dentro dos limites propostos pelo próprio Estado.

⁶⁴¹ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 219, set./dez. 2016.

O uso de micropoderes, conforme Foucault apresentou, tem a finalidade de disciplinar e controlar os sujeitos, uniformizando-os e reduzindo os espaços de luta e questionamentos. Desenvolve-se simultaneamente aquilo que Debord nomeia de sociedade do espetáculo, configurando-se em relação social entre pessoas, mediatizada por imagens.⁶⁴²

O controle, atualmente, é realizado por meio do espetáculo da comunicação de massa, apresentando-se por meio de um interminável movimento de imagens e conteúdos simbólicos, que se dá tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais e pelos aplicativos de mensagens instantâneas. Trata-se de um controle biopolítico que limita a liberdade, controla os corpos, sem sequer necessitar de muros, e impõe ao sujeito a incapacidade de se livrar das amarras do controle, se assujeitando ao poder, é o novo totalitarismo, o moderno.

Ao dispor que o constrangimento do indivíduo como forma de controle, exercício de poder, parte-se da premissa de que se trata de um sentimento exclusivamente biopsicológico. Contudo, foi possível notar, conforme Parrott exhibe, que o constrangimento é o sentimento que tem a particularidade de ser a mais social de todas as emoções. É a partir das convenções sociais e da presença da pessoa no mundo, assim como uma representação das crenças e avaliações que os outros têm desse indivíduo, é uma experiência emocional que compreende uma percepção de inaptidão social ou imprudência. Essa emoção possui efeitos físicos, como sinais evidentes de nervosismo, rubor e abaixamento do contato visual.⁶⁴³

Apesar de associar-se o constrangimento com a vergonha, ambos não se confundem. Keltner e Buswell explicam que o constrangimento faz deferência a situações e comportamentos que derivam de uma violação dos pactos ou normas sociais, provocando um aumento da exposição social do indivíduo.⁶⁴⁴

Nesse sentido, a exposição midiática, ao teor da sociedade do espetáculo, como mecanismo de controle do sujeito, impondo-lhe a manifestação do biopoder estatal, constrangendo-o, por meio da divulgação de que será preso ou prendendo-o

⁶⁴² DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 14.

⁶⁴³ PARROTT, E. G. Embarrassment. *In*: MANSTEAD, A. S.; HEWSTONE, M. (ed.). **The Blackwell encyclopedia of social psychology**. Oxford: Blackwell Publishers. 1996. p.196-198.

⁶⁴⁴ KELTNER, D.; BUSWELL, B. Embarrassment: Its distinct form and appeasement Functions. **Psychological Bulletin**, [S. l.], v. 122, n. 3, p. 250–270, 1997.

para impor o sentimento de violação da norma social e fazê-lo voltar ao status anterior, o de ter a liberdade, de ter o sentimento de não ser condenado.

Foi possível ver que, das técnicas utilizadas por Estados autoritários e totalitários, oriundas da ideologia fascista, é o uso da mídia a mais utilizada para criar consenso na sociedade, especialmente diante de um “inimigo”. Isso em razão de que a fabricação de estereótipos é o alicerce da sociedade do espetáculo; o inimigo comum é criado.

Nada muito distante da realidade brasileira conhecida na Operação Lava Jato, “com a banalização da prisão cautelar (coaçoão) como técnica para obter a negociação e confissão. Por mais que se recuse (ou até que se assuma), há um número altíssimo (e essa cifra é impossível de ser precisamente definida” tendo em vista o sigilo dos acordos) de colaboradores que aceitaram o acordo para evitar a prisão.

Assim, tratando-se de delação, ocorreram prisões – ou ameaças de prisões pela mídia – como meio de constrangimento. O que se percebe é que não existe igualdade entre as partes negociadoras. Ross explica que a igualdade é um elemento de justiça⁶⁴⁵.

Por tal razão, a prática de utilizar prisão cautelar é um elemento utilizado – e conhecido – pela promotoria a fim de coagir⁶⁴⁶ os indivíduos a realizar acordos ou a se declarar culpados, especialmente no sistema do *plea bargaining*, tornando os promotores eficientes e dando à sociedade a falsa sensação de justiça. A prisão cautelar tem um forte efeito na decisão de oferecer e aceitar os acordos, de constranger o sujeito. Aqueles que são levados para prisão, portanto, são mais propensos a aceitar negociar com a promotoria e há menor propensão a ter as acusações retiradas. Ademais, tais elementos legais aumentam a probabilidade de aceitar uma barganha, porque existe uma incerteza nos resultados, acaso o processo continue.

Com efeito, não é possível aceitar um ativismo judicial, corrompido pela política, com decisões proferidas pelos juízes que ignoram princípios democraticamente edificados e amparados constitucionalmente, desrespeitando a integridade do direito, de maneira que este contradireito demonstrado por Foucault se reveste de contrariedade à integridade do direito. Por tal razão, decretações de prisões

⁶⁴⁵ ROSS, Alf. **Direito e ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 313.

⁶⁴⁶ KELLOUGH, G., WORTLEY, S. Remand for plea: Bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, [S. l.], n. 42, p. 186–210, 2002.

cautelares que não respeitem a integridade do direito rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial pragmatista, voltado para a persecução criminal, buscando uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada, nem que para isto ocorra afronta aos direitos fundamentais.

Destaca-se que processo penal apresentado na Constituição Federal brasileira é garantista, possui matriz de núcleo fundante, no sistema acusatório, de tal maneira que o indiciado/réu é tido como sujeito de direitos e a busca da verdade processual, por meio da atividade probatória, deve respeitar o sistema constituído pela CF/88, mormente para garantir a dignidade da pessoa humana e a concretização do Estado Democrático de Direito.⁶⁴⁷

Além disso, no contexto brasileiro e mundial assume importância Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que é tida como termo histórico de um novo paradigma. “Constitui-se em fonte de outros diplomas, doutrina e jurisprudência internacional e, ao que ao processo penal pertine, fornece os paradigmas axiológicos e éticos, positivos e negativos da intervenção estatal criminal”⁶⁴⁸, com relevo aos direitos e às garantias dos arts. 3 a 21 (proibição da tortura, do tratamento e de castigo cruéis, desumanos ou degradantes; vedação da prisão arbitrária; direito de audiência, a um juiz imparcial e independente; direito a uma decisão fundamentada; estado de inocência; julgamento público; garantia da defesa, v. g.). “Igualmente, assenta um norte hermenêutico com base na proteção dos direitos e das liberdades (art. 30)”⁶⁴⁹.

Posteriormente, outros atos normativos internacionais vieram dar efetividade aos direitos humanos, senão veja: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) da Emenda Constitucional nº 45/2004; acrescentou-se o § 4º ao art. 5º da CF, admitindo, expressamente, a jurisdição do TPI, criado em 1998 pelo Estatuto de Roma. Destaca-

⁶⁴⁷ DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Governador Valadares, v. 11, n. 1, p. 09-25, jan./jun. 2006. Disponível em: doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁶⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [S. l.], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

se que é considerado “um tratado especial de natureza centrífuga”, pois extrai o sujeito da jurisdição interna e o submete a uma jurisdição universal.⁶⁵⁰

O sistema regional de proteção– Sistema Interamericano dos Direitos Humanos – é oriundo da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), do mesmo ano, resultando na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969⁶⁵¹.

Neste sentido, a partir desta coluna norteadora, as normas internas devem se submeter à Constituição e aos instrumentos internacionais, que uma vez inseridos no ordenamento jurídico interno, ou terão força de emenda constitucional ou categoria de norma supralegal.

Por fim, “os direitos fundamentais possuem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir”. Se trata, de fato, de uma “esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do ‘bem comum’. Os direitos fundamentais - direitos humanos constitucionalizados - adquirem”, a posição de instituir “o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

As conexões originais da tese, portanto, residem na compreensão de que a criação do instituto da colaboração premiada e seu manuseio judicial, associado à decretação (arbitrária) de medidas cautelares, especialmente prisões cautelares, rompem com o modelo de processo do Estado Democrático de Direito, criando um novo modelo processual de exceção – o processo penal do constrangimento, pautado pelo perfil judicial que visa a garantir uma finalidade para a persecução criminal, que é garantir assegurar uma resposta rápida do Estado mediante a obtenção da colaboração premiada.

De fato, é a Crítica Hermenêutica do Direito a responsável por efetivar o modelo penal de garantismo proposto por Ferrajoli, que consiste em cumprir e efetivar a formação moderna daquilo que se chama Estado de Direito, ou seja, a Constituição como o manto que acoberta o direito penal e delimita a sua atuação.

⁶⁵⁰ MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 962.

⁶⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Washington, D.C., 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

REFERÊNCIAS

- A DEFESA já fez o showzinho dela. **Intercept Brasil**, [S. l.], 14 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriua-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contraa-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>. Acesso em: 7 abr. 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **Ce qui reste d'Auschwitz**, Paris: Payot&Rivages, 1999.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALMEIDA, Marcos Abreu Leitão de. **Uma Geração em debate**: Beats ou Beatniks? [S. l.], 3 set. 2013. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/mydownloads_01/singlefile.php?cid=42&lid=5535. Acesso em: 10 abr. 2021.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *et al.* **La reforma del proceso penal**. Madri: Tecnos, 1990.
- ARAÚJO, Joelson Silva. Biopolítica como controle sobre a vida e política de resistência. **PRACS**: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v. 12, n. 1, p. 145-152, jan./jun. 2019.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado. **Revista dos Tribunais RT**, São Paulo, v. 969, jul. 2016.
- ASSISTENTE virtual Alexa vira testemunha em caso de homicídio nos EUA. **O Globo**, São Paulo, 04 nov. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/assistente-virtual-alexa-vira-testemunha-em-caso-de-homicidio-nos-eua-24060465>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- ASSUNÇÃO, Vânia Noeli Ferreira de. **Pandemônio de infâmias**: classes sociais, estado e política nos estudos de Marx sobre o Bonapartismo. 2005. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – PUC, São Paulo, 2005.
- AURÉLIO, Marco. **Democracia, Constituição e direitos fundamentais**. Palestra proferida no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, promovido por: Sindicato das Sociedades de Advogados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro - SINSAs e Academia Paulista de Magistrados - APM. São Paulo, ago. 2016.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei nº 10.406, de 10/1/02). São Paulo: Saraiva, 2002.

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, jan./mar. 1994.
- BARBIERI, Giovanni Tarli. La partecipazione dei magistrati all'attività politica. **Giustizia penale e politica**, [S. l.], 2009. Disponível em: http://www.edizioniets.com/criminalia/2009/003B_TARLI-BARBIERI.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, v. 12, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, v. 269, 2015.
- BENTHAM, Jeremy *et al.* **O panóptico**. Organização de Tomaz Tadeu. Traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- BERNASCONI, Alessandro. **La collaborazione processuale**. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense. Milano: Giuffrè, 1994.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de derecho penal y procesal penal**. Barcelona: Bosh, 1977.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.
- BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.
- BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação lava jato"**. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016, Montevideu. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 41-61.
- BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. In: BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.
- BRADLEY, J. I. The convergence of the continental and the common law model of criminal procedure. **Criminal Law Fórum**, [S. l.], v. 7, n. 2, p. 471-484, 1996.
- BRAGA, S.; VLAC, V. Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares. **Scripta Nova**. Revista electrónica de

geografía y ciencias sociales, Barcelona, v. 8, n. 170(42), 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm>. Acesso em:

BRASIL, Ministério Público Federal. **Caso lava jato**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados> Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade ADC 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Embargados: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. 7 nov. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065#>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. P.A. **Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Interessado: Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região. Relator: Des. Federal Rômulo Pizzolatti. 23 de setembro de 2016. 2016. p. 1-5. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.269, de 02 de abril de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso lava jato**: entenda o caso. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso> Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **REsp 1.102.736/SP**. Relator: Min. Laurita Vaz. 04 de março de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **AgR no Ag 1.285.269/MG**. Relator: Min. Og Fernandes. 04 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 70.942/MG**. Recorrente: Igor Henrique Gonçalves Borges (Preso). Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. 05 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. turma). **Habeas Corpus n. 118.344**. Paciente: Edwaldo Lourenço. Impetrante: Leonardo Rocha Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. 18 mar. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4424842>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 444 Distrito Federal**. Requete: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, Intimado: Presidente da República. Am. Curiae.: Associação dos Advogados de São Paulo e Instituto Dos Advogados Brasileiros – IAB. Relator: Min. Gilmar Mendes. 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483 Paraná**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impaciente: José Luiz Oliveira Lima e outro. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Dias Toffoli. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Satoka. Ética e incentivos: devemos recompensar quem denuncia corrupção? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 390-427, maio/ago. 2017.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. **State Court sentencing of convicted felons**. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 2005.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

BUSATO, Paulo César. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa** (lei n. 12.850/2013). São Paulo: Saraiva, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; ADEODATO, João Maurício Leitão. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada**: aspectos teóricos e práticos São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. Prefácio de José Eduardo Faria. São Paulo, Max Limonad, 1997.

CAMPOS, A. S. "Biopolítica. *In*: MARQUES, António; CAMPOS, André Santos (coord.). **Dicionário de filosofia moral e política**: 2.^a série. Lisboa: Instituto de Filosofia da Nova, 2018.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Olímpio, 1941.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANDIOTTO, Cesar Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 24. p. 18-24, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/gwdGTsHtp4hxNGyLhQybKcs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 20, p. 04-09, 1965.

CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. La criminalidad organizada: una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación. **Ius et Praxis**, Talca, v. 16, n. 2, p. 273-330, 2010. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200010&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2021.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, S. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CASARA, R.; MELCHIOR, A. P. **Teoria do processo penal brasileiro**. dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-book.

CHACON, Vamireh. **Estado e povo no Brasil**. Rio de Janeiro: J. Olímpio; Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1977.

CHAMPION, D. Private counsels and public defenders: a look at weak cases, prior records, and leniency in plea bargaining. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], n. 17, p. 253–263, 1989.

CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**: uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CIOCCARI, Deysi. Operação lava jato: escândalo, agendamento e enquadramento. **Revista ALTERJOR**, São Paulo, ano 06, v. 02, ed. 12, jun./dez. 2015.

COAN, Emerson Ike. Mídia odiosa, alienação política e estrutura autoritária da sociedade brasileira. *In*: COELHO, Cláudio Novaes Pinto; PERSICHETTI, Simonetta. **Política, mídia e espetáculo**. 1. ed. São Paulo: Cásper Líbero, 2018. E-book.

COELHO, Cláudio Novaes Pinto. Guy Debord e a crítica da sociedade do espetáculo. *In*: CIOCCARI Deysi; SILVA, Gilberto da; ROVIDA, Mara (org.). **A sociedade do espetáculo**: Debord, 50 anos depois. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

COELHO, Victor de Oliveira Pinto. O estado de exceção, antagonismo político e “combates” à corrupção. **Passagens**: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Niterói, v. 13, n. 3, p. 469-490, 1 out. 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. A crise da democracia e a crise do direito, de mãos dadas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-24/diario-classe-crise-democracia-crise-direito> Acesso em: 8 abr. 2021.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2021. não paginado. E-book.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana**. São Paulo, Saraiva, 2014.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: CAMARGO, Acir Bueno de *et al.* **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa - Imprensa**: Brasília, DF: Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, 1964. p. 103-115.

CRUZ-NETO, Otávio; MINAYO, Maria Cecília de S. Extermínio: violentação e banalização da vida. **Cad. Saúde Públ.**, Rio de Janeiro, n. 10, p. 199-212, 1994. supl. 1.

CURITIBA. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná (13. Vara Federal de Curitiba). **Pedido de prisão preventiva n. 5043559-60.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Polícia Federal/PR. Acusado: Antonio Palocci Filho. 12 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/prisao-temporaria-palocci.pdf> Acesso em: 20 dez. 2021.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das Provas no Processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DANNECKER, Gerhard. **Das Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft**. Bayreuth: Universität Bayreuth: JZ, 1996.

DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. [S. l.]: Livros da Revolta, 1967.

DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, G. **Conversações**. Rio de Janeiro: 34, 1992; DELEUZE, G. **Crítica e clínica**. São Paulo: 34, 1997.

DELEUZE, G. **Diferença e repetição**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

DELEUZE, G. **El poder**: curso sobre Foucault. (1986). Buenos Aires: Cactus, 2014.

DELEUZE, G. **Empirismo e subjetividade**: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume. São Paulo: 34, 2001.

DELEUZE, G. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. **O anti-édipo**: capitalismo e esquizofrenia. Lisboa: Assírio & Alvim, 1966.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DEVERS, Lindsey. **Plea and charge bargaining**: research summary. Washington, D.C.: Bureau of Justice Assistance; U.S. Department of Justice, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, p. 11-30, mar./abr. 2008.

DÍAZ, Elias. Estado de derecho y derechos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Governador Valadares, v. 11, n. 1, p. 09-25, jan./jun. 2006. Disponível em: doi:<https://doi.org/10.14210/nej.v11n1.p09-26>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DINIZ, Carlos Augusto de Oliveira; LINO, Estefênia Naiara da Silva; FIDELES, Sirlene Moreira. Ditadura militar: estado de exceção para o Pantanal. **Revista Videre**, Dourado, v. 13, n. 27, p. 426-449, ago. 2021. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12522>. Acesso em: 03 out. 2021.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

DUNLEY, Glaucia Peixoto. Sobre Força de lei. **Trivium**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-15, dez. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-48912011000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 01 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESSADO, Tiago C. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 21, v. 101, 2013.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

FARHI NETO, L. Disciplina ou espetáculo? uma resposta pela biopolítica. **Revista Aulas**. Dossiê Foucault, Campinas, n. 3, dez. 2006/mar. 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. "Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal". In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de (org.). **Sigilo no processo penal, eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madri: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Douglas, PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FOUCA FOUCAULT, Michael. A governamentalidade. *In*: FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2014. p. 277-293.

FOUCAULT, M. **Segurança, território e população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, dez. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-07692016000300003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADELHA, Sylvio. **Biopolítica, governamentalidade e educação**: introdução e conexões a partir de Michel Foucault. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Dias. **O santo inquérito**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

GOMES, Luiz Flavio. Mídia, segurança pública e justiça criminal. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano 12, n. 268, 15 mar. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRESPLAN, Jorge. **Revolução Francesa e iluminismo**. São Paulo: Contexto, 2003.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. *In*: GREVI, Vittorio (org.). **Processo penale e criminalità organizzata**. Bari: Laterza, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Anteprojetos de lei de reforma do código de processo penal**: entregues ao Ministro da Justiça em 6 de dez. 2000. [S. l., 2000]. Disponível em: www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/2610/LEGISLA%C3%87%C3%83O/L01.htm
Acesso em: 10 jun. 2021.

HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. *In*: ALLIEZ, Éric. **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Ed. 34, 2000.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. O papel do juiz nos acordos de colaboração premiada. *In*: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte I. Petrópolis: Vozes, 1989.

HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça**: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640. Tradução, apresentação e notas Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. E-book.

HOBSBAWM, Eric. J. **A era das revoluções, 1789-1848**. Tradução Maria Paz e Terra, 2015. E-book.

HUR, Domenico Uhng. Deleuze e a constituição do diagrama de controle. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 173-179, ago. 2018.

IRONY, Isabella G.; NAVES, José Paulo. O direito ao silêncio em face do instituto da delação premiada. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo (org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

ITALIA. **Codice di procedura penale** (Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447). [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 10 nov. 2021.

ITALIA. **Codice penale** (Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398). [S. l.], 2014. Disponível em:

<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>. Acesso em: 10 nov. 2021.

JARDIM, A. S.; AMORIM, P. S. M. C. de. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KAFKA, F. **O processo**. Alfragide: Leya, AS, 2009.

KELLOUGH, G., WORTLEY, S. Remand for plea: Bail decisions and plea bargaining as commensurate decisions. **British Journal of Criminology**, [S. l.], n. 42, p. 186–210, 2002.

KELSEN, Hans. Essenza e valore dela democrazia. *In*: KELSEN, Hans. **La democrazia**. Bologna: il Mulino, 1984. p. 37-144.

KELTNER, D.; BUSWELL, B. Embarrassment: its distinctform and appeasement functions. **Psychological Bulletin**, [S. l.], v. 122, n. 3, p. 250–270. 1997.

KENNEDY, DAVID. La internacionalización. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, [S. l.], n. 32, p. 49-72, 1995.

LANGBEIN, John H. Tortura e plea bargaining. *In*: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGBEIN, John H. **Torture and the law of proof**: Europe and England in the Ancien Régime. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LAURO, R. Deleuze: **Sociedade de controle**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2017/06/11/deleuze-sociedade-de-controle/>. Acesso em: 04 jul. 2021.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução Bernardo Leitão *et al.* Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1990.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEWIS, Norman. **In Sicily**. New York: Thomas Dunne Books, 2000.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOVELUCK, Benjamin. **Redes, liberdades e controle**: uma genealogia política da internet. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**: Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.

MACHADO, Arlindo. **Máquina e imaginário**: o desafio das poéticas tecnológicas. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MANES, Vittorio. TOVO Antonio. O papel poliédrico do juiz penal - entre as pressões da hermenêutica e os limites do sistema. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 457-496, maio/jun. 2015.

MANTEGA propõe acordo ao MPF para evitar prisão, diz site. **GZH**, Porto Alegre. 01 set. 2017 Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/09/mantega-propoe-acordo-ao-mpf-para-evitar-prisao-diz-site-9885953.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MARIGHETTO, Andrea. O processo, do escritor tcheco Franz Kafka, e a delação premiada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-05/andrea-marighetto-processo-kafka-delacao-premiada> Acesso em: 10 dez. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1. ed. atual. São Paulo: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber, MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. Rio de Janeiro: n-1 edições, 2018. E-book.

MBEMBE, Achille. **On the postcolony**. Berkeley: University of California Press, 2001.

MELO, Caio Vanuti Marinhode; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Colaboração premiada unilateral como direito subjetivo. **Revista digital constituição e garantia de direitos**, Natal, v. 13, n.2, ago./dez. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negociada”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017.

MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. *In*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. (lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, Rio de Janeiro, v. 4. 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Aspectos controvertidos da negociação da colaboração premiada na experiência brasileira**. Artigo apresentado no Workshop e Conferência Internacional sobre colaboração premiada, realizada nos dias 15 e 16 de abril de 2019. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, 2019.

MESSITE, Peter. Delação premiada: uma comparação entre Estados Unidos e Brasil. Brasília, DF: Fundação Fernando Henrique Cardoso, 4 dez. 2017. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/iniciativas/debates/delacao-premiada-uma-comparacao-entre-estados-unidos-e-brasil>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MEYER, J.; GRAY, T. Drunk drivers in the courts: Legal and extra-legal factors affecting pleas and sentences. **Journal of Criminal Justice**, [S. l.], n. 25, p. 155–163, 1997.

MIGUEL, Luis Felipe. Punitivismo, antipolítica e avanço da direita: o caso da Lava Jato. **Justificando**: mentes inquietas pensam direito, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/12/punitivismo-antipolitica-avanco-da-direita-o-caso-da-lava-jato/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MILLER, Herver S.; McDONALD, William F.; CRAMER, James F. **Plea bargaining in the United States**. National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice. Washington: Georgetown University, 1978.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do Welfare State e a hipertrofia do Estado Penal. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 161-186, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055>. 2013 v34n66p161/25064. Acesso em: 10 abr. 2021.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva, Jeanne Sawaya. 1. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2013. E-book.

MORO diz que fim da prisão em segunda instância 'libertou corruptos'. **Isto É**, São Paulo, 08 nov. 2021 Disponível em: <https://istoe.com.br/moro-diz-que-fim-da-prisao-em-segunda-instancia-libertou-corruptos/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. **Revista do CEJ**, Brasília, n. 26, p. 61, jul./set. 2004.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014.

MOZART, Wolfgang Amadeus. **Die Zauberflöte**. Manuscrito. [S. l.], 1791. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/7380/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Prisão preventiva para colaboração premiada: uma eficiência inconstitucional! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/tribuna-defensoria-prisao-preventiva-colaboracao-premiada-eficiencia-inconstitucional> Acesso em: 10 de out. 2021.

MUSSOLINI, Benito. **Fascismo**. Tradução Regina Lyra. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

NATÉRCIA, Flávia. **Resenha de Naissance de la biopolitique**. [S. l.], 2005. Disponível em: <https://comciencia.br/dossies-1-72/resenhas/2005/07/resenha2.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

NEGRI, Daniele. Do procedimento criminal: parte da legislação tão importante e tão descurada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 149, p. 141-169, nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. In: JO-WELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (ed.). **Understanding human rights principles**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. [S. l.], 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. [S. l.], 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Washington, D.C., 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: IBEP, 2003.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos. **Direito penal e processual penal contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2019.

PADOVANI, Túlio. La soave inquisizione: osservazioni e rilevi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, 1983.

PAGLIARINI, A.; CLETO, V. Um balanço sobre colaboração premiada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 39, p. 313-335, 26 mar. 2019.

PALOCCI tem pena reduzida e vai para prisão domiciliar após acordo de delação. **El País**, [S. l.], 28 nov. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/28/politica/1543427896_427510.html Acesso em: 10 dez. 2021.

PARROTT, E. G. Embarrassment. In: MANSTEAD, A. S.; HEWSTONE, M. (ed.). **The Blackwell encyclopedia of socialpsychology**. Oxford: Blackwell Publishers. 1996. p.196-198.

PASCAL, Túlio. Foucault e a resistência: da biopolítica à estética da existência. **Filogenese**, Marília, v. 10, 2017. Disponível em: www.marilia.unesp.br/filogênese Acesso em: 10 ago. 2021.

PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. “Mani Pulite” fonte de inspiração da Operação Lava Jato. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 37, 2016.

PELBART, Peter Pál. Biopolítica. **Revista Sala Preta**, São Paulo, n. 7, p. 57-65, 2007.

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**. Ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011.

PELBART, Peter Pál. **Vida e morte em contexto de dominação biopolítica**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/pelbartdominacaobiopolitica.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Colaboração premiada**: legitimidade e procedimento. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, p. 59-88, jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

PISANI, Mario. **Studi di diritto premiale**. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010.

POCHMANN, Márcio. Capitalismo e desenvolvimento. *In*: POCHMANN, Márcio. **Brasil sem industrialização**: a herança renunciada. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016. E-book.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. *In*: INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO PENAL. **Estudos de processo penal**. São Paulo: Scortecci, 2011.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012.

RICHELIEU, Armand Jean du Plessis, Duc de. **Testamento político**; tradução e apêndice de Davi Carneiro. Brasília, DF: Senado Federal: Conselho Editorial, 2012.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia em luta por poder simbólico. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó; LOPES JR., Aury *et al.* (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. E-book.

ROCHA, Leonel Severo. Os senhores da lei. *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada**: limites éticos ao Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSS, Alf. **Direito e ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SALZTRAGER, Ricardo. O sujeito entre a disciplina e o controle: sobre as instituições de confinamento e os fenômenos de massa. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 3, p. 1131-1160, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2021.

SAMPAIO, Evaldo. A virada linguística e os dados imediatos da consciência. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 40, n. 2, p. 47-70, jun. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente** – Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

- SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SANTOS, Teodoro Silva. Garantismo, sistema acusatório e a produção de prova ex officio pelo magistrado. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 02, n. 59, p. 210-233, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- SCHMIDT, Joessane de Freitas. As mulheres na Revolução Francesa. **Revista Thema**, Pelotas, v. 2, n. 9, p. 02-19, 2012.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016.
- SIBILIA, Paula. **O show do Eu: a intimidade como espetáculo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006.
- SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Élzio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana**. Barueri, SP: Novo Século, 2018.
- SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo? **Direito e Justiça**, Lisboa, v. 17, p. 17-31, 2003.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, J.; AVELINO, R.; SILVEIRA, S. A. (org.). **A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Herdra, 2018.
- STRECK, Lenio L. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 ago. 2017. (entrevista originalmente publicada em 10 ago. 2014). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 8 abr. 2021.
- STRECK, Lenio L. O domínio do fato e o etiquetamento dos crimes hediondos: a banalização de teses no direito penal a partir da falta da filosofia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013.

STRECK, Lenio Luiz, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. [S. l.], 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr.2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O domínio do fato e o etiquetamento dos crimes hediondos – a banalização de teses no direito penal a partir da falta da filosofia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, p. jan./abr. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitismo não quer morrer - mas o novo nascerá. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-06/opiniao-velho-inquisitismo-nao-morrer-nascera>. Acesso em: 24 nov. 2021.

STRECK, Lenio. O trabalho dos juristas na perspectiva do estafo democrático de direito: da utilidade de uma crítica garantista. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 5, 1998.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. O passarinho para cantar precisa estar preso. Viva a inquisição. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>. Acesso em: 07 jul. 2021.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio de proibição de proteção deficiente**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf> Acesso em: 29 ago. 2021.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 92, p. 35-56, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100004>. Acesso em: 17 jan. 2021.

STUNTZ, W. Plea bargaining and criminal law's disappearing shadow. **Harvard Law Review**, [S. l.], n. 117, p. 2548–2569, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3.

ULMER, J.; BRADLEY, M. Variation in trial penalties among serious violent offenses. **Criminology**, [S. l.], n. 44, p. 631–670, 2006.

VALDEZ, Frederico Pereira. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, p. 319-358, mar. 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. não paginado. E-book.

VIEIRA Vera Lúcia. As Constituições burguesas e seus limites contra-revolucionários. **Proj. História**, São Paulo, n. 30, p. 99-126, jun. 2005.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. E-book.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Traduzido por Mariana Echalar. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2019. E-book.

WARAT, Luiz Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 24, set. 1992.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016.

WEDY, Miguel Tedesco. As provas ilícitas e derivadas das ilícitas e o art. 157 do CPP. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo Rocha (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019. E-book.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. não paginado. Edição do Kindle.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, p. 279-306, jun. 2019.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. A origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 23, v. 114, jun. 2015.

WUNDERLICH, Alexandre. Colaboração premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.