

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O USO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A CONSECUÇÃO DA DELAÇÃO
PREMIADA: ANÁLISE SOB A TEORIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA**

BIANCA FARIA FERREIRA

RIO DE JANEIRO

2017 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

F383u Ferreira, Bianca Faria
O USO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A CONSECUÇÃO DA
DELAÇÃO PREMIADA: Análise sob a teoria da cadeia de
custódia da prova / Bianca Faria Ferreira. -- Rio de
Janeiro, 2017.
98 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Processo Penal e Midia. 2. Prisão Preventiva.
3. Delação Premiada. 4. Justiça Negocial. 5. Crimes
contra a Administração Pública. I. Machado Gonçalves,
Rodrigo, orient. II. Título.

BIANCA FARIA FERREIRA

**O USO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A CONSECUÇÃO DA DELAÇÃO
PREMIADA: ANÁLISE SOB A TEORIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA**

Monografia de final de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do **Prof. Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Rio de Janeiro
2017 / 1º Semestre

BIANCA FARIA FERREIRA

**O USO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A CONSECUÇÃO DA DELAÇÃO
PREMIADA: ANÁLISE SOB A TEORIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA**

Monografia de final de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do **Prof. Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. – Presidente da Banca Examinadora
Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador.

Prof. – Membro da Banca Examinadora
Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2017 / 1º Semestre

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, que também foi pai, amiga, psicóloga e sempre me incentivou a seguir os meus próprios caminhos. “Sonho que se sonha só / é só um sonho que se sonha só; sonho que se sonha junto é realidade” (Raul Seixas).

As minhas amigas (musas) inspiradoras, Alicinha, Babi Castro e Babi Ferraz, Julinha, Liginha, Mari Gomes, Mari Moretti, Mari Vilela, Nath Pompeu, Nicole Korus, Paola e Taisinha. Obrigada, e que a nossa vontade de mudar o mundo possa germinar e florescer onde faltar amor.

Aos meus amigos Breninho, Flavinho e Caslu, que se tornaram meus irmãos e a minha família nesta grande aventura que é sair do interior e morar no Rio de Janeiro.

Aos meus professores, em especial, o Prof. Rodrigo Machado, agradeço pelo ensino crítico e implacável diante das pequenas injustiças; pela sua dedicação à cátedra, sempre esperançoso de semear a humanidade no estéril ensino do Direito.

A Faculdade Nacional de Direito, para que a advocacia não seja um mero ofício arrogante e valioso, mas, acima de tudo, um instrumento da luta pelo direito de resistência que pertence a todos e a cada um de nós.

Sócrates:

- **Em caso algum devemos, pois, ser injustos. (...) Nem responder a uma injustiça com outra injustiça, como pensa a multidão, uma vez que em caso nenhum devemos praticar a injustiça.**

Críton:

- Assim parece.

Sócrates:

- Mas quê! É permitido ou não, Críton, fazer mal a alguém? **Certamente porque fazer mal a alguém é o mesmo que ser injusto.**

(PULQUÉRIO, Manuel de Oliveira. Apologia de Sócrates Críton. Editora UNB. Edição de 1997.)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar o panorama histórico do uso da prisão preventiva como método coercitivo, através de uma abordagem crítica sobre a instrumentalização da liberdade humana para fins de cooperação dos réus nos inquéritos civis e investigações penais. Serão analisadas as legislações que regulam a prisão preventiva, as organizações criminosas, os crimes de corrupção, bem como, o comportamento da jurisprudência para efetivar a colaboração e os seus prêmios. Neste sentido, elabora-se uma crítica sobre as práticas em que o Estado amplia o alcance da justiça penal negocial em um contexto de clamor social por justiça contra os *crimes de colarinho branco*, e qual o papel de outros casos de grande repercussão internacional para inspirar estes novos acordos, como a Operação Mãos Limpas realizada na Itália durante a década de 90. Além disso, será feita uma análise das principais decisões judiciais e iniciativas legislativas que visam aumentar a possibilidade de aproveitamento das provas ocultas, obtidas pela invasão da esfera íntima do indivíduo, em especial aquelas derivadas dos métodos ocultos e ilícitos de investigação.

Palavras-chave: prisão preventiva; delação premiada; processo penal do espetáculo; judicialização da política.

ABSTRACT

The present work aims to draw the historical panorama of the use of preventive detention as a coercive method, through a critical approach on the instrumentalization of human freedom for cooperation purposes in criminal investigations. The research will analyze legislation governing pre-trial detention, the criminal organizations, the corruption crimes, as well as, the behavior of jurisprudence to effect the institution of the award. Bringing a critique of the practices in which the State extends the reach of the criminal justice negotiated in the context of social clamor for justice against the crimes of white collar, and to recognize which was the role of other cases of international repercussion to inspire a criminal policy of agreements, such as the Operation Clean Hands realized in Italy in the 1990s. In addition, this work proposes some considerations about the legislative initiatives in progress to accept the use of occult proofs, as well as those obtained by illicit means.

Keywords: pre trial prison; plea bargain; criminal procedure as public spectacle; judicialization of politics.

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO.....	1
II O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA: CORRUPÇÃO E CRISE DO SISTEMA POLÍTICO	5
II.1 Processo Penal e Mídia.....	9
II.2 Estado de exceção	13
II.3 Cautelares processuais	15
III JUSTIÇA PENAL PACTUADA E A COLABORAÇÃO PREMIADA	17
III.1 Breve histórico da colaboração no ordenamento jurídico do Brasil	17
III.1.1 O uso do instituto da delação premiada a partir da Lei n. 12.850/2013	18
III.2 A Itália e a Operação Mãos Limpas: o caso de uma democracia vendida.....	21
III.2.1 Contexto Histórico	21
III.2.2 Os efeitos da Operação Mãos Limpas sobre o sistema político	23
III.2.3 A influência da mídia na legitimação da investigação diante da opinião pública	24
III.2.4 Conjuntura política no Brasil e na Itália	24
III.2.5 Aspectos jurídicos relevantes.....	27
III.2.6 A prisão provisória em números do <i>European Prison Observatory</i> e do Conselho Nacional de Justiça	29
III.2.7 O novo entendimento do STF sobre a execução provisória da sentença penal condenatória não transitada em julgado	31
III.3 O instituto da <i>Plea bargain</i> e o direito estadunidense	34
III.3.1 O sistema jurídico da <i>Common Law</i> e a política criminal nos EUA	34
III.3.2 <i>Plea bargain</i> e a eficiência da justiça penal.....	36
III.3.3 A incompatibilidade da <i>plea bargain</i> com a isonomia e o <i>due process of law</i>	38
III.3.4 Estrutura funcional da acusação nos EUA.....	40
IV AS PRISÕES PROVISÓRIAS E O PROCESSO CAUTELAR	41
IV.1 Natureza jurídica e panorama legal	41
IV.2 Prender um acusado para forçar uma colaboração pode ser considerado um método de tortura?	42
IV.3 A leitura da prisão processual sob a ótica constitucional	45
IV.4 Os excessos da “garantia à ordem pública” e a Campanha Liberdade para Rafael Braga	47
IV.5 A indeterminação das hipóteses de prisão preventiva e a prisão sem prazo	49

IV.6 Jurisprudência atual	52
IV.7 Consequências indiretas.....	54
V O ALCANCE DOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA.....	56
V.1 A cadeia de custódia das provas processuais penais.....	58
V.2 As condições e os benefícios do acordo de colaboração.....	60
V.3 O direito ao sigilo e a proteção da intimidade do colaborador	68
V.4 Os sujeitos do acordo de colaboração	70
V.5 Os problemas práticos da negociação das regras processuais por cláusulas atípicas	71
V.5.1 A cláusula de renúncia ao duplo grau de jurisdição.....	73
V.5.2 A cláusula de performance: a remuneração pela taxa de sucesso da colaboração	75
VI CONCLUSÃO.....	77
VII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

I INTRODUÇÃO

A delação premiada é um instituto que relativiza as matrizes processuais, em prol da negociação entre a acusação e o acusado colaborador, substituindo os atos e formas processuais e a necessidade da dilação probatória por um acordo supostamente voluntário e condicionado a uma série de requisitos legais. Neste cenário, a Jurisprudência e o Ministério Público estão abrindo precedentes para consolidar a utilização da prisão preventiva, embora cautelar e necessariamente provisória, como método de coação psicológica de duração indeterminada para que acusados “aceitem” fornecer a justiça informações úteis à instrução criminal.

Como os crimes mais sofisticados (*White collar crimes*) envolvem complexas organizações criminosas no âmbito corporativo, político e institucional e geralmente tem natureza formal, para encontrar os seus indícios materiais depende-se da ação integrada entre a justiça, o ministério público e a polícia federal, bem como da cooperação internacional entre países para rastrear as operações financeiras e acessar os dados do sistema financeiro (“*Follow the Money*¹”).

Contudo, uma interpretação do instituto da delação premiada que priorize a valorização dos princípios garantidores do processo penal contidos na Constituição Federal e nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos pode desvelar aos olhares mais atentos uma tensão entre os limites que separam os atos de persecução penal lícitos e os ilícitos; o direito de publicidade e informação do público e a garantia da presunção de inocência ao acusado; assim como a necessidade de eficiência das investigações e a limitação dos excessos e arbítrios do Poder Judiciário.

Este é o paradigma inicial da discussão, vista de forma ética, em busca de acordos que possam ser realizados licitamente e aproveitados enquanto provas válidas, necessariamente mantidas em custódia e disponibilizadas integralmente aos indivíduos indiretamente afetados

¹ Siga o dinheiro e você descobrirá a quem pertence. Frase utilizada pelo informante de Bob Woodward e Carl Bernstein (jornalistas do *Washington Post*) durante o caso Watergate, no início da década de 1970. Esta reportagem investigava levou à renúncia de Richard Nixon, Presidente dos EUA na época. DAVIS, Matthew. **The scandal that toppled a president**. BBC News, Washington, 31 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4597669.stm>>. Acesso em: 06.06.2017.

pelas narrativas e denúncias ali contidas. O respeito às formas processuais e as etapas do contraditório é uma condição imprescindível para que uma decisão judicial seja legítima a condenar – se ainda estamos em um sistema penal onde a reconhecimento da verdade é aproximativa, e não direcionada – a partir de um estado de incerteza, sem contaminação prévia daquele que analisa a causa com os fatos.

A ampliação dos métodos compositivos da Justiça Penal é uma tendência gradual no Brasil, e se corresponde diretamente com a experiência de outros sistemas jurídicos que também adotaram uma visão contratualista como os EUA, ou defendida como inovadora para facilitar a aquisição de informações muito caras diante do poder econômico e da autoridade das pessoas investigadas como no caso da Operação Mãos Limpas.

No entanto, desde já deixamos como ressalva que esta política criminal dos “fins justificam os meios”, não está isenta de interesses, e, embora seja amplamente apoiada pelas grandes agências de mídia no intuito de “informar” o grande público, a espetacularização da coleta de depoimentos (em alguns casos antes mesmo que estes fatos venham a ser verificados no ato de homologação pelo juiz), da realização de conduções coercitivas de figuras públicas, além da divulgação das informações sigilosas dos processos e acusados obtidas por métodos ocultos de investigação (em especial as interceptações telefônicas) seletivamente direcionam a opinião da massa, influenciando na agenda política e no sentimento de insatisfação da sociedade. “O *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como o rito sagrado de solução dos conflitos. Pouco importa o fundamento legitimante.” (BATISTA, 2003, p. 3).

A punibilidade tem sido utilizada como uma excelente ferramenta para que gradualmente o Ministério Público e a Magistratura tomem posições de destaque e sejam publicamente reconhecidos, inclusive com ampla aclamação nos principais meios de comunicação. Embora seja louvável que os juízes façam o seu trabalho, questionamos a sua realização a qualquer preço – e, principalmente quando a custa dos direitos fundamentais – e se este destaque obtido durante as investigações de grandes escândalos de corrupção, como a Operação Mãos Limpas, não indica também uma crescente judicialização da política nas demandas sociais que deveriam ser resolvidos no âmbito da competência dos órgãos majoritários.

Esta pesquisa intenta desenvolver o porquê os direitos subjetivos como a liberdade e o devido processo legal não estão disponíveis a ser relativizados por uma ética de resultados, mesmo nos momentos de tensão política, quando os juízes e agentes políticos atropelam o ordenamento jurídico em nome do interesse da maioria, em especial nas questões afetas ao Direito Penal, que interfere em diversos graus sobre o direito de liberdade e da dignidade da pessoa humana. “O inverso é a autocracia, e é ela que vem sendo construída sob o argumento pernicioso de que os direitos da sociedade precedem os individuais” (MACHADO, 2015, p. 97). A criminalização não é o único ou mais eficaz modo de obter-se uma sociedade mais justa e íntegra; o encarceramento, por sua vez, não é meio hábil para fins de erradicar a criminalidade, porque esta continuará a vigorar enquanto a cultura institucional incentivar a flexibilização das normas de probidade administrativa e encobrir o desvio dos recursos públicos caros a toda a coletividade.

De um modo geral, esta pesquisa utiliza o referencial teórico do garantismo penal de Luigi Ferrajoli (desenvolvida especialmente no capítulo 4), onde a realização do binômio verificável (as condições rigorosas de apreciação do ato punível da teoria do delito) e verificação (momento de verificação das condições do fato no âmbito da teoria do juízo, e do processo epistemológico de admissibilidade da informação na teoria da prova) é uma condição imprescindível para confirmar uma acusação.

Segundo este modelo, os atos arbitrários e fundados em decisionismos são inconstitucionais e passíveis de nulidade contra seus efeitos perniciosos, para que não se recorra a deformações moralistas típicas do Estado policial com disfarces de ficção legal. Reconhecemos que este não é o único caminho para solucionar os conflitos atuais, embora o mais adequado racionalmente para alcançar a “*institucionalização destes conflitos graves que procura o sistema republicano e democrático de convivência como um modo de construir a paz comunitária e favorecer as relações pessoais* (grifo no original)” (BINDER, 2003, p. 109).

A exposição do conteúdo foi realizada através do método dialético, com a utilização de notícias jornalísticas, dados estatísticos de instituições oficiais e decisões judiciais selecionados para enriquecer a compreensão sobre a conjuntura política (que permeia o contexto da utilização da prisão preventiva para a consecução da delação premiada) e a

indicação de fatos históricos que remontam a utilização desses institutos (como a Ditadura Militar de 1964 e a Operação Mãos Limpas, na Itália), além de uma breve análise de sua consolidação nos dois países adotados atualmente como parâmetros (Itália e Estados Unidos) pelos intérpretes brasileiros diante do “êxito” das suas experiências com a justiça negocial, bem como, algumas particularidades respectivas de cada sistema jurídico.

No âmbito da criminologia, adotamos uma perspectiva crítica e não apelativa ao transplante das soluções jurídicas adotadas por países hegemônicos para as realidades latino-americanas, como Alessandro Baratta, Lola Aniyar de Castro, Maria Lúcia Karam, Nilo Batista e Raúl Zaffaroni. Além disso, como o objeto de pesquisa envolve crimes praticados por pessoas poderosas, algumas das observações realizadas em 1939 pelo sociólogo Edwin H. Sutherland serão utilizadas para designar o perfil típico do criminoso de colarinho branco e o papel das empresas envolvidas para a configuração do quadro atual de crise social com o qual estamos lidando.

Por fim, mais propriamente no campo do direito dogmático, o amadurecimento do tema se deve principalmente as obras jurídicas dos seguintes autores:

i) No âmbito da teoria da pena e do juízo, o trabalho de Ana Paula de Barcellos sobre a importância da preservação dos direitos fundamentais e da racionalidade das decisões judiciais que envolvem a técnica da ponderação, assim como os estudos de Robert Alexy e suas importantes contribuições para a construção de uma tipologia e interpretação semântica dos direitos fundamentais adequada às suas finalidades históricas;

ii) No que tange a teoria geral do processo, iremos nos reportar: a) às observações empíricas do Juiz Rubens Casara, em reconhecimento ao seu esforço dos últimos anos para denunciar a permanência dos mitos autoritários no processo penal, incompatíveis com a programação democrática da CRFB/88; b) ao trabalho minucioso do Prof. Aury Lopes Junior que com muito rigor nos apresenta uma visão constitucional do processo penal, c) além de uma grande tese de monografia de Alberto Binder, que expõe a necessidade de uma teoria das nulidades processuais apta a *garantir* uma intervenção positiva a favor dos direitos de defesa, e também de um deslocamento do respeito às formas processuais ao valor dos direitos que elas revestem, em detrimento de um ritualismo superficial;

iii) E, por último – apenas por uma questão da organização do método, porque suas ideias permeiam toda a construção deste trabalho – a teoria da conservação do encadeamento das provas em custódia, de autoria do brilhante Professor Geraldo Prado, que nos ensina sobre os métodos ocultos de investigação e seu efeito sobre a cognição, admissibilidade e utilização das provas penais de natureza ilícita.

II O DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA: CORRUPÇÃO E CRISE DO SISTEMA POLÍTICO

No final do século 18, os mineiros estavam descontentes com a Coroa Portuguesa. Em 1785, a rainha d. Maria I proibiu que fossem produzidos na colônia manufaturas de ouro, prata, seda, algodão, linho e lã. Quatro anos depois, a metrópole resolveu compensar a queda na arrecadação — resultado do declínio econômico de Minas Gerais — instituindo uma forma mais eficiente de recolher o Quinto, imposto que garantia aos portugueses 20% de todo minério extraído até o teto de cem arrobas anuais (1,5 tonelada). Conhecida como “derrama”, a prática consistia em confiscar bens e objetos de ouro para garantir que a meta tributária não seria descumprida.

Essas medidas inflamaram a elite da época. Inspirados pela independência dos Estados Unidos da América e pelo movimento intelectual que culminaria na Revolução Francesa (...). A principal ideia deles era se livrar do domínio lusitano e tornar Minas Gerais um país independente, que seria organizado sob a forma de república.

Quando soube do movimento, Silvério dos Reis vislumbrou uma oportunidade de obter os benefícios do parágrafo 11 do Título VI das Ordenações Filipinas (lei vigente na metrópole e em todas as colônias na época) e se livrar das pesadas dívidas que possuía junto à Coroa Portuguesa. (...) Conforme contou Silvério dos Reis, os inconfidentes o convidaram para participar do levante por saberem que ele devia dinheiro para a Coroa Portuguesa. (...) O vigário da Vila de São José, Carlos Correia, disse ao delator que, para a conjuração, “trabalhava fortemente o alferes pago Joaquim José”, o qual já tinha vários seguidores nessa cidade e planejava angariar mais sujeitos no Rio de Janeiro, “pois o seu intento era também cortar a cabeça do Senhor Vice-Rei”. (...)

Após ler a denúncia, o vice-rei determinou a abertura da devassa – uma mistura de inquérito criminal e processo judicial – para apuração dos fatos e julgamento dos culpados. (...) No entanto, só Tiradentes foi condenado à morte. Uns dizem que foi por ele ser o único réu confesso. Outros, por ser o mais pobre dos acusados. Em 21 de abril de 1792, Tiradentes foi enforcado em praça pública no Rio de Janeiro. Depois de morto, seu corpo foi esquartejado.²

A delação premiada de Tiradentes é um lembrete ao fato de que a história se repete. Atualmente o Brasil vivencia tempos de instabilidade institucional, crise econômica e perda de credibilidade dos representantes diretos dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo como efeito secundário a expansão e o fortalecimento dos discursos repressivos incutidos no senso

² RODAS, Sérgio. **Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos**. Consultor Jurídico, 02 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>>. Acesso em: 16.04.2017.

comum da sociedade. Embora desta vez, a atuação das agências punitivas atinja estratos sociais de alto escalão, tradicionalmente privilegiados e impunes, sendo seguida por forte reação social. Esta experiência da renúncia de todos em contraste com o privilégio de poucos deflagra o sentimento coletivo a que Freud denominou de “mal-estar na civilização”³.

Neste panorama, quando os meios de comunicação levaram ao conhecimento do público as infrações criminais cometidas por agentes políticos e empresários, foi gerado um grande clamor exigindo a atuação do Poder Judiciário na “luta de combate à corrupção”. Primeiramente com o julgamento da Ação Penal 470 (popularmente conhecida como “Mensalão”) a partir de 2007, e posteriormente com a deflagração da Operação Lava-Jato da Polícia Federal em 2012. Na primeira ocasião, a estimativa é que o esquema de corrupção foi responsável pelo desvio de aproximadamente 140 milhões de reais, resultando na condenação de 24 políticos.

Na Lava Jato, a Polícia Federal estima em até 42 bilhões de reais o prejuízo causado à Petrobras. Quanto à responsabilização criminal dos agentes envolvidos, apenas no Supremo Tribunal Federal tramitam 50 investigações envolvendo políticos com e sem foro privilegiado (além dos processos em primeira instância comum). Estes fatos levaram alguns ministros do Supremo Tribunal Federal como Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux a afirmarem que hoje o Mensalão seria de competência do Juizado Especial, “de pequenas causas”, em comparação com a Lava Jato.

Como exemplo do efeito deletério destas investigações na agenda política nacional, assim como na situação da Itália, quando os “partidos que haviam dominado a vida política italiana e no pós-guerra, como o Socialista (PSI) e o da Democracia Cristã, foram levados ao colapso, obtendo, na eleição de 1994, somente 2,2% e 11,1% dos votos, respectivamente” (MORO, 2004⁴) também no Brasil houve grande impacto nas eleições de 2015, considerando que em 2014 foi iniciada a fase ostensiva da Operação Lava Jato.

³ FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Penguin e Companhia das Letras, Nov/2011.

⁴ MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, jul./set. de 2004, p. 57. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/625>>. Acesso em: 07.06.2017.

Estima-se que o Partido dos Trabalhadores (PT), principal alvo político das investigações de ambos os esquemas, sofreu uma retração de 60,9% no número de votos em comparação com as eleições de 2012, equivalentes a uma queda de 17.448.801 votos para 6.822.964 votos totais no primeiro turno⁵. Esta foi a maior recessão sofrida pelo PT durante os treze anos à frente do Poder Executivo Federal.

Coincidência ou não, como o crime de corrupção envolve não apenas quem solicita ou recebe vantagem indevida, mas também o corruptor, aquele que oferece ou promete vantagem indevida para funcionário público (CP, Art. 333), a fase ostensiva da Operação Lava Jato indiretamente causou danos colaterais na economia nacional, em especial a partir da expedição de medidas cautelares para congelar os bens e prender preventivamente os dirigentes executivos das maiores empresas do país. Diversas obras (inclusive do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC) e licitações públicas sofreram paralisação, houve descontrole inflacionário dos juros e a desvalorização da moeda frente ao cenário internacional, demissões em massa e a disseminação da crise com a evaporação das pequenas e médias empresas, fornecedoras intermediárias de matéria-prima ou serviços especializados. Embora este não seja o único fator que criou o cenário de crise, a repercussão internacional do nível de insegurança jurídica a que chegamos decerto teve o seu papel na perda de confiança das empresas brasileiras e do mercado nacional em face de outros países e investidores estrangeiros.

O fato de que grandes executivos, dirigentes e políticos estão sofrendo punições é uma questão à parte aos interesses desde trabalho, embora se tenha notado que algumas das conclusões feitas por Edwin H. Sutherland sobre a aprendizagem das condutas criminosas em homens de negócios (geralmente considerados “cidadãos de bem”) podem ajudar a compreender a mudança necessária do paradigma das bases da criminologia comum, geralmente voltada para os crimes praticados na periferia do capitalismo industrial, em estado de necessidade decorrente da desigualdade social latente e com amplo emprego de violência e armas de fogo (como na cidade do Rio de Janeiro).

⁵ ELEIÇÕES 2016: PT perdeu seis de cada dez votos com relação a 2012. **Congresso em foco**, 04 de Outubro de 2016. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/eleicoes-2016-pt-perdeu-seis-de-cada-dez-votos-em-relacao-a-2012/>>. Acesso em: 10.05.2017.

Dentre as características apontadas por Sutherland sobre os *White collar crimes*⁶, vale citar: i) O comportamento do executivo ideal exemplifica a cultura social do meio de negócios (a conduta criminosa se aprende – como qualquer atividade – por interação com outras pessoas); ii) Grande parte das empresas são reincidentes, pois os procedimentos judiciais não são eficazes “para reabilitar os mesmos ou dissuadir os demais de suas práticas”; iii) “O comportamento ilegal é muito mais extenso do que os processos e queixas indicam”; iv) “O empresário que viola as leis que se destinam a regular os negócios não costuma perder seu status entre os parceiros comerciais”; v) **“Os homens de negócios acreditam que quanto menor for o governo, melhor este será, até o momento que necessitem de favores especiais do governo (grifo nosso)”**; vi) “Crimes de colarinho branco não são apenas deliberados, mas também organizados”; vii) “O homem de negócios (...) se enxerga como um cidadão respeitável” e costumam ser tratados assim pelo público em geral; e por último, mas não menos importante viii) **Com a finalidade de “proteger suas reputações, as organizações empresariais têm trabalhado por uma modificação das leis que se aplicam a eles (grifo nosso)”**.

Desde a Odebrecht, ao Grupo OAS, a Camargo Corrêa, a Andrade Gutierrez, a Engevix e a UTC, diversos são os nomes das grandes empresas envolvidas em esquemas de corrupção pela prática de crimes como a formação de cartel, fraudes em licitações e lavagem de dinheiro (entre outros), em especial, em contratos firmados com a Petrobrás, onde o pagamento de propina era a “regra do jogo⁷”, além de ocorrerem nos contratos e concessões públicas de outros serviços de interesse nacional como a construção civil, o saneamento básico, a administração de estradas e de aeroportos.

Igualmente, no *Foreign Bribery Relatory* divulgado pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), feito com base em informações contidas nas ações repressivas contra 263 indivíduos e 164 entidades para o crime de suborno estrangeiro concluídas entre a entrada em vigor da Convenção Anticorrupção da OECD em 1999 até 2014, foi indicado que 57% dos casos envolviam o pagamento de propina para obter contratos públicos, em especial nos setores de base, onde cerca de dois terços dos casos de suborno ocorreram em atividades como a extrativista (19%), a

⁶ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: Versão sem cortes**; tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, pps. 14, 334-336, 338-342.

⁷ STOCHERO, Tahiane. **Pagamento de propina era a “regra do jogo” na Lava Jato, diz Sérgio Moro**. G1, São Paulo, 31 de Agosto de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/pagamento-de-propina-era-regra-do-jogo-na-lava-jato-diz-sergio-moro.html>>. Acesso em: 08.05.2017.

construção civil (15%), de transporte e armazenamento (15%) e nos meios de comunicação (10%)⁸. **No total, estima-se que o montante de dinheiro destinado à propina internacionalmente à época do relatório era equivalente a 10,9% do valor total dos contratos e a 34,5% dos lucros (grifo nosso).**

II.1 Processo Penal e Mídia

A televisão/2

A televisão mostra o que acontece? **Em nossos países, a televisão mostra o que ela quer que aconteça; e nada acontece se a televisão não mostrar.**

A televisão, essa última luz que te salva da solidão da noite, é a realidade. Porque a vida é um espetáculo: para os que se comportam bem, o sistema promete uma boa poltrona.

Eduardo Galeano⁹

Em um cenário onde as pessoas sentem pouca confiança no sistema político e na sua reputação para conduzir a economia, as demandas sociais disseminadas pelas agências da grande mídia conduzem a um estado coletivo de ânimos que solicita a intervenção ativa do poder judiciário, agindo como o “guardião das Leis”. No plano jurídico, embora os métodos utilizados por alguns agentes públicos expressem a superação dos limites legais, a essencialização do inimigo a ser combatido justifica (e motiva) a condução das garantias processuais penais a um segundo plano. Se “a magistratura exercita um poder pró-ativo, em substituição a um poder político impotente” (MORO, 2004, p. 56), gradualmente ganha espaço a substituição das normas materialmente democráticas por práticas autoritárias a serviço de um Estado de Monitoramento, que instrumentaliza o indivíduo a seu favor, e em nome de uma ética seletiva de resultados se propõe a semear a desconfiança nas relações particulares.

Obviamente, existem razões públicas que podem ser evocadas para justificar a distorção do processo penal aberto às práticas da Justiça Negocial, como “o combate à corrupção e suas causas estruturais” (MORO, 2004, p. 57), o que não exclui a necessidade que

⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION, **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**, 02 de Dezembro de 2014, p. 8. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acesso em: 29.05.2017.

⁹ GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**; tradução de Eric Nepomuceno. – 2ª Edição, Porto Alegre, L&PM, 2009, p. 149.

as sejam respeitadas as garantias processuais, pois estas são “em certa medida, também garantias da verdade” (CASARA, 2015, p. 176).

Em que pese o dilema *efetividade da justiça X direitos individuais e subjetivos*, é válida a ressalva de que numa democracia, os direitos individuais devem preterir o interesse da maioria¹⁰, em especial quando tratamos da liberdade e do devido processo legal, pois um Poder Judiciário inquisitivo, decerto comporta decisões motivadas por certeza moral ou convicção íntima do juiz. Neste trabalho não se propõe uma hierarquização dos princípios protegidos pelo texto constitucional, ou mesmo um esforço em construir enunciados e interpretações semânticas que se perdem nas discussões doutrinárias e tem pouco efeito prático. Ao contrário, intenta-se demonstrar que embora a teoria constitucional clássica conceba os princípios constitucionais como meros mandados de otimização¹¹, isto não dilui o revestimento da proteção, que impõe um dever impreterível de abstenção da sua violação aos magistrados, que devem fielmente cumprir as leis e não atuar conforme suas predileções pessoais. O status constitucional dos direitos fundamentais adquiridos historicamente nasceu e cresceu junto com o Estado Democrático de Direito e é uma condição imprescindível de sua coerência com o avanço civilizatório. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso¹²

Você só precisa de heróis quando as instituições não estão funcionando. Porque se a regra fosse a punição de corruptores e corruptos, quem concretiza isso não se tornaria herói. Estaria fazendo a rotina da vida. O sistema penal é ruim, é manso com os ricos e duro com os pobres. Quem quebra essa lógica vira herói. Não tenho nada contra heróis. Mas acho que isso é uma demonstração de que o sistema não funciona bem.

Neste momento, assistimos à mistificação do “juiz super-herói”: o ícone cultural demonstrativo da falibilidade do sistema político que depende de justiceiros acima do bem e do mal. Estes personagens míticos deformam a percepção dos fenômenos sociais e produzem

¹⁰ Robert Alexy formula uma preferência abstrata dos direitos individuais sobre os coletivos. (ALEXY, Robert. **Derechos, razonamiento jurídico e discurso racional**, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Edição n. 1, México, 1994., p. 44 e ss.)

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, São Paulo, 2ª Edição, 2011, p. 90

¹²DUBEUX, Ana et al. **Abalar instituições é como perder a alma” diz ministro do STF**: O ministro defende que o Judiciário e a academia falem mais para a sociedade. Correio Braziliense, Brasília, 25 de Outubro de 2015. Disponível em:

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/10/25/internas_polbraeco.503781/abalar-instituicoes-e-como-perder-a-alma-diz-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 07.06.2017.

efeitos concretos sobre a sociedade, mas não são capazes de esconder suas raízes autoritárias¹³.

Embora a memória social do povo brasileiro geralmente não seja muito profunda em relação aos feitos do Poder Judiciário (até mesmo pelo seu isolamento em relação às demandas sociais); o imaginário popular está permeado de histórias emblemáticas de paladinos da justiça, como o “Capitão Nascimento do Batalhão de Operações Especiais da Polícia (BOPE)”, personagem do filme *Tropa de Elite*, lançado em 2007, que demonstra perfeitamente o estereótipo do oprimido que se torna opressor, e no final das contas ainda é aclamado por aplausos.

Neste filme, o protagonista agia como um policial perfeito – obediente e violento – capaz de matar sem pensar duas vezes, valendo-se de diversos métodos de tortura para obter confissões de moradores e suspeitos de ter envolvimento com o tráfico de drogas em comunidades carentes na cidade do Rio de Janeiro. Diariamente o mesmo roteiro ainda se repete, embora longe dos holofotes, e com plena anuência dos magistrados e suas cautelares inominadas, como no caso dos mandados de busca e apreensão coletiva nas favelas¹⁴, que pregam a superação da violência por meio da violência e legitimam a chacina estatal dos autos de resistência¹⁵, especialmente em situações onde a justiça regularmente institucionalizada já perdeu o controle sobre os problemas de segurança pública.

“Como acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal” (BATISTA, 2003, p. 5) a influência das agências de mídia para a obtenção da adesão e apoio popular ganha destaque na legitimação dos atos da justiça penal. À medida que cresce o interesse do público sobre as investigações e processos judiciais, os critérios legais ou garantias fundamentais mínimas são gradativamente mitigados, no intuito de satisfazer a demanda social pelo combate à impunidade.

¹³ CASARA, Rubens R. R. Ob. cit., p. 32.

¹⁴ OPERAÇÕES de busca e apreensão coletivas em favelas do RJ foram ilegais. **Consultor Jurídico**, 03 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-ilegal>>. Acesso em: 12.06.2017.

¹⁵ ESPOSITO, Ivan Richard. **CCJ do Senado aprova fim dos autos de resistência**. EBC Agência Brasil, Brasília, 03 de Maio de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/ccj-do-senado-aprova-fim-dos-autos-de-resistencia>>. Acesso em: 14.06.2017.

A divulgação de informações pessoais ou depoimentos sigilosos nas manchetes condenam os ilustrados antes da sentença, motivada pela busca de uma resposta jurisdicional rápida que contenha a sofisticação da criminalidade, ignora-se o fato de que ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal, pois “o princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.”¹⁶

Neste cenário, ganham destaque os “juízes paralelos”: enquanto os juízes naturais se encarregam da análise dos autos para fundamentar as sentenças segundo os critérios da lei; os juízes paralelos – jornalistas e redatores que formam e informam o senso comum – intuem apenas satisfazer a ânsia de informação do grande público pela opinião *publicada*¹⁷. No momento em que a acusação se torna pública não há neutralidade puramente descritiva, mas sim a “ultrapassagem da mera função comunicativa” das matérias jornalísticas, especialmente quando o jornalismo “assume diretamente a função investigatória ou promove uma reconstrução dramatizada do caso – de alcance e repercussão fantásticamente superiores à reconstrução processual” (BATISTA, 2003, p. 5-6).

Como no Brasil ainda engatinhamos na construção da consciência social, o principal meio pelo qual a informação chega aos lares brasileiros ainda é a televisão. O problema é que, este meio não é imparcial e muito menos isento, e embora as principais emissoras nacionais sejam de rede aberta, elas são exploradas por grupos e famílias que concentram muito poder e que sabem como ninguém como usar o marketing para intervir na política. O direcionamento do discurso de ódio, a espetacularização dos atos da justiça penal, a polarização da sociedade nos debates sobre os problemas que gravemente afetam todo o coletivo, como se a nossa humanidade fosse menos importante do que ser de esquerda ou direita, trabalhador ou bandido, como se um político corrupto fosse pior do que um homem togado intocável, que bate seu martelo e muda as regras do jogo democrático, sempre que preciso for favorecer amigos e prejudicar inimigos; até que quando nos dermos conta, os ânimos histéricos

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 79.812/SP**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, DJE 16.02.2001.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, São Paulo, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2014, p. 616.

novamente se voltam para o velho desejo de realizar diretamente a justiça com as próprias mãos.

II.2 Estado de exceção

“O sentimento da insegurança é socialmente construído, e por isso, seletivo.” (CASTRO, 2005, p 210). No Brasil, como pontuado, a atuação das agências de mídia historicamente constrói discursos para informar o senso comum da “verdade”. O papel da mídia é tão relevante para escolher os inimigos públicos, que a democracia como “o sistema em que o povo dispõe de condições de participar de maneira significativa na condução de seus assuntos pessoais e na qual os canais de informação são acessíveis e livres” (CHOMSKY, 2014, p. 22-23) – como “teoricamente” nos ensinam as escolas – converte-se em uma multidão impassível de espectadores (anestesiados pela banalidade incessante das notícias) e daí então, facilmente direcionados a construção do consenso.

Através da administração do medo, garante-se a permanência dos mitos penais – absorvidos pelo imaginário popular e capazes de se adaptar a diferentes realidades – que abusam da violência simbólica¹⁸, para retirar “de cena a discussão de questões como a instrumentalização do aparelho estatal e sua colocação a serviço de interesses privados (pessoais ou de grupos)” (KARAM, 2012, p. 90-91), e por fim indiretamente influir na agenda política nacional, assumindo sua posição sorrateiramente nos conflitos políticos e demandas sociais que exigem providências dos agentes políticos. “Para obter a adesão acrítica como fundamento das ações humanas, o mito não contém a própria história, o modo como foi produzido e as razões pelas quais foi utilizado, de maneira a parecer que tudo sempre ocorreu dessa forma, naturalizando-o”. (CASARA, 2015, p. 153).

Enquanto as taxas de aprovação do governo sofrem quedas drásticas, dificilmente outro cenário poderia ser tão propício para que as coligações dominantes reclamem um *recall*, enquanto mecanismo hábil para redirecionar o plano dirigente aprovado nas urnas. Assim foi, tomando, por exemplo, a Rede Globo e o jornal O Estado de São Paulo¹⁹ que abertamente

¹⁸ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 23.

¹⁹ O Estado de S. Paulo ilustrou as seguintes palavras na manchete da edição do dia 2 de abril de 1964: "Vitorioso o movimento democrático". FRO, Maria. **A mídia monopolizada – O Globo, JB, Estado de S. Paulo, Folha de S. Paulo etc – apoiou o golpe de 1964 que depôs o Presidente João Goulart**, Revista Fórum,

manifestaram apoio ao Golpe Militar em 1964²⁰, e aos Impeachments dos ex-presidentes da República Fernando Collor de Mello²¹ em 1992 e Dilma Rouseff²² em 2016.

Como ressalva, destaco que o interesse deste trabalho é meramente didático (e não partidário) e por tanto se guia nestes fatos históricos para mostrar como os processos de impeachment presidencial no Brasil sempre tiveram um caráter político, e não jurídico. O rigor técnico que rege a pesquisa deve preterir a polarização do discurso, pois “estos equívocos se reflejan también en el debate entre «abolicionistas» y «justificacionistas» del derecho penal, dando lugar a malentendidos teóricos que a menudo son tomados por discrepancias ético-políticas” (FERRAJOLI, 1995, p. 321).

A expectativa é de que no futuro próximo a política criminal e as agências punitivas (incluindo aquelas que contribuem informalmente para a criminalização, como a mídia) continuem restringindo as garantias fundamentais reiteradamente, contando com a participação ativa dos juízes monocráticos e das turmas de desembargadores na segunda instância que se pautam pela margem da discricionariedade e do livre convencimento (imotivado) para cercear o exercício da ampla defesa e do contraditório, ao indeferir o acesso integral dos depoimentos delatores e demais elementos informativos das denúncias; ao utilizar a delação como prova única para condenação em retorno ao sistema medieval da prova tarifada; ao prolongar indeterminadamente prisões processuais atípicas e sem prazo e ao divulgar informações sigilosas pessoais dos acusados nos meios de comunicação em massa por conveniência. “Ineficaz para preservar ou restaurar o bem jurídico manifesto, a lei penal

31 de Março de 2014. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/mariafro/2014/03/31/a-midia-monopolizada-o-globo-jb-estado-de-s-paulo-folha-de-s-paulo-etc-apoiou-o-golpe-de-1964-que-depos-o-presidente-joao-goulart/>. Acesso em: 11.05.2017.

²⁰ O GLOBO, **Apoio editorial ao golpe de 64 foi um erro**. Jornal O Globo, 31 de Agosto de 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apoio-editorial-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-9771604>>. Acesso em: 11.05.2017.

²¹ MOSER, Sandro. **Um presidente feito e desfeito pela imprensa**: Gazeta do Povo inicia série de reportagens sobre os 20 anos do impeachment de Fernando Collor, trazendo matéria sobre o papel dos veículos de comunicação na ascensão e queda dele. Gazeta do Povo, 16 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/impeachment-20-anos/um-presidente-feito-e-desfeito-pela-imprensa-2zd0gilpep3bxuw32brc3fd5a>>. Acesso em: 11.05.2017.

²² Destaque para as manchetes:

- 1) GAMARSKI, Rachel; MONTEIRO, Tânia. **Para tentar barrar impeachment, governo faz articulações até o último minuto**. O Estado de São Paulo, 17 de Abril de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-tentar-barrar-impeachment-governo-faz-articulacoes-ate-o-ultimo-minuto,10000026554>>. Acesso em: 11.05.2017.
- 2) EDITORIAL. **Não faltam provas para o impeachment de Dilma**. Jornal O Globo, 26 de Agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinia/nao-faltam-provas-para-impeachment-de-dilma-19989091>>. Acesso em: 11.05.2017.

simbólica tem por único objetivo salvar a imagem pública da capacidade resolutive do Estado” (ZAFFARONI, 2010, p. 222).

À medida que os magistrados e legisladores distanciam-se do interesse republicano de distribuir o poder e conter os abusos nos atos de legislar, julgar e aplicar as leis de modo correto e guiam-se especialmente por interesses privados, o substrato material da constituição é ponderado e colocado em jogo, lido de maneira subserviente ao Estado de exceção onde qualquer coisa pode acontecer. De acordo com a Professora Maria Lúcia Karam²³

A legislação de exceção ainda contempla meios invasivos de busca de prova, como a quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de comunicações telefônicas, a escuta ambiental, a observação a distância. Assim, faz lembrar as bruxas e hereges, que deviam se submeter às torturas da Inquisição medieval, para revelar a verdade, através da confissão. O toque pós-moderno, mais “civilizado”, apenas substitui a tortura por formas mais “científicas” e fisicamente indolores de intervenção sobre a pessoa, mas sempre mantendo o mesmo objetivo (...) rompendo-se com o mínimo de racionalidade, com a transparência e com o necessário conteúdo ético que hão de orientar qualquer atividade estatal de um Estado Democrático de Direito. (...) Pense-se na premiação da delação. Trair alguém, desmerecer a confiança de um companheiro, são condutas, decerto, reprováveis no plano moral, repudiadas em qualquer formação social que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. Com a premiação da delação, invertem-se as premissas. Agora, é a traição que aparece como positiva, merecendo até um prêmio.

II.3 Cautelares processuais

Se o trajeto percorrido para a obtenção das provas condenatórias é claro, racional e juridicamente fundamentado, ao final, será possível retornar o percurso processual e constatar que as decisões judiciais tiveram embasamento em uma análise consistente, e não um resultado meramente intuitivo e por isso a necessidade em conservar as provas em cadeia de custódia legal. Quando uma decisão judicial defere uma cautelar, com convicção em lugar de provas, de modo a garantir a conveniência e andamento da instrução penal (“os fins justifiquem os meios”), a investigação criminal tende a voltar-se a confirmar a expectativa de condenação, e trazer à tona os mitos autoritários – tais como o livre convencimento do juiz e a busca da verdade real – não superados com o paradigma acusatorial do processo penal a partir da CRFB/88 e que violam a construção da verdade processual *válida*, alcançada lícitamente e com o menor dano possível, em vias necessariamente exauridas pelas partes dialeticamente.

²³ KARAM, Maria Lúcia et al. Ob. Cit., p. 99-101.

A aquisição de elementos informativos obtidos por meio de medidas cautelares – em especial aquelas providas *inaudita altera pars*, quando não é ouvida a parte acusada – pode causar graves lesões aos direitos individuais e de defesa do acusado, como o respeito à sua liberdade pessoal e integridade física (vedação ao uso da tortura) em caso de prisão preventiva ilegítima, o devido processo legal, a garantia do contraditório e dos meios adequados para preparar sua defesa, o conhecimento da acusação que lhe é formulada, e de ser julgado por um tribunal independente e imparcial.

Os institutos processuais da prisão temporária e prisão preventiva estão sendo esgarçados pela imprecisão semântica da “conveniência da instrução penal” e “da garantia da ordem pública”, sendo atualmente o *modus operandi* comum das investigações dos crimes de colarinho branco. A partir do etiquetamento dos acusados como inimigos públicos, as violações normativas são tomadas como crimes de alta traição para com a sociedade, exigindo a resposta estatal não apenas com sanções, mas com medidas cautelares de prevenção geral, retirando-se da dignidade humana o seu status proibitivo à instrumentalização dos indivíduos.

Durante a pesquisa, constatou-se que embora o processo penal possua critérios pré-fixados para o uso de cautelares durante a fase de conhecimento e a obtenção de provas por meios ilícitos seja expressamente vedada (CRFB, Art. 5º, LVI), a tendência é a crescente flexibilização dos seus pressupostos, não apenas pelas decisões judiciais, mas igualmente com força de lei. Com tal característica tramitam atualmente no Congresso Federal diversos projetos de leis destinados ao “combate à corrupção” que repercutirão no funcionamento e organização do direito penal material e processual como um todo.

Como exemplo, o Projeto de Lei n. 4.850/16 de iniciativa do Ministério Público Federal, conhecido como as “Dez medidas de combate à corrupção”, intenciona alterar o regime dos recursos no processo penal, reformar o sistema de prescrição, realizar ajustes nas nulidades penais, autorizar a utilização da prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado²⁴, além de permitir o aproveitamento das provas ilícitas obtidas por meio da

²⁴ Esta previsão cria uma espécie de prisão por dívida incompatível com a reserva taxativa a favor da obrigação alimentícia na CRFB, art. 5º, inc. LXVII. De modo semelhante prevê a **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (1969), San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, art. 7º, item 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 08.06.2017.

boa-fé (embora isto seja uma confusão de matrizes jurídicas, visto que a boa-fé é um instituto de natureza civil aplicável a situações onde os sujeitos podem negociar os seus interesses privados e chegar a um consenso).

A nosso ver, estas propostas precisam ser profundamente discutidas com a sociedade civil e com a doutrina, no sentido de como será possível integrar mudanças tão multidimensionais com “o estado da arte” em que se encontra o sistema processual penal, inclusive no sentido de compatibilizar a sua bagagem histórica e os referenciais teóricos próprios de cada instituto. Nesta pesquisa, concordamos com a perspectiva adotada pelo Professor Raul Zaffaroni²⁵, que nos ensina

A chamada legislação penal simbólica, designação que abrange o conjunto de casos nos quais a criminalização primária constitui mero dispositivo publicitário, que acena com uma solução ilusória (punitiva) para conflitos que sensibilizaram, por efeitos indesejáveis reais ou por inoculação midiática de medo, a população. (...) Sempre preconizados pela imprensa, tem um efeito tranquilizador sobre as relações – e, logo, sobre a opinião pública. A escassa capacidade transformadora do poder punitivo fica ainda mais evidente quando ele é deslocado, ao saber de campanhas e emoções (...). **A legislação penal simbólica representa apenas um embuste manipulador do eleitorado.** (grifo nosso)

III JUSTIÇA PENAL PACTUADA E A COLABORAÇÃO PREMIADA

III.1 Breve histórico da colaboração no ordenamento jurídico do Brasil

O instituto da colaboração premiada surgiu no Brasil Colônia nas Ordenações Filipinas (1603-1867) e, embora tenha sido cruelmente utilizado durante a Ditadura Militar de 1964 como meio de perseguição aos dissidentes políticos resistentes ao regime, efetivamente retornou ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei dos Crimes Financeiros (Art. 25, § 2º, Lei n. 7.492/1986); posteriormente previsto na Lei de Crimes Hediondos (Art. 8.º, par. ún., Lei n. 8.072/1990), incluindo o prêmio da diminuição de pena em caso de delação do bando ou quadrilha nos crimes de tortura, tráfico ou terrorismo e no Código Penal para premiar o concorrente que denuncie o crime de extorsão mediante sequestro, facilitando a libertação da vítima (Art. 159, §4º).

²⁵ ZAFFARONI, E. Raul et al. Ob. cit., página 222.

Em seguida, a delação premiada foi incluída na Lei de Lavagem de Capitais de forma mais descritiva do que nas normas anteriores, para premiar o autor que “colabore espontaneamente prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime” (Art. 1º, § 5º, Lei n. 9.613/1998) e na Lei de Proteção às Testemunhas (Arts. 13 e 14, Lei n. 9.807/1999) para favorecer o réu que “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal” e auxiliado na “identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime”.

Outras hipóteses são indicadas na Lei do Sistema Nacional de Política de Drogas (Art. 41, Lei n. 11.343/2006) para fins de recuperação total ou parcial do produto do crime e, posteriormente, tornou-se cabível a delação também no âmbito do Direito Administrativo, nos acordos de leniência decorrentes da Lei de Defesa da Concorrência (Art. 86, inciso I, Lei n. 12.529/2011) e da Lei da Empresa Limpa (Art. 16, Lei n. 12.846/2013), embora sem prejuízo da responsabilidade judicial. Atualmente, a Lei 12.850/2013 é a principal referência legal sobre o tema em vigor, criada para auxiliar as investigações que envolvam organizações criminosas, e definir os requisitos específicos para que o acordo seja válido, assim como os direitos à privacidade, sigilo e segurança do colaborador.

III.1.1 O uso do instituto da delação premiada a partir da Lei n. 12.850/2013

A delação é um gênero da colaboração premiada, em voga na conjuntura política brasileira, sob a crença de aumentar o alcance da produção de provas e reduzir a morosidade processual, sendo um possível resultado objeto do acordo, quando o réu oferece uma denúncia ou acusação para fins de identificação dos demais coautores ou partícipes à Justiça, a custo da renúncia ao direito ao silêncio e sujeitando-se ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14, Lei n. 12.850/2013²⁶), em troca de benefícios negociados com o órgão de acusação como o perdão judicial, a redução da pena, ou a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

²⁶ BRASIL. **Lei n. 12.850/13**, de 02 de Agosto de 2013. “Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 08.06.2017.

Em alguns casos, como na Operação Mãos Limpas, na Itália durante a década de 90, e nas Ações Penais decorrentes da Operação Lava Jato da Polícia Federal, a prisão preventiva tem sido um trunfo para induzir os acusados à colaboração, embora o ordenamento jurídico brasileiro exija a voluntariedade do acusado para que o acordo seja válido, sendo possível, em último caso, a declaração da nulidade sobre as declarações por motivo de coação moral, no momento da homologação do acordo pelo Juiz (Art. 4º, caput, Lei n. 12.850/2013), em consonância com a prescrição feita na Convenção Americana de Direitos Humanos de que a “confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.”²⁷ Se a corrupção é um crime que agrava a desconfiança da sociedade diante do Estado, o que se pode esperar daqueles que (se) julgam, se estes negam obediência às regras? “O sofrimento ocasionado e a constatação do reaparecimento cíclico de velhas práticas de abuso ou a criação de novas, cuja crueldade era inimaginável para as gerações anteriores, originou uma reserva de cautela e prudência que se nutre dessa memória” (BINDER, 2003, p. 41). Esta memória é o que obriga o direito penal a ser taxativo e sempre pautado pela legalidade, ao mesmo tempo em que impede o retrocesso à legitimação da tortura estatal.

Em 2015, no julgamento do HC 127.483/PR impetrado por Erton Medeiros (diretor da Galvão Engenharia e réu na Operação Lava-Jato) contra o ato de homologação do acordo de delação premiada de Alberto Youssef, o Supremo Tribunal Federal chegou a afirmar que o sujeito delatado não possui legitimidade para contestar o processo do acordo. O ministro Dias Toffoli²⁸, relator na ocasião, observou que “**o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, que não pode ser impugnado por terceiros, ainda que venham a ser mencionados (...)** negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses (grifo nosso)”.

Ou seja, mesmo que o direito de defesa seja legalmente previsto e condição imprescindível para a realização do devido processo legal, as brechas para a quebra da eficácia das garantias processuais se dá por uma relativização a favor de institutos civilistas – embora estes sejam essencialmente formulados para assegurar direitos firmados em negócios privados onde ambas as partes disputam para maximizar os seus ganhos e tem produção de

²⁷ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, art. 8º.

²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, DJE 03.02.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298502>>. Acesso em: 08.06.2017.

efeitos *interpartes* – em detrimento da lógica própria do direito processual que lida diretamente com a restrição a liberdade, bem mais caro de todo o ordenamento jurídico, e que vincula as decisões posteriores por meio da consolidação dos precedentes jurisprudenciais, ou seja, pode ter efeito *erga omnes* e ser extensível a casos com circunstâncias semelhantes.

Em continuidade aos exemplos, posteriormente durante o ano de 2016, por 13 votos a 1 a corte do Tribunal Regional Federal da 4^o Região ²⁹ reafirmou o regime de excepcionalidade da Operação Lava Jato ao julgar um recurso com pedido de abertura de inquérito administrativo para averiguar o descumprimento da lei orgânica da magistratura na atuação do juiz Federal Sergio Fernando Moro nas ações penais em trâmite na 13^a Vara Federal de Curitiba.

Nesta ocasião, o Relator, Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti afirmou 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**” (grifo nosso). Segundo ele a publicidade tem sido o meio mais eficaz de impedir quaisquer barreiras ao andamento das investigações e processos criminais, “voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados”.

Estes exemplos servem para situar o leitor de que existem outras decisões propensas a relativizar as regras processuais e o giro do direito penal do *fato* para o direito penal do *autor*, ou do *inimigo*³⁰ que precisa ser eliminado ou neutralizado; ignora-se o fato de que a delação premiada não pode ser usada como prova (tem por função demonstrar a existência e veracidade de um fato), sendo sua função epistêmica, tão somente, de meio para obtenção da

²⁹ “O Tribunal Regional Federal da 4^a Região decidiu, nesta quinta-feira (22/9) que a operação "lava jato" não precisa seguir as regras dos processos comuns. Advogados apontam que as investigações ignoram os limites da lei ao, por exemplo, permitir grampos em escritório de advocacia, divulgação de interceptações telefônicas envolvendo a presidente da República e a "importação" de provas da Suíça sem a autorização necessária. Mas, para a Corte Especial do TRF-4, os processos "trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas". SEM FREIOS: “Lava jato” não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. **Consultor Jurídico**, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acesso em: 28.05.2017.

³⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções críticas**. Org. e tradução CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2^a Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 49.

prova, o instrumento processual pelo qual os elementos de prova são colhidos. Esta distinção é importante e permite excluir uma delação por si mesma, pois quando esta é considerada uma prova robusta o bastante para condenar o próprio delator ou o terceiro delatado (co-réu), retornamos as matrizes dos sistemas inquisitoriais, quando a confissão tinha um valor tarifado com absoluta presunção de veracidade.

No ordenamento jurídico atual, a luz do texto constitucional as provas devem possuir valor relativo, nenhuma prova é absoluta em face de outra, todas devem ser consideradas e terem assunção de verdade relativa para convencimento do julgador. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”³¹ é consagrada a superação da prova única até mesmo no âmbito da justiça penal pactuada, pois o encargo de provar a existência do fato criminoso recai sobre a acusação, na figura do Ministério Público.

A partir destas breves considerações, os temas justiça penal negocial, colaboração premiada e prisão preventiva serão abordados adiante de modo a esclarecer: 1) O que nos ensina o direito das experiências italiana e norte-americana, considerando que estes países têm sido evocados como modelos comparativos pelo “êxito” obtido na aplicação destes institutos; 2) Quais são os requisitos da prisão preventiva e da prisão temporária e como eles têm sido aplicados nas decisões judiciais; 3) Quais são os requisitos para que um acordo de delação premiada seja homologado e qual o alcance dos direitos ao sigilo, à segurança e à privacidade do colaborador; 4) Questões relevantes que podem surgir a partir do fortalecimento deste instituto.

III.2 A Itália e a Operação Mãos Limpas: o caso de uma democracia vendida

III.2.1 Contexto Histórico

Talvez não seja possível encontrar precedente equiparável à Operação Mãos Limpas, enquanto modelo do empenho de um país no combate à corrupção. Toda a história começou

³¹ BRASIL. Lei n. 12.850/13, de 02 de Agosto de 2013, Art. 4º, § 16.

em 1984, quando o juiz Giovanni Falcone viajou ao Brasil para buscar Tommaso Buscetta³², um mafioso que havia sido extraditado pelo Supremo Tribunal Federal a pedido da Justiça italiana. As suas revelações ajudaram a condenar perpetuamente toda a direção da Máfia siciliana (*Cosa Nostra*) e cerca de 300 integrantes da organização. Pela primeira vez na história italiana, o crime organizado era atingido visceralmente pelas revelações que apontaram o quão infiltrado ele estava, inclusive nas instâncias de tomada das decisões políticas daquele país.

Em Fevereiro de 1992 a Operação *Mani Pulite* (“Mãos Limpas”) efetivamente começou a partir da prisão em flagrante de Mario Chiesa³³, ex-dirigente do Partido Socialista Italiano, por cobrar uma comissão ilegal no valor de 14 milhões de liras italianas para obter um contrato de limpeza ao Orfanato que presidia em Milão. Na ocasião, o empresário Luca Magni foi encontrá-lo munido de uma escuta ambiental e de uma pequena câmera de mão, para obter um flagrante forjado e a confissão de culpa de Chiesa.

Chiesa foi surpreendido pela chegada dos policiais e pediu para ir ao banheiro, pois estava com os bolsos cheios de dinheiro recebido pouco antes de outro empresário. Ele tentou dar descarga na propina, que veio a entupir o vaso sanitário³⁴. Na prisão, quando as autoridades informaram a Chiesa que haviam descoberto suas duas contas bancárias na Suíça, ele aceitou colaborar com a justiça e a investigação escancarou o véu de silêncio que encobria a verdadeira face da política de negócios italiana até então. De acordo com Mario Chiesa, “the tacit rule was that bribery extend to everything, from the biggest public works to the smallest provision of supplies” (PORTA e VANNUCCI, 2011, p. 75). As íntimas relações descobertas entre a classe política e o crime organizado demonstraram que todo o sistema político estava corrompido.

³² PRESO em São Paulo, Tommaso Buscetta delatou mais de 300 mafiosos italianos. **Acervo digital do Jornal O Globo**, 22 de Outubro de 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/preso-em-sao-paulo-tommaso-buscetta-delatou-mais-de-300-mafiosos-italianos-10493312>>. Acesso em: 14.05.2017.

³³ COWELL, Alan. **Web of Scandal: A special report.; Neither Votes Nor Candor Lighten the Pall Over Italy**. The New York Times, Roma, 8 Junho de 1993. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1993/06/08/world/web-scandal-special-report-neither-votes-nor-candor-lighten-pall-over-italy.html?pagewanted=all>. Acesso em: 14.05.2017.

³⁴ PRESTES, Cristine. **Pelo roteiro da Mãos Limpas, Lava Jato enfrenta agora suas maiores ameaças**. JOTA, 10 de Abril de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/pelo-roteiro-da-maos-limpas-lava-jato-enfrenta-agora-suas-maiores-ameacas-10042016>>. Acesso em: 07.06.2017.

III.2.2 Os efeitos da Operação Mãos Limpas sobre o sistema político

Antes da operação, prevalecia na Itália uma espécie de binarismo partidário, onde o poder era continuamente alternado entre regimes democráticos e comunistas, protagonizado pelos partidos (a Democracia Cristã – DC e o Partido Socialista Italiano – PSI) que haviam se consolidado após o fim da Guerra Fria e do arrefecimento dos debates ideológicos motivados pelos ideais do socialismo real. Após a deflagração da Operação Mãos Limpas, o sistema político entrou em profunda crise de representatividade, com o fim da chamada Primeira República Italiana (1948-1992), e foi percebido o custo social causado pelo pagamento de recompensas e subornos, refletidos na má conjuntura econômica, com inúmeros casos de contratos públicos superexplorados, sucessivos e inexplicáveis atrasos nas entregas das obras públicas, fraudes em empresas estatais e privadas, culminando na dificuldade de integração da economia italiana no mercado Europeu, pelo alto custo e baixa competitividade dos seus produtos e serviços.

Durante a Operação Mãos Limpas foi revelado o perfil profundamente clientelista das licitações, parcerias e concessões que eram feitas entre o Poder Público e o empresariado. Milhares de magnatas, executivos, mafiosos, políticos, agentes públicos e parlamentares foram investigados, incluindo 4 ex-primeiros-ministros. Entre 1992 e 1994, haviam 6.059 pessoas sob investigação; foram realizados 2.993 mandados de prisão (MORO, 2002, p. 57); no âmbito destes mandados, até 1993, a prisão tornou-se a regra e a liberdade, a exceção. Mais de 800³⁵ pessoas foram presas preventivamente, *sem julgamento*.

A abertura dos meios de comunicação para o vazamento das confissões criou um “fluxo de revelações que manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva” (GILBERT, 1995, p. 59). Em muitos casos, os réus se propunham a acusar outros partícipes após serem presos preventivamente. Nas palavras de PORTA e VANNUCCI³⁶

A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de

³⁵ LARANJEIRA, Lucas. **Operação na Itália teve muito mais prisões do que Lava Jato, diz Moro**. A folha de São Paulo, Curitiba, 29 de Julho de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/07/1662173-operacao-na-italia-teve-muito-mais-prisoas-do-que-lava-jato-diz-moro.shtml>. Acesso em: 14.05.2017.

³⁶ PORTA, Donatella della; VANNUCCI, Alberto. **Corrupt exchanges: actors, resources and mechanisms of political corruption**, trecho traduzido por MORO, Sergio Fernando. Ob cit, p. 58.

que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência da prisão (...) no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de uma soltura imediata no caso de uma confissão. (...) Além do mais, havia a disseminação de informações sobre uma corrente de confissões ocorrendo atrás das portas fechadas dos gabinetes dos magistrados. Para um prisioneiro, a confissão pode aparentar ser a decisão mais conveniente quando outros acusados em potencial já confessaram ou quando ele desconhece o que os outros fizeram e for do seu interesse precedê-los. O isolamento na prisão era necessário para prevenir que suspeitos soubessem da confissão de outros: dessa forma, acordos da espécie “eu não vou falar se você também não” não eram mais uma possibilidade.

III.2.3 A influência da mídia na legitimação da investigação diante da opinião pública

A investigação acirrada e a veiculação constante das notícias fez com que muitos investigados recebessem o rótulo da culpa antes de serem levados a julgamento, sempre que uma suposta delação era acordada. O escândalo causado pela divulgação dos pormenores, aliado a publicidade e excessiva exposição dos fatos que constavam nas investigações levou 11 condenados a cometerem suicídio. A frequência com que a política criminal passou a violar não apenas as garantias de defesa do acusado, mas também o âmbito dos direitos da personalidade foi assustadora. A práxis da atuação dos magistrados não apenas feriu os direitos como a honra e a reserva da intimidade da vida privada antes do julgamento dos acusados, como intencionalmente mitigou a sua eficácia para instigar o interesse do público que assistia estarrecido ao *espetáculo penal*.

O apoio da opinião pública foi imprescindível para o êxito da ação judicial, conferindo legitimidade direta e o fortalecimento da independência funcional dos magistrados. Um dos acontecimentos que mais impulsionaram as investigações foi o assassinato de dois juízes, primeiramente, Giovanni Falcone (que viera ao Brasil buscar Tommaso Buscetta em 1984) em maio de 1992 e Paolo Borsellino, em julho do mesmo ano, como intimidação pela sua postura anti máfia, “o que provocou uma verdadeira comoção social” (MORO, 2004, p. 62).

III.2.4 Conjuntura política no Brasil e na Itália

As investidas da Operação foram constantes, mas ela teve que lidar com os opositores. Os parlamentares italianos foram intransigentes e tentaram resistir ao ímpeto punitivo por diversos meios, inclusive através da modificação das leis criminais a seu favor. Em Março de 1993, o governo do primeiro-ministro Giuliano Amato tentou descriminalizar a realização de doações ilegais (não declaradas) para partidos políticos - prática popularmente conhecida

como “caixa 2” – via decreto legislativo. A medida foi rejeitada após a opinião pública reagir fortemente por meio de greves e passeatas estudantis (MORO, 2004, p. 57).

No Brasil, similarmente, o Projeto de Lei n. 1270/2007 contou com uma manobra na Câmara dos Deputados Federal para ser incluído na pauta e votado “de surpresa” no mesmo dia em 19 de Setembro de 2016, no entanto, veio a ser arquivado de ofício diante da indignação e mobilização de alguns parlamentares. Esta proposta, além de reformar a Lei das Eleições, o Código Eleitoral e a Lei dos Partidos Políticos, tinha por escopo criminalizar o “caixa dois” pago para financiar campanhas eleitorais. Como a lei não pode retroagir em desfavor do acusado, também anistiará todas as práticas irregulares adotadas antes da lei entrar em vigor³⁷.

De volta à Itália, como citado anteriormente a conjuntura política foi fortemente abalada por conta das investigações da Operação Mãos Limpas. Em 1994, a vitória eleitoral do recém-criado partido de centro direita *Forza Italia* pelo empresário e magnata Silvio Berlusconi³⁸ para o cargo de primeiro ministro pode ser considerada forte indicativo de que a atuação judicial sempre terá um efeito paliativo, enquanto as causas da corrupção estrutural não forem atacadas na raiz. À época, diante do vácuo de lideranças políticas deixado pela Operação Mãos Limpas, Berlusconi chegou a assumir a presidência da União Europeia em 2003, no período em que coube à Itália no sistema de rodízio. Berlusconi era amigo próximo de Bettino Craxi (ex primeiro-ministro do Partido Socialista da Itália, condenado pela ação judicial da Operação Mãos Limpas), e igualmente veio a ser acusado criminalmente diversas vezes desde 1994, por delitos como lavagem de dinheiro, oferecimento de propina, fraude fiscal, abuso de autoridade e até mesmo pelo pagamento de uma prostituta menor de idade³⁹.

Consideradas as devidas peculiaridades e proporções, a alçada de figurões com reputação questionável à chefia do Poder Executivo Federal é outra semelhança nos desdobramentos políticos decorrentes da Operação Mãos Limpas e da Operação Lava Jato.

³⁷ BRASIL, Constituição (1998). Art. 5ª, inc. XL: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08.06.2017.

³⁸ CONHEÇA a trajetória do magnata e político italiano Silvio Berlusconi. **G1**, São Paulo, 08 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://g1.galobo.com/mundo/noticia/2011/11/conheca-trajetoria-do-magnata-e-politico-italiano-silvio-berlusconi.html>. Acesso em: 12.05.2017.

³⁹ BERLUSCONI: Uma vida marcada por escândalos. **BBC News Brasil**, 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130801_berlusconi_perfil_lgb>. Acesso em: 12.05.2017.

No Brasil, a ascensão do ex-vice presidente Michel Temer (PMDB) ao atual cargo de presidente interino teve a contribuição da divulgação das escutas telefônicas interceptadas pela Operação Lava Jato, em especial, entre o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva com a presidenta Dilma Rousseff (PT)⁴⁰ em 16 de Março de 2016.

Esta notícia foi manchete do Jornal G1 Paraná (parte do Grupo Rede Globo) no mesmo dia em que o Juiz Sergio Moro determinou a retirada do sigilo do processo, posteriormente sendo veiculada também na rede aberta de televisão por intermédio do Jornal Nacional. O magistrado chegou a lamentar o incidente e pedir escusas ao Supremo Tribunal Federal⁴¹, após receber um requerimento de informações do Ministro Teori Zavascki, a pedido da Advocacia Geral da União (AGU), por divulgar fato sigiloso envolvendo autoridade com foro especial por prerrogativa de função (Art. 86, CRFB/88).

Ainda em 2016, contraditoriamente, após assumir a presidência, Temer foi condenado por receber doações eleitorais acima do limite legal na campanha de 2014. A decisão do Tribunal Superior Eleitoral declarou o presidente inelegível para o exercício de cargos políticos, logo, considerado “Ficha Suja” segundo a Lei Complementar 135/2010⁴².

Temer também foi citado 43 vezes no acordo de delação premiada de Cláudio Melo Filho⁴³, ex-vice-presidente de Relações Institucionais da Odebrecht, e mais recentemente (2017) foi gravado dando aval à Joesley Batista⁴⁴, presidente da JBS (maior produtora mundial de carne), para a compra do silêncio do ex-presidente da Câmara dos Vereadores,

⁴⁰ ÁUDIOS complicam Dilma e Lula. Confira como foi o dia de crise em Brasília. **Revista Época**, 16 de Março de 2016, atualizado em 30 de Março de 2016. Disponível em:

<<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/03/audios-complicam-dilma-e-lula-acompanhe.html>>. Acesso em: 12.05.2017.

⁴¹ RICHTER, André. **Moro pede desculpas ao STF por divulgar conversa de Lula e Dilma**. EBC Agência Brasil, Brasília, 29 de Março de 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/moro-admite-ao-stf-equivoco-ao-divulgar-conversa-de-lula-e-dilma>, Acesso em: 12.05.2017.

⁴² CANÁRIO, Pedro. **FICHA SUJA" – TRE de São Paulo confirma: Michel Temer está inelegível por oito anos**. Consultor Jurídico, 02 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-02/temer-inelegivel-oito-anos-segundo-tre-sao-paulo>>. Acesso em: 12.05.2017.

⁴³ CASADO, Letícia et al. **Nome de Temer é citado 43 vezes em delação de executivo da Odebrecht**. A Folha de São Paulo, Brasília, 10 de Dezembro de 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840250-nome-de-temer-e-citado-43-vezes-em-delacao-de-executivo-da-odebrecht.shtml>>. Acesso em: 14.05.2017.

⁴⁴ JARDIM, Lauro. **Dono da JBS grava Temer dando aval para compra de silêncio de Cunha**. Jornal O Globo, 17 de Maio de 2016, atualizado em 23 de Maio de 2016. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/brasil/dono-da-jbs-grava-temer-dando-aval-para-compra-de-silencio-de-cunha-21353935>>. Acesso em: 03.06.2017.

Eduardo Cunha (membro do PMDB, preso e condenado pela Operação Lava Jato⁴⁵), além do envolvimento em outros escândalos políticos sórdidos, que serão relevados, pois destoam dos fins meramente expositivos almejados neste trabalho sobre a recente trajetória política do Brasil.

III.2.5 Aspectos jurídicos relevantes

Feitas as devidas considerações para esclarecer a história da conjuntura política que permeia a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato, o foco da pesquisa será redirecionado para alguns aspectos legais relevantes, pois, embora o sistema jurídico italiano, assim como o brasileiro, seja da tradição da *civil Law*, este possui peculiaridades específicas. Dentre as semelhanças, a justiça italiana também é tradicionalmente conhecida por ser morosa. Durante a operação a dificuldade em cruzar as informações contidas nos depoimentos foi um fator que contribuiu para sobrecarregar a justiça italiana.

Na Itália, a jurisdição sobre os assuntos penais é exercida pelos magistrados da ordem judicial, a qual se divide em juízes e em magistrados do Ministério Público, que desempenham as funções de juízes e juízes de instrução, respectivamente⁴⁶. O magistrado do Ministério Público é o detentor do controle processual da atividade de polícia judiciária, responsável pelo ônus probatório, pela possibilidade de decretação de prisão cautelar e pela realização do *patteggiamento* (acordo). Os magistrados italianos tem carreira única e vitalícia, compondo a magistratura italiana, na qual o ingresso se dá por meio de concurso público. Diferentemente do caso brasileiro, onde a carreira do Ministério Público possui autonomia funcional e administrativa (CRFB/88, Art. 127, § 2º) em relação à magistratura, o que significa que a separação entre as funções de acusar e julgar é uma característica intrínseca à distribuição do poder nos sistemas político e judiciário brasileiros. Como exemplo, é totalmente incompatível com o ordenamento brasileiro a possibilidade de que os promotores e procuradores possam decretar e expedir mandados de prisão, provisórios ou não.

⁴⁵EDUARDO Cunha é condenado mais de 15 anos de prisão na Lava Jato. **G1**, 31 de Março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/eduardo-cunha-e-condenado-mais-de-15-anos-de-prisao-na-lava-jato.html>>. Acesso em: 03.06.2017.

⁴⁶ PORTAL EUROPEU DA JUSTIÇA, União Europeia. **Sistemas judiciais nos Estados-Membros**, 26 de Abril de 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1>. Acesso em: 15.05.2017.

Se ao Ministério Público compete privativamente a função institucional de promover a ação penal pública (art. 129, inc. I, CRFB/88), em nosso país, isto se deve ao fato de que a atuação deste órgão complementa a inércia do órgão julgador (o Estado-juiz). Se o magistrado não pode agir de ofício, o promotor de justiça age na função de “Estado-acusador, órgão que, apesar de parcial, deve atuar de forma impessoal e comprometida com a legalidade estrita” (CASARA, 2015, p. 160) racionalmente aplicada no controle formal das políticas criminais a favor da persecução, em detrimento dos desejos de vingança privada.

Por tais razões, existem ressalvas que devem ser feitas ao tomar a atuação dos magistrados italianos e evocar o seu exemplo como apto a responder às necessidades e demandas por contenção da criminalidade no Brasil. Se a magistratura italiana é integrada, composta simultaneamente pelos juízes e os magistrados do ministério público, existe pouca homogeneidade com o modelo acusatorial adotado no processo penal brasileiro, que para garantir a imparcialidade do julgador – que depende da estrutura equidistante dos interesses em duelo – delega ao Ministério Público as atividades de polícia judiciária como a requisição de diligências, o ônus probatório durante o inquérito e após o início da ação penal, a proposição ou pedido de arquivamento da denúncia (a *mortalidade da cifra criminal*) e mais recentemente a ampliação das possibilidades negociáveis, como as transações penais nos juizados especiais criminais (Lei n. 9.099/95) e o os acordos, de leniência ou delação premiada (Lei n. 12.850/2015).

Todavia, a missão institucional exige uma atuação dinâmica onde os princípios da legalidade e da imparcialidade também deverão reger os membros do Ministério Público durante a mecânica adversativa que acontece no domínio da verdade processual. Ainda que este seja considerado parte do processo, isto não lhe isenta dos critérios de afastamento, criados para não permitir a envolvimento pessoal com o caso concreto, como o mandamento da preservação do sigilo das investigações⁴⁷.

Este filtro de garantias constitucionais vincula a atuação do *custus legis* na medida exata da lei, para que este não se aproxime do julgador e nem possua privilégios privativos,

⁴⁷ BRASIL, Lei Orgânica do Ministério Público n. 8625/1993, de 12 de Fevereiro de 1993, Art. 26. § 2º: “O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 08.06.2017.

não extensíveis à defesa. As funções de acusar e julgar são regidas por uma pretensão de universalidade da argumentação racional, direcionada à apuração e responsabilização pela conduta criminosa, e não do autor. Nas palavras da Professora Ana Paula de Barcellos⁴⁸:

Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro da sociedade e do sistema jurídico ao qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos. Vale dizer: o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas.

III.2.6 A prisão provisória em números do *European Prison Observatory* e do Conselho Nacional de Justiça

Outro aspecto que carece de atenção é a condição dos presos sem julgamento, provisórios ou preventivos, em ambos os sistemas criminais do Brasil e da Itália. Em relatório divulgado pelo Observatório Europeu das Prisões⁴⁹ (*European Prison Observatory*) em 2012, estima-se que 42,2%⁵⁰ dos prisioneiros italianos estejam aguardando julgamento, traduzidos em cerca de 27.045 pessoas cumprindo antecipadamente uma pena para a qual ainda não foi declarada a sua culpa. Este mesmo relatório também aponta que a alta densidade das prisões italianas é um sintoma da saturação do sistema prisional e alcança o patamar de 139%, considerando o número total de prisioneiros em relação a sua capacidade.

Para compreender a situação do Brasil é importante ter a ressalva de que a prisão de políticos e executivos ainda é um fato histórico recente na história do país e o encarceramento atinge majoritariamente pobres e pretos. Comparativamente, o sociólogo Edwin H. Sutherland foi o primeiro acadêmico a constatar de que a criminalidade *high society* contrariava o senso comum associado ao perfil do criminoso patológico. Na apresentação da tradução da obra, nos conta Clécio Lemos⁵¹

Há vários indicativos que os crimes de colarinho branco geravam graves consequências na organização social dos EUA. São citados crimes cujo valor isolado

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007, pps. 126-127.

⁴⁹ Organização internacional mantida com recursos do Programa de Justiça Criminal da União Europeia.

⁵⁰ MARIETTI, Susanna. **Prison conditions in Italy**. European Prison Observatory. Roma, Novembro de 2013. Disponível em: <http://www.prisonobservatory.org/upload/Italy_Peniten.pdf>. Acesso em: 22.05.2017.

⁵¹ LEMOS, Clécio. Trecho extraído da apresentação do tradutor da obra “**Crime de colarinho branco – versão sem cortes**”, da autoria de SUTHERLAND, Edwin H. Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2015, p. 19.

do prejuízo causado ao Estado ou a uma empresa representava cifra superior à somatória de todos os crimes patrimoniais ordinários (roubos, furtos, extorsões, estelionatos). **Considerando que a criminologia tradicional explicava tais delitos clássicos como decorrentes de perversões advindas de uma insensibilidade para com a vítima ou a sociedade, como então explicar que a maioria dos homens de negócios estampados nas capas das revistas também trazia em si tal “germe criminoso”?** (grifo nosso)

Em nosso país a atenção da justiça punitiva é direcionada aos delitos patrimoniais, especialmente o furto e o roubo, e também tem forte tendência a condenar mais e mais gravemente acusados que tenham características consideradas como indicativos de marginalidade, como a cor da pele ou a origem e status social, como na criminalização do tráfico de drogas. Tal fato não impede que as ressalvas a favor da isonomia (Art. 5º, CRFB/88), da dignidade do acusado e do preso, e do estrito cumprimento das formas processuais sejam feitas também a favor dos criminosos de “colarinho branco”.

Para a análise dos dados, partimos da premissa de que a situação atual já é alarmante, e qualquer medida de encarceramento deve ser encarada como leviana enquanto política de Estado que não encare um planejamento em longo prazo para efetivamente reduzir o contingente humano amontado no cárcere. No Brasil, dos 654.372 presos totais, cerca de 34%, ou seja, 221.054 pessoas estão na prisão sem condenação, em teoria, provisoriamente, segundo relatório levantado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017 a partir de dados enviados pelos Tribunais de Justiça Estaduais e pelo Supremo Tribunal Federal. Destes, 113.129 presos provisórios estão a mais de 180 dias em custódia cautelar em todo o país⁵².

Recentemente, o Código de Processo Penal foi reformado pela Lei n. 12.403/2011 e passou a prever de uma série de medidas cautelares alternativas à prisão (Art. 319, CPP) na tentativa de reduzir a sobrecarga do sistema prisional e priorizar uma interpretação mais condizente com a CRFB/88. No entanto, durante o trâmite das discussões no Congresso Nacional, o Projeto de Lei sofreu modificações substanciais na redação original que restringiram o alcance das melhorias, como a permanência da possibilidade de prisão por garantia da ordem pública, resquíio da política criminal totalitária idealizada para o Estado policial.

⁵² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Reunião Especial de Jurisdição, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 22.05.2017.

A prisão processual, em especial a preventiva (Art. 312), permaneceu legítima nas hipóteses de ofensa à ordem pública, à ordem econômica e por conveniência da instrução criminal. Ao abster-se da tarefa de definir as elementares constituintes de tais conceitos, e da fixação do prazo máximo possível de prolongamento da prisão processual, a reforma perdeu a chance de reter a ascensão dos números assustadores do encarceramento. Atualmente, as hipóteses de utilização da prisão preventiva seguem impregnadas por larga margem de discricionariedade, de acordo a voluntariedade dos magistrados na definição dos conceitos de “ordem” ou “conveniência” caso a caso.

Neste aspecto, as intervenções do voluntarismo judicial nas questões políticas estão despidas de legitimidade democrática e ferem a separação republicana dos poderes. Curiosamente, no Brasil existe uma cultura de endeusamento da figura do Juiz e sua inteligência sobre-humana, o que lhe confere alguma cobiça e faz a magistratura ser uma instituição com ingresso pelos “melhores e mais aptos indivíduos”; além de ser uma carreira pública que dificilmente sofre punições, que tem poderes vitalícios e não precisar se reportar a ninguém. Desde tempos remotos, a “cara” dos nossos juízes é o típico perfil do homem branco, rico, patriarcalista e conservador, que preserva apenas seus próprios interesses, isolado da realidade do entorno social enquanto este padece na espera da justiça.

III.2.7 O novo entendimento do STF sobre a execução provisória da sentença penal condenatória não transitada em julgado

A combinação do mau funcionamento da justiça criminal com o sistema carcerário supersaturado agrava gradativamente a condição dos presos provisórios, mas estes não são os únicos fatores responsáveis pelo problema, pois a magistratura decerto possui uma vasta parcela de culpa. Recentemente, no âmbito da Jurisprudência, durante o julgamento do HC 126.292/SP em 17 de Fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal por 7 votos a 4 indeferiu o pedido liminar e mudou o entendimento anterior sobre a possibilidade da execução provisória de sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, embora não transitada em julgado e sujeita a recurso especial e extraordinário,

contrariando a ordem literalmente fixada na constituição que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵³.

Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio divergiu do voto do Relator para não superar a taxatividade do dispositivo constitucional, sendo seguido pelos Ministros Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (presidente). Na ocasião, o Min. Lewandowski sustentou em seu voto que

Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. (...) Respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que **o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido**. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que **o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional**. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza. Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, **não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis**, se me permite o termo. Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que **nós temos hoje no Brasil a quarta população de presos, em termos mundiais**, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. **Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.** (grifo nosso)

Após essa decisão, em Outubro de 2016, o STF manifestou-se novamente sobre essa questão, dessa vez em sede de controle de constitucionalidade abstrato, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁵⁴ (ADCs) n. 43 e n. 44, peticionadas

⁵³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento do **Habeas Corpus 126.292/SP** pelo tribunal pleno, Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE, Relator Ministro Teori Zavascki, Paciente Marcio Rodrigues Dantas, publicado no DJE em 19.02.2016.

⁵⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento das **Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44** pelo tribunal pleno, Ministro Relator Edson Facchin, Requerentes Partido Ecológico Nacional e Ordem dos Advogados do Brasil, publicado no DJE em 07.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 10.06.2017.

pelo Partido Ecológico Nacional e pela Ordem dos Advogados do Brasil, ambos na tentativa de reverter o entendimento anterior da Corte firmado no HC 126.292/SP.

A ADC é uma ação que só existe no Brasil e tem efeito cruzado com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou seja, se “**proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória**; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (Lei n. 9.868, art. 24⁵⁵)”. Contudo, o plenário da corte inovou e deu uma interpretação conforme a Constituição (ICC) duvidosa em regime de repercussão geral, decidindo indeferir os efeitos da liminar de declaração de constitucionalidade do art. 283⁵⁶, Código de Processo Penal, lido em combinação com o art. 5º, LVII, CRFB, e assim, confirmar a permissão à execução por condenação penal antes do trânsito em julgado da ação, como decidido anteriormente.

O problema é que na ICC “o intérprete procura, empregando o instrumental hermenêutico disponível, afastar as possibilidades de interpretação incompatíveis com a Constituição, respeitando o limite do texto e suas potencialidades” (BARCELLOS, 2007, p. 225-226); e, enquanto parâmetro aplicado para conferir equidade nas normas infraconstitucionais, ao contrário do que foi decidido, deveria ter justificado o deferimento das liminares contidas nas ações, pois a redação dos dispositivos que protegem a presunção de inocência nos arts. 283 CPP e 5º, inc. LVII, CRFB é nitidamente parecida, justamente para evitar discordâncias hermenêuticas. O resultado final deste “nó” jurídico foi a declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP não em relação à Constituição, mas à “emenda judiciária” realizada anteriormente pelo STF que sepultou o princípio da presunção de não-culpabilidade, conforme extraído da leitura do voto Relator, Ministro Edson Facchin

Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos

⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 9.868/99**, 10 de Novembro de 1999, “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 10.06.2017.

⁵⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei n. 3.689/1941, 03 de Outubro de 1941, Art. 283: “**Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011 (grifo nosso). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10.06.2017.

autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

III.3 O instituto da *Plea bargain* e o direito estadunidense

A assimilação de novos conceitos ou práticas de solução dos conflitos de direito estrangeiro pode apresentar vantagens como: a qualidade da solução diante do sucesso em algum caso concreto; a economia de tempo e custo com a utilização de uma resposta que já está disponível; a harmonização do tratamento penal de questões que requerem cooperação jurídica internacional.

Porém, deve-se levar em consideração que a importação de qualquer solução do direito estrangeiro não deve gozar de plena autoridade perante o direito público interno, pois é possível que omita a influência paterna exercida por países hegemônicos sobre outros sistemas jurídicos, além de camuflar a instabilidade ou subjetividade do raciocínio jurídico e possuir um caráter antidemocrático, considerando que as decisões de política criminal são de competência dos representantes eletivos da sociedade civil, pois afetam diretamente o bem jurídico *liberdade*, intrínseco ao próprio Estado Democrático de Direito. As peculiaridades próprias dos distintos países também devem ser consideradas, além da complexidade do contexto social, institucional e político.

Embora a Justiça Negocial possua um arquétipo teórico do século XXI, seu “esqueleto” medieval indica que devemos ser diligentes para não incidir no erro de considerar a confissão como a “rainha das provas”. Destarte, a permanência da delação premiada depende do êxito da implementação do sistema penal brasileiro, e as chances aumentam em grande parte a depender do grau de homogeneidade existente nas regulamentações técnicas dos países usados como referencial teórico.

III.3.1 O sistema jurídico da *Common Law* e a política criminal nos EUA

Se o sistema jurídico da *common Law* é louvado pela celeridade, isto depende da organização do maquinário da justiça. Obviamente, o aparato necessário para administrar processos e formulários difere de uma vara que administra audiências onde os problemas são

resolvidos por conciliação, assim como o que se pode considerar como prazo razoável de duração do processo em ambos os casos. Na tradição da *civil Law*, a celeridade excessiva afronta a razoável duração do processo, sob uma perspectiva garantista, pois a redução da dilação probatória pode significar o sacrifício das faculdades básicas de defesa (paridade de armas, devido processo legal, contraditório, etc).

Para a assimilação de elementos de direito estrangeiro é válido reconhecer que os juízes e legisladores nacionais possuem um conhecimento superficial dos distintos sistemas jurídicos, e que as soluções adotadas não devem restringir assuntos globais como direitos fundamentais e processo legal, sob o risco de se produzirem equívocos inconstitucionais ou *contra legem*.

Na experiência estadunidense, a justiça criminal possui uma tradição consuetudinária que valoriza a padronização dos *standards* e precedentes judiciais, marcada pela oralidade, com a concentração dos ritos processuais em audiências e uma ampla gama de casos que são levados a júri, inclusive na instância cível. No momento em que uma acusação criminal é formulada contra um cidadão, este possui os direitos constitucionais:

(i) Ao *due process of law*: o devido processo legal significa que ninguém poderá ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um julgamento justo (*fair trial*), previsto na Constituição Federal dos EUA:

- 1) “Dos direitos das pessoas”, Quinta Emenda (*V Amendment – 1791*): *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation;*
- 2) Décima Quarta Emenda (*Fourteenth Amendment – 1866*): *Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

(ii) *The right against self-incrimination*: “o direito a não testemunhar contra si mesmo em casos criminais” (*V Amendment*); e

(iii) *The right to trial by a júri in criminal cases*; para defender-se, contestar e enfrentar seus acusadores em um julgamento criminal, e de ser julgado por um júri de seus pares, previsto na Constituição Federal dos EUA:

1) Artigo III, Seção 2 (*Article III, Section 2*): ***The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the state where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any state, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed.***

2) Sexta Emenda (*Sixth Amendment – 1791*): ***In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.***

No entanto, a justiça estadunidense tem compreendido que estes direitos fundamentais são renunciáveis, a favor do instituto chamado *plea bargain*, que permite a negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, com a supressão da dilação probatória e do julgamento pelo júri em prol da condenação, bastando tão somente a posterior homologação do acordo pelo magistrado. Segundo o BUREAU OF JUSTICE ASSISTENCE⁵⁷,

In plea bargaining, a defendant is faced with a charge at arraignment. Typically this is the maximum charge or punishment that the defendant will be held to if he or she goes to trial. The prosecutors will present the defendant with an decides to go to trial. While being found innocent or being acquitted is, of course, the best way for defendants to avoid jail time and other penalties, going to trial is opportunity to plead guilty to a lesser charge or to the original charge with less than the maximum sentence. In theory, the charge presented limits the penalties faced if the defendant perceived as risky, because it is impossible to predict what a jury will decide. As a result, many defendants enter pleas.

III.3.2 *Plea bargain* e a eficiência da justiça penal

Na *plea bargain* o réu pode confessar a culpa, chamada de *plea of guilty*, e renunciar aos direitos que teria caso preferisse ir a julgamento ou optar pelo *nolo contendere*, em que a pena é aceita, mas não é necessário o reconhecimento da culpa pelo fato criminoso. No âmbito da responsabilização de pessoas jurídicas “esse pedido ao mesmo tempo, salva a imagem da empresa e a protege contra as ações de indenização, já que a decisão em um caso

⁵⁷ BUREAU OF JUSTICE OFFICE, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Plea and Charge Bargaining Research Summary**. Arlington, 24 de Janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>>. Acesso em: 23.05.2017.

de pedido de “*nolo contendere*” não pode ser usada como prova em outros casos” (SUTHERLAND, 2015, p. 94). Ambos os institutos possuem o efeito de sentenciar o réu imediatamente, embora a *plea of guilty* possa ser utilizada para fins de constatação da responsabilidade civil, caso haja ação civil de reparação de danos pelo crime. Se pensarmos em um cenário em que o sistema penal brasileiro assimile os ideais da *plea bargain*, de antemão podemos destacar a incompatibilidade do instituto do *nolo contendere* com o sistema tripartite do conceito de crime adotado, pois, se não há culpabilidade, a conduta não é reprovável e nem punível. Não podemos aplicar um castigo sem o mínimo de formalidades possível, pois *nulla poena sine culpa*.

Por sua vez, o *prosecutor*, cargo equivalente ao promotor de justiça, pode oferecer uma redução das acusações e/ou da sanção a ser aplicada, em quantidade de acusações ou gravidade das qualificadoras do crime. Atualmente, estima-se que entre 90 e 95%⁵⁸ dos casos da justiça criminal estadunidense resultam em acordos de *plea bargain*. Mas por que a maioria das pessoas não diz simplesmente “eu tenho direito a um julgamento” ao invés de aceitar um acordo? A busca pela maior segurança possível sobre o resultado da sentença decerto é um dentre os fatores que compõe esta resposta, pois, ao exigir ir a julgamento, o réu é pressionado psicologicamente pela incerteza do prolongamento de um processo (e dos custos de arcar com a defesa técnica), assim como da possibilidade de ter uma punição maior, pouco previsível diante da complexidade de um júri popular.

A suposta eficiência de funcionamento desse instituto não está isenta de críticas, pois “a harmonia de um sistema jurídico depende do equilíbrio eficiente entre segurança e justiça” (BARCELLOS, 2007, p. 186). O papel do *prosecutor*, por exemplo, evidencia a disparidade de poderes da negociação do acordo, inclusive na condenação de inocentes que preferem fazer um acordo ao invés de sofrer o transtorno e o estigma de responder a um processo criminal, possivelmente por anos a fio.

Se ao *prosecutor* compete formular a acusação e “julgar a causa”, na medida em que a definição da tipicidade do delito e da pena a ser fixada são fases geralmente delegadas ao magistrado, eventuais abusos podem ocorrer, onde o espaço de consenso consciente e voluntário é preenchido pela coação moral, como na prática conhecida como *overcharging*,

⁵⁸ BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, U.S. Department of Justice. Ob. Cit., p. 1.

em que são formuladas acusações inflacionadas para induzir uma confissão de culpa ou colaboração forçada. Como nos EUA são legítimas a pena de execução (pena capital) e a prisão perpétua como sanções legais, imagine a capacidade de convencimento de uma acusação supersaturada, multiplicada em proporções continentais. A abertura do processo penal às possibilidades contratuais do direito privado evidencia os limites éticos do Estado de Direito, principalmente quando as partes não dispõem de condições paritárias para a busca da melhor solução possível.

III.3.3 A incompatibilidade da *plea bargain* com a isonomia e o *due process of law*

A *plea bargain* também fere o princípio da isonomia em suas duas dimensões, formal e material. “Those who go to trial rather than accept a plea are more likely to receive harsher sentences” (BUREAU OF JUSTICE ASSISTENCE, 2011, p. 3). Em primeiro lugar, agride a isonomia formal, que é a garantia de tratamento jurídico igualitário a todos aqueles que se encontram na jurisdição do Estado. As disparidades permitem que os EUA sigam liderando a política prisional internacional, encabeçando o total de 2.217.100⁵⁹ pessoas em celas, além da maior taxa de encarceramento do mundo, com cerca de 698⁶⁰ pessoas presas a cada 100.000 habitantes.

Na etapa *pré-trial* a *plea bargain* evidencia a desigualdade social, pois seleciona naturalmente os privilegiados que tem condições materiais mínimas para suportar o transcorrer do julgamento regular e os custos da advocacia privada. É um instituto onde o próprio Estado permite a renúncia das regras constitucionais de natureza fundamental em prol da abreviação da (re)cognição da verdade.

O modelo seria a realização do cenário imaginado por Beccaria, onde “a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais

⁵⁹ INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, BIRKBECK UNIVERSITY OF LONDON. Relatório **World Prison Population List**, 17ª Edição, 2016. Disponível em: <http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf>. Acesso em: 26.05.2017.

⁶⁰ INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, Ob. Cit., p. 5. Comparativamente, segundo este mesmo relatório, o Brasil possui uma taxa de encarceramento de 301 (trezentas e uma) pessoas presas a cada 100.000 (cem mil) habitantes, menos da metade da taxa estadunidense (p. 7). Qualquer ator político que deseje adotar uma política criminal estrangeira deve observar estritamente a repercussão social dos seus efeitos, para que sejam não sejam escolhidos maus exemplos.

severo, aliado à esperança de impunidade” (BECCARIA, 1791, p. 21), porém, esta política criminal voltada a produzir resultados, quando arbitrária, reflete as distorções sociais no etiquetamento seletivo das condutas desviantes do perfil “criminoso”, em especial dos grupos historicamente vulneráveis da população, como os negros⁶¹.

O alto grau de discricionariedade concedido aos *prosecutors* na *plea bargain* agrava a tensão racial nos Estados Unidos da América, encoberta pelas práticas opressoras de racismo institucional. De acordo com o relatório do Departamento de Justiça Norte Americano: “studies that assess the effects of race find that blacks are less likely to receive a reduced charge compared with whites (...). Additionally, one study found that blacks are also less likely to receive the benefits of shorter or reduced sentences as a result of the exercise of prosecutorial discretion during plea bargaining (...). Studies have generally found a relationship between race and whether or not a defendant receives a reduced charge”. Nas lições de Alessandro Baratta⁶²,

Se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observamos a seleção da população criminoso dentro da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis. (...) Portanto, a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos.

Em segundo lugar, há grave prejuízo a isonomia material, pois quanto maior a indeterminação e discricionariedade daqueles que aplicam a lei, maiores são as chances de que, por conveniência da instrução penal ou por convencimento pessoal do intérprete, casos e circunstâncias idênticos sejam julgados desigualmente, como por exemplo:

(i) Durante a formulação dos acordos, a restrição do direito da vítima de produzir as provas e de participar do duelo do contraditório pode provocar distorções na solução adotada na sentença, quando esta não for razoável diante da agressão sofrida, gerando um sentimento de impunidade no senso coletivo sobre a distribuição da justiça. “A criminal law that

⁶¹ BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, U.S. Department of Justice, Ob. Cit. p. 5.

⁶² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, Editora Revan, Instituto de Criminologia Crítica, Rio de Janeiro, 6ª Edição, 2011, pps. 106-107.

distributes criminal liability and punishment in ways the community perceives as just gains moral credibility with the community, which translates into greater deference to, support for, and co-operation with the criminal justice system” (ROBINSON, 2014, p. 1) e;

(ii) Na etapa da fixação de sanções negociadas, a possibilidade da redução da responsabilidade criminal desproporcionalmente à gravidade dos atos praticados enfraquece a lógica dos precedentes e a previsibilidade da sanção, e conseqüentemente, a segurança jurídica.

III.3.4 Estrutura funcional da acusação nos EUA

Para encerrar os apontamentos feitos acerca do uso de elementos de direito estrangeiro no ordenamento jurídico pátrio, uma última comparação será feita, desta vez acerca da organização funcional do Ministério Público nos dois países abordados no presente capítulo. No Brasil os promotores são os titulares do direito de promover a persecução penal, segundo o princípio da obrigatoriedade, não podendo adotar quaisquer critérios de conveniência ou oportunidade no exercício da ação (Art. 24, CPP, Dec. 3689/41). A sua admissão, “far-se-á mediante concurso público de provas e títulos (...)” (CRFB, art. 129, § 3º). A constituição brasileira criou um sistema de equilíbrio e segregação constitutiva do *actum trium personarum*. A relação processual é perfeitamente delimitada no texto constitucional em termos de órbitas funcionais, de atribuições constitucionais: o Juiz decide, o MP ordinariamente acusa, a defesa pode ser pública (Defensoria Pública) ou privada (ainda que seja de graça, *pro bono*).

Nos EUA, os membros do Ministério Público não tem um quadro de carreira, e, embora sejam os titulares da ação penal, possuem alto grau de disponibilidade em prol da realização de acordos. A admissão é feita por meio da indicação política pelo presidente da República, no caso do *The United States General Attorney*, cargo equivalente ao Procurador Geral da República, ou se *prosecutor*, mediante eleição para mandatos de até 4 anos, direta ou indiretamente, a depender do Ente federativo vinculado.

Este modo de seleção é mais aberto à influência e participação da opinião pública sobre o trabalho dos promotores, e facilita o reconhecimento das “personalidades” que se

destacam em atuação. Em diversos casos, a trajetória ministerial é percorrida para a obtenção de prestígio e reconhecimento, enquanto etapa de inserção na disputa de carreiras políticas. Além disso, os *prosecutors* são mais suscetíveis à fiscalização pelos outros poderes do que no caso brasileiro, onde os membros do MP possuem prerrogativas como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a independência funcional.

IV AS PRISÕES PROVISÓRIAS E O PROCESSO CAUTELAR

IV.1 Natureza jurídica e panorama legal

A prisão preventiva é um instituto processual excepcionalíssimo, de natureza cautelar e necessariamente provisória, sob pena em converter-se na antecipação da pena de prisão; cabível em qualquer fase da investigação ou do processo penal e pode ser decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento do titular da ação (CPP, Art. 311), a fim de resguardar alguns interesses extraprocessuais, como a garantia da ordem pública, a ordem econômica (hipótese redundante, pois a violação da ordem econômica igualmente atinge a ordem pública), por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (CPP, Art. 312) ou o descumprimento das medidas cautelares alternativas (CPP, Arts. 292, § 4º c/c 312, parágrafo único). A ausência dos requisitos da prisão preventiva **obriga o juiz a conceder a liberdade provisória**, a depender das circunstâncias, mesmo em caso de flagrante delito (CPP, Art. 321). Esta espécie de prisão processual não possui limitação de prazo máximo, e a aferição da razoabilidade de sua duração está a cargo da Jurisprudência.

Por sua vez, a prisão temporária tem a mesma natureza da prisão preventiva (cautelar e provisória), no entanto, está regulamentada na Lei n. 7.960/89, sendo aceita nas hipóteses de imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial (Art. 1º, inc. I), quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de identidade (Art. 1º, inc. II) e quando existirem fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal de autoria e participação do indiciado (Art. 1º, inc. III – válido somente para as condutas relacionadas aos crimes taxativamente escolhidos pela lei, dentre eles, os crimes contra o sistema financeiro da Lei n. 7.492/86). No entanto, a prisão temporária tem o prazo de duração máxima de 5 dias prorrogáveis por igual

período se puder ser comprovada extrema necessidade (Art. 2º). Após o decurso deste prazo, o preso deverá ser imediatamente posto em liberdade, salvo se já houver sido expedido decreto de prisão preventiva, sob pena de configurar hipótese de responsabilidade penal do Juízo por uso de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, Art. 4º, inciso I).

IV.2 Prender um acusado para forçar uma colaboração pode ser considerado um método de tortura?

A esta altura da pesquisa existem algumas perguntas que serão apresentadas para direcionar o desfecho do raciocínio sobre o tema:

(i) Primeiramente, **existe cabimento legal para o uso da prisão preventiva para a consecução da delação premiada?**

No plano jurídico, a aplicação da prisão preventiva para obtenção de acordos não possui menção expressa em nenhum diploma legal. O Código de Processo Penal, a Lei n. 12.850/2013 (dispõe sobre os métodos de investigação contra as organizações criminosas) e a Lei n. 7.960/89 (dispõe sobre a prisão temporária) não preveem o cabimento da prisão preventiva sob a justificativa de se obter um acordo ou delação. Inobstante, como as informações que podem ser obtidas com uma negociação ou acordo são extremamente valiosas e dificilmente seriam obtidas por outros meios, o Ministério Público (em especial o MPF) e a magistratura tem compreendido que a prisão preventiva pode sim ser utilizada para fins específicos de influenciar os investigados a colaborar com as investigações.

A segregação dos acusados é um método antigo, e se deve principalmente pelo fato de que a justiça sempre terá mais dificuldades para obter uma confissão se existe um “pacto entre cavalheiros” para a manutenção do segredo sobre a conduta criminosa. No entanto, quando um acusado é preso, os demais integrantes da organização criminosa ficarão sob alerta, já que dificilmente alguém iria preferir sofrer uma sanção grave em um processo podendo repassar este prejuízo aos demais coautores para minimizar sua própria *reprovabilidade*. Além disso, durante as investigações, as informações passam a ter um valor negocial de mercado – à medida que mais delações são realizadas – os acusados são pressionados a colaborar para não perder o valor sua própria informação em troca de benefícios pessoais no acordo.

Como exemplo, em 21 de Novembro de 2014, durante a Operação Lava Jato, na apreciação do Habeas Corpus nº 5029016-71.2014.4.04.0000 impetrado a favor de Ricardo Ribeiro Pessoa (presidente da empreiteira UTC, atualmente condenado a oito anos de prisão⁶³) contra decisão concessiva da prisão preventiva pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, o Procurador da República responsável pelo parecer junto ao 4º Tribunal Regional Federal, Manoel Pastana, destacou que “além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução penal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”.

Embora o réu tenha se disposto a colaborar com as investigações e não apresentasse risco de fuga, o Procurador frisou “envolvidos como o paciente, alto executivo de grande empreiteira com grande potencial de corromper agentes públicos (e de ser corrompidos) deve ser mantido segregado, a fim de se resguardar o erário dos constantes ataques a que vem sofrendo nos últimos tempos”. Em momento algum foram especificados quais os fatos – e se havia uma cadeia de fatos e provas – indicariam a existência desse alto potencial abstrato de corromper (a corrupção é um crime de consumação material e não comporta o “risco de perigo”).

O Procurador encerrou esta peça notável revelando que “a conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente (provável por quê?), que lida com pagamento a vários agentes públicos (que pagamentos e quais agentes públicos são esses?), **mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos** (comentários e grifo nossos)”.

(ii) Em segundo lugar, o uso da prisão preventiva para a obtenção da delação premiada pode ser considerado um método de tortura? Se sim, é verdade que ninguém será submetido à tortura sob nenhuma hipótese ou existem exceções?

⁶³ FONSECA, Alana; DIONÍSIO, Bibiana; KANIAK, Thais. **Dono da UTC, Ricardo Pessoa, é condenado a 8 anos pela Lava Jato**. G1 PR, 24 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/dono-da-utc-ricardo-pessoa-e-condenado-8-anos-pela-lava-jato.html>>. Acesso em: 05.06.2017.

Para encontrar estas respostas, os direitos contidos no texto constitucional precisam da delimitação do seu núcleo essencial; assim como o tipo infralegal necessita de um sentido mínimo, racionalmente fundamentado, pois ambos afetam direitos indisponíveis e irrenunciáveis independentemente das pressões políticas externas. Quando a CRFB diz “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (Art. 5, inc. III)” e que não haverão penas cruéis (Art. 5º, inc. XLVII, alínea e) isto significa que para a construção de um Estado Democrático a tortura deve ser banida, por meio de normas proibitivas que vedam indistintamente tanto os particulares e o poder público (por meio de seus representantes) a utilização da crueldade sob qualquer hipótese (visto que não existe reserva de lei nos enunciados normativos), pois o equilíbrio do sistema jurídico depende da vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais obtidos durante o avanço civilizatório.

Se a necessidade da prática judicial eventualmente exige um esforço de afastamento da aplicação da norma constitucional, “não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos” (BARCELLOS, 2005, p. 141).

Por analogia também podemos aplicar este raciocínio não restritivo na valoração das normas constitucionais que nos *garantem* que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, inc. II); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, inc. LIV); “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Art. 5º, inc. LVI) e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Art. 5º, inc. LVII). Na conjugação destas quatro normas existem algumas premissas da legalidade e do devido processo legal que fundam a legitimidade do monopólio da autodefesa próprio da atividade jurisdicional, embora de modo flexível justamente pela necessidade de ampliação do seu sentido ao maior número possível de casos.

Se ninguém pode ser preso senão pelo devido processo legal e a prisão preventiva é uma medida excepcional e anterior ao contraditório; se ninguém pode ser obrigado a se autoincriminar ou colaborar com a justiça; e as informações pessoais do acusado são

divulgadas justamente para coagi-lo psicologicamente a colaborar com a justiça; se um acusado foi preso sem materialidade, indícios ou como opção mais simples para se obter uma confissão; se, um cidadão só pode ser tratado com culpado, e, por conseguinte, sofrer uma pena de prisão em decorrência de uma decisão judicial que respeitou as etapas e condições de verificação empírica das acusações que lhe foram imputadas, então, as delações obtidas mediante a prisão prévia do colaborador são ilícitas (e antiéticas) e nós juristas estamos diante de uma prática na qual o Estado se aproveita de sua própria torpeza, por meio de um método clássico de tortura com um leve toque de requinte civilizatório.

IV.3 A leitura da prisão processual sob a ótica constitucional

As restrições ao direito de liberdade devem ser racionalmente fundamentadas, em especial quando esta não decorre de uma condenação definitiva, para que a (in)justiça não se regozije do infortúnio da presunção de inocência. “O controle do discurso (...) é o meio disponível de obter-se a neutralidade possível.” (BARCELLOS, 2005, p. 128). A pena de prisão exige atenção na definição das elementares constituintes da sanção, nas hipóteses de cabimento, na adequação, necessidade e proporcionalidade da medida adotada em relação à gravidade do delito, e, mesmo quando presentes os indícios de autoria e materialidade, só é legítima se obtida em respeito aos princípios que regem o direito processual penal, como a intervenção mínima, que torna subsidiária a prisão processual (CPP, Art. 282, § 6º), sendo preferível o uso das medidas cautelares alternativas (CPP, Art. 319) sempre que possível, enquanto meio apto a realizar com menor intensidade de restrição os interesses em tensão.

Neste sentido, durante a análise do HC 141.478 RJ (publicado no DJE em 07.04.2017) decorrente da Operação Lava Jato, o Ministro Gilmar Mendes (STF) cassou uma prisão preventiva por compreender que esta medida era desproporcional, pois a “inexistência das situações que pudessem ensejar a excepcionalidade da prisão em foco, tendo em vista a ilegalidade acima demonstrada, bem como pelo fato de que as medidas cautelares previstas se mostram mais do que suficientes para afastar a custódia cautelar”.

A decisão de primeira instância prolatada pela 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro na Ação Penal n. 0501634-09.2017.4.02.5101, reconheceu a existência das circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva, por garantia da ordem

pública e conveniência da instrução criminal, com uma justificativa decorrente da “periculosidade do agente”, obtida pela soma dos seguintes fatores: o perigo abstrato de consumação do crime de corrupção, pois o agente era empresário e conhecia outros corréus (culpabilidade indireta?); a tentativa de embaraço às investigações e a possibilidade de reiteração criminosa; inobstante, os crimes anteriores do acusado haviam sido cometidos em 2010 e 2011, transcorridos 5 anos destes até a acusação que ensejou a prisão *in casu*.

Na atividade jurisdicional, o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva (que devem ser interpretados estritamente) é a garantia de compromisso com o cumprimento das formas processuais penais e de formação da verdade processual – aproximativa da realidade, conectada aos preceitos legais e éticos que protegem a dignidade do acusado – para que a verificação empírica, além de um juízo de possibilidades, preencha com qualidade e de modo lícito o ônus probatório mínimo apto a embasar a proposição da denúncia. Se o indiciamento e a aceitação da denúncia dependem de evidências, ou depoimentos, provas periciais, escutas telefônicas e outras fontes de investigação policial para confirmar a condição do réu e dar início ao processo persecutório, deve haver também um juízo de probabilidade, ou seja, um predomínio das razões positivas que indicam a culpabilidade do agente⁶⁴.

Assim como a Professora Ana Paula Barcellos⁶⁵, a posição adotada nesta pesquisa valoriza o critério da ponderação que prioriza o máximo efeito possível de um princípio fundamental que realize a dignidade da pessoa humana diretamente, quando esta se encontre em conflito com outra regra ou princípio, que mesmo de natureza constitucional, não realize ou afete apenas indiretamente a dignidade.

Se existem normas constitucionais com natureza de regra e outras de princípio, o grau de restrição de uma decisão judicial sobre os bens jurídicos envolvidos em conflitos pode servir à definição de quem deve prevalecer, como no caso do sopesamento de direitos subjetivos (como a liberdade pessoal e o privilégio contra a autoincriminação⁶⁶) em face de

⁶⁴ JUNIOR, Aury Lopes. Ob. cit., pps. 605-606 e 615.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., pps. 112-114, 121, 146, 164, 177, 222, 225 e 304.

⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 80.949/RJ**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DJE 14.12.2001: “O privilégio contra a auto-incriminação – *Nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186, C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta de advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo,

outros previstos para guiar de modo geral o bom funcionamento do Estado e da atuação de seus agentes (como a eficiência e a ideia de supremacia do interesse público). Neste cenário, os direitos fundamentais tem uma preferência abstrata para concretizar-se, embora a atuação ativista do Poder Judiciário delibere seus próprios mandamentos e crie um *gap* entre os enunciados normativos (as regras legalmente instituídas) e as normas (o significado da regra atribuído pelo intérprete durante a atividade hermenêutica)⁶⁷.

A concordância prática (menor restrição possível dos enunciados em conflito) entre a liberdade e a eficiência é uma tarefa árdua, pois, a estes direitos subjetivos inalienáveis é atribuída eficácia negativa que obriga o Estado a abster-se de sua violação. “Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, (...) senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil.” (AURY, 2014, p. 33) . Na hipótese de prisão preventiva esta vinculação é urgentemente mais grave, considerando que no Brasil aproximadamente um terço do total de presos está na tutela do Estado em situação jurídica indeterminada, talvez pior do que os presos condenados que ao menos tem uma expectativa *provável* da duração do seu suplício.

IV.4 Os excessos da “garantia à ordem pública” e a Campanha Liberdade para Rafael Braga

Um caso recente e paradigmático sobre o recrudescimento das agências punitivas e da política de intolerância com as pessoas mais pobres e vulneráveis é a história de Rafael Braga, jovem negro, morador de rua, e que catava latinhas enquanto foi detido durante as manifestações contra o aumento das passagens no Rio de Janeiro em 20 de Junho de 2013. Rafael foi preso em flagrante por portar 2 garrafas de produto de limpeza identificadas como material explosivo – e apesar de não ter nenhum envolvimento com os militantes e as manifestações que ocorreram neste dia – permaneceu preso durante 5 meses no Complexo Penitenciário de Japeri, sem julgamento.

forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razões, em conversa “informal” gravada clandestinamente ou não.”

⁶⁷ Esta definição é adotada a partir da diferenciação realizada por Robert Alexy. “Uma norma é, portanto, o significado do enunciado normativo. A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, São Paulo, 2ª Edição, 2011, p. 54.

Inacreditavelmente o flagrante foi convertido em prisão preventiva durante o julgamento de um Habeas Corpus proposto pela Defensoria Pública⁶⁸, sob a justificativa de garantia da ordem pública e de resguardar a aplicação de eventual sanção penal. O processo judicial foi concluído mesmo diante de diversas irregularidades formais: a denúncia foi proposta com a data errada, marcada como o dia posterior ao qual Rafael de fato havia sido preso e a única prova utilizada para condená-lo foi o depoimento dos policiais que o prenderam.

Durante a perícia, o laudo do esquadrão antibomba da Polícia Civil confirmou a ínfima possibilidade das duas garrafas que Rafael portava funcionarem como “coquetel molotov”. Rafael nem mesmo teve direito à ampla defesa: o juízo negou o pedido de acesso à câmara da viatura policial que o levou à delegacia e, posteriormente, durante o julgamento da acusação forjada que sofreu, ao GPS da tornozeleira - provas que poderiam ter mudado o rumo do julgamento e comprovado sua inocência.

Rafael trabalhava catando material para reciclagem no Centro do Rio de Janeiro, e para economizar o valor das passagens, voltava somente às vezes para sua casa, na Vila Cruzeiro, Zona Norte do Rio de Janeiro, onde residem seus pais e irmãos; as garrafas que ele portava – uma de Pinho Sol e a outra de Água Sanitária – serviam para limpar o chão dos lugares onde dormia. Por este incidente, Rafael recebeu uma condenação muito alta e desproporcional, ao todo sua pena inicial contabilizou 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime fechado. Em Outubro de 2014, ao sair para uma progressão ao regime semiaberto, Rafael foi contratado por um escritório de advocacia com a ajuda de instituições populares de defesa dos direitos humanos.

Um mês após estar em liberdade, Rafael foi punido disciplinarmente e foi mantido preso na solitária por um mês, porque um dos seus advogados postou uma foto sua nas redes sociais em frente a uma pixação que dizia “Você só olha da esquerda p/ direita, o Estado te esmaga de cima p/ baixo” no dia da Consciência Negra. Rafael saiu da prisão novamente em Dezembro de 2015, e, logo em seguida, em 12 de janeiro de 2016, enquanto ia comprar pão a

⁶⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão Monocrática do **HC 322.684 RJ 2015/0101761-0**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Paciente Rafael Braga Vieira, publicada no DJ em 07.05.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerico&num_registro=201501017610. Acesso em: 12.06.2017.

pedido de sua mãe, foi abordado pelos policiais da Unidade de Polícia “Pacificadora” da Vila Cruzeiro, onde reside sua família.

Os policiais insistiram para que Rafael confessasse ter envolvimento com os traficantes do local, e quando este se negou, o espancaram a caminho da delegacia, onde imputaram a Rafael um kit flagrante forjado com 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão. Apenas 3 (três) meses após, Rafael foi condenado a 11 (onze) anos de prisão por tráfico e associação ao tráfico.

Desde a época da primeira prisão, o Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (DDH) tomou à frente da defesa de Rafael e, juntamente com a Anistia Internacional e o extinto Fórum de Enfrentamento ao Genocídio do Povo Negro criaram a Campanha “Liberdade para Rafael Braga”⁶⁹, a qual fazemos alusão no nome deste subtítulo. A campanha segue realizando uma série de atividades, como rodas de conversa, vigílias e campanhas de arrecadação de mantimentos, tendo o objetivo de denunciar ao público o caráter seletivo da justiça penal que perpetua a discriminação e o racismo estrutural, através da camuflagem da Guerra às Drogas e da política de segurança pública como um todo, que só alcança os pobres pelo implacável uso de violência estatal. A expectativa é de que casos como este se multipliquem, em especial por conta criminalização das manifestações sociais reconhecidas como crimes de perigo abstrato e atos preparatórios de terrorismo a partir de 2016⁷⁰.

IV.5 A indeterminação das hipóteses de prisão preventiva e a prisão sem prazo

Como visto anteriormente, as garantias processuais possuem efeitos no campo da comprovação jurisdicional (e sua exigência de rigor formal), embora também vinculem a definição legislativa dos tipos, pois a utilização de termos de conceito aberto (como a garantia da ordem pública⁷¹) deveria estritamente ser interpretada sob a reserva da lei. A ausência de

⁶⁹ ANISTIA INTERNACIONAL, DDH e Organização Meu Rio, **Liberdade para Rafael Braga**: somos todos defensores de Rafael Braga. Disponível em: <<http://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/>>. Acesso em: 12.06.2017.

⁷⁰ BRASIL, Lei n. 13.260/2016, LEI ANTITERRORISMO, 16 de Março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113260.htm. Acesso em: 12.06.2016.

⁷¹ “O outro fundamento do decreto prisional é o da necessidade de resguardar a ordem pública, ante a gravidade dos crimes imputados e o receio de reiteração delitiva. Ocorre que a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas 130.254/PR**, Julgamento Monocrático, Relator Ministro Teori Zavascki, Paciente

precisão semântica expressa uma legalidade frágil e fornece as condições ideais à retrospecção autoritária, permitindo ao judiciário revestir-se de vigilantismo, como nos tempos em que os chefes de polícia eram escolhidos entre os desembargadores, além de receberem a atribuição para julgar pequenas infrações, assumindo, portanto funções judiciais.

Até bem pouco tempo atrás da CRFB havia a possibilidade de se iniciar um processo a partir de uma portaria lavrada pela autoridade policial, ou pelo auto de prisão em flagrante lavrado⁷² sem o detalhamento da denúncia e da consequente etapa de admissibilidade. Nos dias atuais, a politização do Poder Judiciário ganhou novas estratégias, e gradualmente invade a esfera reservada aos órgãos majoritários, reivindicando para si um poder irrestrito em corrigir as imprevisões da lei e eleger as elementares essenciais dos tipos.

As elementares são responsáveis por descrever as condutas ilícitas ou tipos penais processuais e fixar seus elementos essenciais, sem os quais inexistente a tipicidade. Para distinguir uma elementar de uma simples circunstância do crime, basta que seja feita uma eliminação hipotética; se neste processo de subsunção restar afastada uma ou mais elementares, estar-se-á diante da atipicidade do fato, que pode ser absoluta, não caracterizar nenhum tipo, como um indiferente penal, ou relativa, quando o fato se adéqua melhor ao tipo de outro delito ou tipo processual.

A relevância em definir quais são as elementares da prisão preventiva decorre justamente de sua vinculação indispensável à realização do preceito secundário (sanção). Além disso, elas também são utilizadas para proceder à individualização da pena, momento no qual, o intérprete não poderá evocar como circunstâncias (aquilo que não compõe a descrição típica) as elementares já utilizadas em outras fases processuais, sob o risco de ferir o

Alexandrino de Salles Ramos de Alencar (ex-diretor de Relações Institucionais da Odebrecht e ex-vice-presidente da Braskem). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-alexandrino.pdf>>. Acesso em: 30.05.2017.

⁷² BRASIL. REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DO IMPÉRIO, Lei n. 261/1841, 03 de Dezembro de 1841: “CAPÍTULO I – Da Policia

Art. 1º Haverá no Município da Côrte, e em cada Província um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necessarios, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe da Policia.

Art. 2º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a acceitar.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim261.htm. Acesso em: 08.06.2017.

ne bis in idem (vedação à dupla incriminação – princípio corolário à garantia da coisa julgada⁷³).

A existência das regras processuais e tipos penais é o que confere coerência ao ordenamento jurídico e domestica os abusos de Poder, pois a incerteza e a desconfiança são óbices ao desenvolvimento dos indivíduos e de toda a coletividade. A atribuição de um núcleo irreduzível aos mandamentos constitucionais é o que lhe salvaguarda de intermitentemente ser deliberado durante os ciclos de alternância dos grupos majoritários no exercício dos poderes políticos.

Por este prisma, considerando que a prisão preventiva é um instituto excepcional e de natureza infraconstitucional, embora a redação legal do Art. 312, CPP, possua um alto grau de imprecisão evidentemente incompatível com a importância do direito a liberdade e do devido processo legal, sua aplicação está intrinsecamente condicionada à leitura destes princípios constitucionais. Conforme nos ensina o Professor Alberto Binder⁷⁴

Esses princípios não estão só *reconhecidos*, mas estão *garantidos*. Muitas vezes se usam indistintamente os termos princípios ou garantias, mas eles não são a mesma coisa. (...) Na realidade, um princípio (v.g. a defesa em juízo) *está garantido só quando seu descumprimento gera a invalidez do ato que o violou*. Para garantir o cumprimento desse princípio, estabelecem-se requisitos para os atos processuais ou regulam-se sequências entre os atos. Esses requisitos legais ou essas sequências necessárias previstas na lei são *as formas processuais*. Quando não se cumpre uma *forma* (se descumpra um requisito legal ou se rompe uma sequência necessária), a atividade processual torna-se inválida ou defeituosa. (...) Por essa razão, o nível de adequação de um sistema processual aos princípios do Estado de direito não se mede somente pela incorporação desses princípios à ordem normativa, mas pelo grau em que eles estejam garantidos. (grifos no original)

O outro efeito nocivo da imprecisão do tipo legislativo é o prolongamento indeterminado das prisões processuais. Se de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, atualmente 17,3% das pessoas encarceradas no Brasil estão presas provisoriamente há mais de 180 dias, na Operação Lava Jato, conforme o levantamento feito pelo site Consultor Jurídico⁷⁵ (ConJur) a partir das informações disponibilizadas pela Justiça Federal, as prisões preventivas

⁷³ BRASIL, Constituição (1998), Art. 5, inc. XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁷⁴ BINDER, Alberto. Ob. cit, pps. 42-43.

⁷⁵ CANÁRIO, Pedro. **Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses**. Consultor Jurídico, 07 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>>. Acesso em: 06.06.2017.

duraram em média 281 dias – equivalente a 9,3 meses – considerando as decisões levantadas desde o início das prisões em 2014 até Janeiro de 2017, ao todo 86 pessoas foram presas durante quase um ano, sem condenação definitiva.

Em algumas situações, a prisão realmente se converteu em uma antecipação compulsória da pena. Dentre os mais notáveis, Carlos Habib Chater (empresário do DF), que foi a primeira pessoa presa durante a Operação, ficou mais de 1.000 dias preso preventivamente; Alberto Youssef (doleiro e empresário) ficou preso mais de 900 dias até ir para a prisão domiciliar, como um “prêmio” por aceitar a realização de um acordo de delação; Renato Duque (ex-diretor de serviços da Petrobras) ficou preso por 800 dias e igualmente só foi liberado após assinar um acordo.

Considerando que a partir da Reforma Processual de 2011 (Lei n. 12.403/11) as hipóteses de prisão de prisão preventiva (instituto mais grave de natureza cautelar processual) foram modificadas, houve uma supressão do prazo máximo de duração desta medida. Anteriormente, o prazo de 81 dias era o parâmetro para a verificação do excesso de duração, configurado neste caso o constrangimento ilegal (permanência de alguém preso por mais tempo do que determina a lei, sanável por Habeas Corpus segundo o CPP, Art. 647, inc. II).

O prazo previsto na Lei n. 9.303/96 determinava o encerramento da instrução criminal que não tivesse reunido provas suficientes durante as investigações de ações praticadas por organizações criminosas, mas veio a ser amplamente aplicado nos demais crimes puníveis por reclusão, graças à construção da Jurisprudência para suprir a lacuna legal sobre o tema. Atualmente a regra vigente é a do “não-prazo”, e a razoabilidade é o principal critério norteador para as decisões judiciais, quando não a extensão da conveniência, enquanto o juiz assim achar necessário. Pela sua natureza imprecisa e indeterminada, este instituto pode ser aplicável em muitas situações, configurando o atual quadro problemático onde não podemos ter uma expectativa da duração de uma prisão preventiva ou mesmo de um processo criminal.

IV.6 Jurisprudência atual

Essa história de emprego de violência para obter a confissão é muito usada e já não impressiona a ninguém mas, como dizia o magistrado preopinante, **o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão, o que importa é saber**

se a confissão corresponde à realidade. (TJSP, Câmaras Criminais Conjuntas, 1961)⁷⁶ (grifo nosso)

Impulsionada pelo furor nacional pelo combate à corrupção, a prisão preventiva tem sido distorcida da sua finalidade instrumental em prol de diversas outras hipóteses não expressas, como a obtenção dos acordos de colaboração premiada. Como o objeto de pesquisa parte do referencial histórico da Lei 12.850/13, será utilizado o exemplo da Operação Lava Jato, em que cerca de 91 pessoas foram presas preventivamente e outras 101 temporariamente⁷⁷. Considerando que 328 pessoas foram denunciadas, a prisão preventiva foi utilizada em média contra 58,8% dos acusados⁷⁸.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se diversas vezes sobre a questão da prisão preventiva para obtenção da delação premiada, como no julgamento monocrático do **Habeas Corpus** 127.186/PR em 28 de abril de 2015 (publicado no DJE em 06.05.2015), de relatoria do Min. Teori Zavascki e impetrado pelo paciente Ricardo Ribeiro Pessoa (ex-presidente da empreiteira UTC). Na ocasião, foi concedida a liminar de liberdade e o ministro relator questionou o argumento alegado pelo juiz Sérgio Moro “de que a prisão preventiva seria uma medida razoável”, pois havia convencido outros corréus em situação parecida a prestarem colaboração⁷⁹. Nas palavras de Zavascki,

(...) Essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade (...) manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária. Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada. (grifo nosso)

⁷⁶ BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 48, o autor indica essa curiosa sentença originalmente relatada na obra de DESIMONI e TARANTINO, **La nulidad en el proceso criminal**, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 199.

⁷⁷ SALOMÃO, Lucas. **Lava Jato completa 3 anos e soma 198 prisões; 5 políticos se tornaram réus no STF**. G1, Brasília, 17 de Março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-completa-3-anos-e-soma-198-prisoas-5-politicos-se-tornaram-reus-no-stf.ghtml>>. Acesso em: 29.05.2017.

⁷⁸ O cálculo é aproximativo pois desconsidera os mandados de prisão expedidos contra os acusados que foram presos em uma ou mais ocasiões distintas no curso do processo.

⁷⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, Artigo 8º (Garantias Judiciais), Item 2: ”Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g. **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada**; (grifo nosso)”

No entanto, o entendimento da jurisprudência sobre o tema não é pacífico. Em sentido oposto aos argumentos levantados pelo STF, à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de reconhecer a possibilidade da utilização vinculada da prisão preventiva com a delação premiada em uma ação da Operação Lava Jato, em especial no caso de descumprimento do acordo. Na decisão de indeferimento do HC 76.026/RS (publicado no em DJE 11.10.2016) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na relatoria do Min. Felix Fischer, a 5ª turma afirmou que

Decretar ou não decretar a prisão preventiva não deve antecipar juízo de culpa ou de inocência, nem, portanto, pode ser visto como antecipação da reprimenda nem como gesto de impunidade. (...) O colegiado entendeu que o descumprimento de acordo de delação premiada pode ser motivo para o restabelecimento da prisão preventiva. (...) Nos casos em que a intensidade do descumprimento do acordo de colaboração mostrar-se relevante, a frustração da expectativa gerada com o comportamento tíbio do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar, **mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração.** (grifo nosso)

Estas decisões foram tomadas de modo exemplificativo e os argumentos possivelmente envolvidos não foram esgotados. Contudo, para os fins deste trabalho, foram tomadas apenas como referenciais, visto que uma pesquisa jurisprudencial criteriosa dependeria de uma metodologia de pesquisa diferente da que foi escolhida – que intenta na verdade a construção de um panorama geral e inacabado sobre esta polêmica – dada a mudança constante nos desvendamentos da Operação Lava Jato e de outras investigações semelhantes (que continuam a acontecer neste exato momento). Por esta razão, ao longo do texto outras decisões foram utilizadas para enriquecer os argumentos que podem ser utilizados em ambos os sentidos.

IV.7 Consequências indiretas

A lacuna legal sobre o cabimento da prisão preventiva para a consecução da delação premiada (seja para permitir ou proibir) também tem por efeito não vincular o Juiz a libertar um réu que se encontre preso e tenha aceitado realizar uma delação ou que após a realização do acordo venha a descumprir os seus termos⁸⁰. No momento da homologação, o magistrado

⁸⁰Para o colegiado, não há, do ponto de vista jurídico, relação direta entre acordo de colaboração premiada e prisão preventiva. Dessa forma, o descumprimento do acordo, por si só, não pode ser motivo para nova decretação de custódia cautelar. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 138207/PR, 2ª Turma,

sempre deve considerar a existência de risco do emprego arditoso ou criminoso da delação pelo réu: motivados pelo interesse em prejudicar terceiros ou obter vingança contra os membros de uma organização criminosa ou do cartel.

O acordo necessariamente envolve um cálculo de vantagens e desvantagens; se as informações que o réu possui são mais valiosas do que o prejuízo em ser incriminado, e se a acusação está disposta a aceitar suas condicionantes, a “verdade” pode ser contada apenas parcialmente ou de modo distorcido. Cada negociação tem o seu *timing*, onde se calcula o valor da informação para maximizar os ganhos possíveis (como diz o velho ditado que afirma que “todo mundo tem seu preço”).

Negociar com a justiça naquele momento poderia ser a melhor opção, o que não significa que o réu deixará de praticar a conduta delituosa e que as informações repassadas são condizentes aos fatos e poderão ter utilidade. É possível que empresas também usem esta oportunidade para prejudicar concorrentes no âmbito administrativo durante a negociação de acordos de leniência. Nas lições do Professor Geraldo Prado⁸¹

O cuidado que envolve o tema da formação da prova leva em consideração questões de ordem prática como, por exemplo, a manipulação indevida do elemento probatório com o propósito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidade e, também interroga no plano teórico, as condições concretas do melhor conhecimento judicial. Em outras palavras, trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria.

Por outro lado, a banalização do casualismo nas decisões judiciais também afeta as garantias processuais em esferas que não envolvem diretamente a liberdade pessoal, como nos métodos ocultos de obtenção de prova, em especial nas interceptações (ou interpretações?) telefônicas dos advogados e seus escritórios, para fins de monitorar os atos e estratégias de defesa combinadas com os réus e alcançar as informações restritas ao sigilo profissional.

Relator Ministro Teori Zavascki, Paciente Fernando Antônio G. H. de Moura (lobista e delator de José Dirceu), publicado no DJE em 04.11.2016.

⁸¹ PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim 262, IBCCRIM, Setembro/2014, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim262.pdf>>. Acesso em: 31.05.2017.

Um caso notório foi o grampo à central telefônica do escritório de advocacia Teixeira, Martins & Advogados (SP) mantido durante 30 (trinta) dias pelo juiz Federal Sergio Moro⁸² a pedido da procuradoria para interceptar pessoas ligadas a Luiz Inácio Lula da Silva. No local trabalha Roberto Teixeira (advogado do ex-presidente), mas ao todo 25 (vinte e cinco) advogados e conversas com outros 300 (trezentos) clientes foram grampeadas. Inobstante, esse método oculto de investigação não é cabível quando existem outros meios de se obter as provas, e a flexibilidade da jurisprudência abre brechas para seu uso direcionado politicamente a tranquilizar a opinião pública, com a publicidade de fragmentos escolhidos fora de contexto e sem permitir o acesso da defesa ao conteúdo integral das informações obtidas.

Ao final, a expectativa da prisão não foi confirmada, mas desmascarou-se o perfil beligerante da magistratura em agressão frontal às garantias da inviolabilidade das comunicações telefônicas (CRFB, art. 5º, inc. XII), do exercício de atos privativos da advocacia para o preparo adequado da defesa técnica e dos direitos do advogado como a inviolabilidade do local de trabalho e da correspondência relativa ao exercício da profissão (Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, Art. 7º, inc. II).

A esta altura da pesquisa, para fins didáticos, as próximas decisões consideradas relevantes serão expostas de modo orientado para responder alguns questionamentos. Diante da existência de questões mais profundas de natureza processual e material, decorrentes da interpretação da recente Lei n. 12.850/13 (como efeitos secundários no plano da coisa julgada material e lacunas hermenêuticas), e o próximo capítulo será destinado à análise do alcance geral do instituto da delação premiada.

V O ALCANCE DOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA

Se era necessário encontrar a verdade, nada melhor que buscar no espírito do imputado. Quem poderia conhecer melhor a verdade dos fatos que o próprio acusado? Esta pergunta abriu passagem à tortura e à prática de considerar o imputado como um objeto do qual era necessário extrair informação. A confissão converte-se na rainha das provas e a tortura é legalmente admitida, ainda que se lhe

⁸² VASCONCELLOS, Marcos; RODAS, Sérgio. **Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados**. Consultor Jurídico, 17 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em: 02.06.2017.

estabeleçam muitos limites e requisitos, nem sempre cumpridos na prática. (...) Talvez tenha mudado – e não tanto! – algumas das formas de tortura ou já não se utilizem métodos tão violentos, mas a investigação busca, todavia, em grande medida, provocar uma confissão e este é um princípio ainda muito consolidado nos sistemas judiciais dos países centrais.⁸³

A prova só é concebida, segundo a sua elementaridade democrática a partir da submissão ao controle judicial e ao crivo do contraditório e da ampla defesa. O princípio do contraditório, por sua bagagem histórica, rege o direito de manifestação e pressupõe a ciência e participação de todos os atos processuais, enquanto o princípio da ampla defesa assegura a defesa técnica e a autodefesa. Sem esses requisitos formais de reconstrução do fato concreto, portanto, de reconstrução informativa, nós não temos como considerar a legitimidade probatória.

Quando o juiz participa de alguma maneira da fase pré-processual, da fase investigativa, ele tem que estar afastado do processo julgamento da causa, sob pena de contaminar sua percepção sobre os fatos antes de formar a convicção. “Ao contrário, os sistemas acusatórios se baseiam no debate e no diálogo, a discussão e a controvérsia são o método que permite indagar a verdade e confia-se neste mecanismo antes que na clarividência ou mérito de uma só pessoa” (BINDER, 2003, p. 55).

No momento de decidir – ou de homologar o acordo tratando-se da delação premiada – se o juiz não puder obter a certeza necessária à condenação, e a prova da acusação for insuficiente, este deverá absolver o réu (art. 386, VII do CPP) em decorrência do princípio chamado *in dubio pro reo* – quando não for possível alcançar a certeza o resultado deve se inclinar a absolver o réu a favor da dúvida (observe que certeza e convencimento são conceitos bastante distintos). Além disso, a Lei n. 12.850/13 prevê que o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Segundo a teoria da cadeia de custódia das provas, de autoria do Professor Geraldo, a permissibilidade dada ao juiz para a eventualmente determinar a produção de provas *ex-officio* contida no art. 156, CPP, sobrevivente da Reforma de 2008, repousaria em uma “razão de estado” visto que a atribuição de poderes de instrução ao juiz seria necessária para compensar déficits na reunião dos elementos de materialidade delitiva pelos membros do

⁸³ BINDER, Alberto. Ob. cit., pp. 48.

Ministério Público. Por equivalência lógica, se mesmo após a colheita de provas no inquérito policial e da fase de conhecimento do processo, o magistrado reconhecer “não haver prova da existência do fato” ou “não existir prova suficiente para a condenação”, estará adstrito a declarar a absolvição do acusado (dentre as outras hipóteses contidas no art. 386, CPP).

A responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável⁸⁴, consoante precedente do STF, na apelação 521 de relatoria da Ministra Rosa Weber, publicada no DJE em 05 de maio de 2015. Muitos dirão que seria mais útil ao ímpeto punitivo se os magistrados tivessem o máximo de liberdade possível para garantir o sucesso da instrução penal, no entanto, sob a perspectiva garantista – que trabalha com a verdade possível e não com a verdade real – isto significa que a presunção de inocência só será superada se as provas puderem ingressar em juízo pelas vias legalmente instituídas.

Estes limites – os níveis de verificação empírica⁸⁵ – serão mais restritivos quanto maior for a invasão na esfera privada e na dignidade do indivíduo, como exemplo, a exigência legal de autorização judicial para a realização de interceptações telefônicas (Lei n. 9.296/96, art. 1º, caput), para o afastamento do sigilo bancário e fiscal, para a decretação da prisão preventiva e para a realização da ação controlada que retarda o efeito da prisão em flagrante, mantida sob observação policial.

V.1 A cadeia de custódia das provas processuais penais

Uma decisão judicial que determine a restrição da liberdade de um cidadão em sede cautelar deve estar calcada em um alto grau de probabilidade, equivalente ao nível de restrição da medida sobre este direito fundamental e às garantias que amparam o réu a partir do início da fase processual. O seu aspecto subsidiário vincula o juiz, durante o despacho de prisão, a demonstrar que outras cautelares seriam insuficientes para o andamento normal da investigação⁸⁶. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, idealizador da teoria do garantismo penal⁸⁷

⁸⁴ BRASIL. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional promulgado pelo Decreto n. 4.388/02, de 25 de Setembro de 2002, Artigo 66, da “Presunção de Inocência”, item 3.

⁸⁵ BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 65-66.

⁸⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 141.478 RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Paciente Flávio Godinho, DJE 07.04.2017.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 43.

A la atenuación o disolución de la estricta legalidad se unen así las de la estricta jurisdiccionalidad: es decir, una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. Y el juicio penal, al igual que el ético o el estético, degenera en juicio <<sin verdad>>: no motivado por juicios de hecho, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas; no realizado mediante reglas del juego – como la carga de la prueba y el derecho de defensa – que garanticen la <<verdad procesal>>, sino confiado a la sabiduría de los jueces y a la <<verdad sustancial>> que ellos poseen (...) el juicio se remite, en realidad, mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica.

Estas garantías también são observadas na teoria de conservação da cadeia de custódia das provas, concebida pelo Professor Geraldo Prado, com foco voltado à epistemologia do fato (ou seja, as condições de construção da verdade no processo⁸⁸). A submissão da análise de legalidade da prova, sob os critérios da pertinência e utilidade, é o que lhe atribui o “peso” para confirmar a acusação. Segundo esta teoria, a presunção de inocência produz o efeito de desautorização do processo⁸⁹, e por tanto, só será considerada válida a condenação de alguém submetido ao devido processo legal com regras previamente fixadas, marcado *ab initio* pela incerteza, e dotado da delimitação dos métodos de demonstração empírica (*fattispecie*) durante o processo cognitivo. “No processo penal não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. (...) A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 808).

Antes da reforma do Código de Processo Penal em 2008 (Leis n.º 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008) predominava o sistema da gestão presidencial da prova, típica dos sistemas inquisitoriais, onde o Juiz geralmente concentra isoladamente livres poderes para requisitar as provas (atividade acusatória) e realizar o julgamento (atividade jurisdiccional). Atualmente a prova foi reconduzida ao pertencimento da verdade dos fatos – as provas são provas dos fatos, e não provas das partes – e por tal razão, o processo também passa a ser regido por outro sistema, conhecido como a gestão compartilhada das provas. Ao réu é assegurado o direito a rastrear as fontes das provas⁹⁰ e dos demais elementos informativos das

⁸⁸ BINDER, Alberto. Ob. cit., pp. 55.

⁸⁹ PRADO, Geraldo. Ob. Cit., p. 18.

⁹⁰ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, Art. 7º (Direito à liberdade pessoal), Item 4: “Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.”

acusações que lhe foram imputadas e justificam sua interdição, bem como da oportunidade a formular uma defesa adequada.

Não somente estes direitos, como todos os demais que alçaram o status de garantia processual penal são também conquistas que necessitaram de amadurecimento moral, debates políticos e ponderação. O resultado desta equação envolve valores que não podem ser restritos sem a descaracterização do sistema como um todo, pois o pluralismo depende da permanência das escolhas políticas que historicamente evoluíram em matéria de direitos fundamentais. Se a liberdade é, de fato, um direito inviolável (CRFB, Art. 5º, caput), o alcance da sua restrição define o termômetro do Estado de Direito, enquanto o ativismo judicial é a forma como o Poder Judiciário administra a democracia.

V.2 As condições e os benefícios do acordo de colaboração

Como visto anteriormente, a Lei 12. 850/13 é a principal referência sobre o tema da delação premiada atualmente. Embora no enunciado normativo esteja previsto que ela será aplicável para as investigações de organizações criminosas, uma interpretação lato sensu também pode incluir a associação criminosa e a quadrilha ou bando. Para ser válida, a colaboração deve ser espontânea (não apenas voluntária), regular diante dos parâmetros legais e necessariamente eficaz, sendo exigido nexos causal entre ela e o efetivo esclarecimento das infrações penais de sua autoria, sob pena de rescisão do termo de colaboração a pedido do Ministério Público. A colaboração deve conduzir a investigação à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

No momento de definir quais as condições de cada acordo, a acusação levará em conta um ou mais dos seguintes critérios: i) a recuperação total ou parcial do produto do crime; ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão das tarefas da organização criminosa; iii) a gravidade dos crimes cometidos; iv) o tempo que o acusado demorou para delatar e se ele foi o primeiro a delatar o esquema (as informações tem valor de troca e cada acordo tem o seu *timing*); vi) a repercussão social do crime cometido; vii) a personalidade do delator, entre outros.

As provas obtidas por meio da delação premiada deverão ser analisadas relativamente ao conjunto probatório como um todo, o que também tem como efeito impedir que a simples existência de mais de uma delação permita uma condenação (*mutual cooperation*). A delação de vários réus não é suficiente para dar lastro a uma condenação, são apenas contribuições que devem ser consideradas, mas não tem valor por si próprias para justificar uma condenação. O acordo de cooperação premiada não pode produzir efeitos em outras investigações ou processos, e também não há previsão legal para paralisar um processo por que o réu já está condenado a esta ou aquela pena.

Durante a negociação de um acordo, o indiciado ou réu só pode ser beneficiado pela sua delação em face daqueles crimes que ajudou a apurar, vale dizer, naquele processo onde foi homologado o acordo. O colaborador tem o dever de cumprir as medidas de colaboração, e para tanto o MP pode retardar o oferecimento da denúncia em 6 meses prorrogáveis por igual período para que as promessas feitas no acordo sejam cumpridas, mesmo estando o réu preso; além disso, a Lei n. 12.850/13 também prevê o compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, parágrafo 14), hipótese a qual apresentamos resistência, pois a renúncia do direito ao silêncio terá a caracterização do perjúrio como consequência do seu descumprimento, embora isto não faça sentido porque o colaborador não se torna uma testemunha, ele continua na condição de réu interessado em obter o menor prejuízo possível para si mesmo. Mas afinal, quais são os benefícios processuais que podem ser ofertados pela acusação ao delator?

i) O maior de todos é o perdão judicial, hipótese de benefício repleta de polêmicas. Em alguns acordos, este instituto está sendo substituído pela suspensão do processo, como no caso dos acordos de delação da Odebrecht (“a delação do fim do mundo” como vem sendo chamada, diante da expectativa dos efeitos sobre o sistema político, em especial sobre os membros do PMDB).

Como exemplo, em agosto de 2016⁹¹, o Juiz Sérgio Moro suspendeu alguns processos da 1ª instância ao receber a notícia de que o ex-presidente da construtora, Marcelo Odebrecht, e outros executivos haviam se encontrado com Procuradores em Brasília e Curitiba para tentar

⁹¹ ONOFRE, Renato. **Negociação de delação faz Moro suspender ação contra Odebrecht**: processo que investiga ‘diretoria da propina’ fica suspenso por duas semanas. Jornal O Globo, São Paulo, 12 de Agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/negociacao-de-delacao-faz-moro-suspender-acao-contra-odebrecht-19912425>>. Acesso em 09.06.2017.

uma negociação com a Lava Jato. Diante de tamanha criatividade jurídica, nos perguntamos: uma negociação prévia tem a mesma eficácia que a homologação judicial do acordo para encerrar o processo, embora não prevista em lei? Mesmo se estes fatos precisarem de apuração em inquérito civil para outros fins, como a responsabilidade pelos danos e aplicação de multa?

Observe que a concessão do perdão judicial é uma hipótese bem distinta da ideia de suspensão do processo, sendo que a primeira é uma causa de extinção da punibilidade (Código Penal, art. 107, inc. IX) e produz o efeito da coisa julgada material; por sua vez, a suspensão do processo é anterior à análise do mérito da questão. Supondo que um acordo preveja a possibilidade da suspensão do processo, por quanto tempo ele poderá permanecer suspenso? O prazo da prescrição também fica suspenso? De fato, a Lei n. 12.850/13 possui um hipótese em que “o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional”, no entanto, esta suspensão é posterior a homologação e se situa na etapa de execução do contrato, o que evidentemente não se encaixa neste caso da Odebrecht que ainda se situava na etapa de negociação quando foi suspenso.

Atualmente o instituto mais parecido que temos com esta inovação judicial é a suspensão condicional do processo (sursis) previsto no art. 89, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). O sursis possui caráter despenalizador e foi criado com o objetivo de restringir a vitimização secundária das penas de curta duração, que não terão uma possibilidade séria de reeducação dos criminosos (como se algum tipo de pena tivesse).

Este dispositivo não se limita a competência do JECRIM, e pode ser aplicado a todas as infrações que tenham pena mínima menor ou igual a 1 ano de duração. O período de prova a qual fica sujeito o acusado é de 2 a 4 anos, e somente razões devidamente justificadas permitem uma imposição acima ao mínimo legal. A concessão do sursis suspende a contagem do prazo prescricional;

ii) Redução da pena em até $2/3$ – a redução estabelece um parâmetro de diminuição – mas não permite que seja homologado acordo de cooperação que estipule, para o futuro, um

limite de penas. Não existe essa previsão na lei que trata da organização criminosa, e o órgão do Ministério Público e um acusado não podem “legislar” e contrariar as normas de Direito Público; o acordo não pode valer como “lei entre as partes”, porque nem mesmo no Direito Privado os negócios jurídicos funcionam assim, devendo respeitar as normas instituídas e o princípio da boa-fé. Em análise *stricto sensu*, também compreendemos que este dispositivo não pode ser utilizado para reduzir a pena de multa, visto que a redação legal trata apenas da lei privativa de liberdade.

O conteúdo negociado nos acordos não pode estar acima do ordenamento legislado, por exigência constitucional da isonomia na prestação jurisdicional, que deve ser equitativa e com regras pré-definidas que sirvam igualmente a todos os cidadãos. Se o Judiciário e o MP passam a oferecer regimes e penas que não existem nas leis, também estão afrontando a separação dos poderes republicanos. Neste sentido, sobre a questão da individualização e determinação das penas durante a Operação Lava Jato, o Ministro Marco Aurélio⁹² do STF manifestou-se em uma entrevista no sentido de que "o Ministério Público não pode prometer algo que decorre da caneta de quem julga. O Ministério Público não fala pelo Judiciário".

Outro problema desta questão é a da quebra da taxatividade dos regimes de cumprimento de pena e da obtenção de benefícios como a progressão de regime e o livramento condicional, que estão previstos na Lei de Execuções Penais (LEP) e, teoricamente, devem ser observados dentro da competência do Juiz responsável pela execução. Nos acordos de delação dos executivos da Odebrecht, homologados pela Ministra Carmen Lúcia em 30 de Janeiro de 2017, foram criados pelo MPF três tipos inéditos de regime de cumprimento: domiciliar fechado diferenciado (cumprimento em casa); domiciliar semiaberto diferenciado (possibilidade de trabalho durante o dia) e domiciliar aberto diferenciado (recolhimento nos finais de semana).

Segundo a LEP, o regime é estabelecido na decisão final condenatória levando em consideração as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), o quantum da pena ou a natureza do delito, havendo três tipos de regime neste sistema progressivo: fechado, a ser cumprido em

⁹² MARCO Aurélio: negociar benefício em delação é atribuição do Judiciário. **Brasil 247**, 16 de Maio de 2017. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/poder/295729/Marco-Aurelio-negociar-benef%C3%ADcio-em-dela%C3%A7%C3%A3o-%C3%A9-atribui%C3%A7%C3%A3o-do-Judici%C3%A1rio.htm>>. Acesso em: 12.06.2017.

estabelecimento de segurança máxima ou média; semiaberto, em colônia agrícola ou similar; e o aberto domiciliar ou em casa de albergado. A LEP também prevê o regime disciplinar diferenciado, mas este funciona como uma sanção contra as faltas disciplinares cometidas no curso da execução.

Cada um destes regimes possui os respectivos lapsos temporais de cumprimento parcial da pena e “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado” (CP, Art. 33, § 2º, alínea a). O cumprimento do lapso temporal é um requisito objetivo indispensável pelo qual o apenado deverá, progressivamente, alçar um regime por vez até chegar ao mais benéfico possível ou, se não for possível, ser enfim libertado pelo cumprimento integral da pena. Resta saber, a quem caberá fiscalizar estes acordos e se nesta fase de execução eles também contarão com privilégios e condições facilitadas que não existem no ordenamento jurídico.

Como exemplo, o caso de Alberto Youssef⁹³, doleiro acusado de ser o principal operador da lavagem de dinheiro derivado das propinas no esquema de corrupção da Petrobrás, condenado a pena privativa de liberdade de 122 anos de prisão; e que, em decorrência do acordo de delação premiada firmado junto ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, teve sua pena máxima fixada em apenas 3 anos, e, atualmente, desde o dia 17 de Março de 2017, recebeu progressão para o regime aberto com autorização para sair de seu apartamento localizado em um bairro nobre da cidade de São Paulo, mediante o uso de tornozeleira eletrônica e da observância de algumas restrições. Esta não foi a primeira passagem criminal de Alberto, que era reincidente e já havia até mesmo firmado um acordo de delação premiada com o juiz Federal Sergio Moro durante o escândalo do Banestado em 2007⁹⁴, o que lhe deu a alcunha de “criminoso profissional”.

Apesar de ter recebido uma punição bem alta, Alberto ficou preso em regime fechado por apenas 2 anos e meses na carceragem da Polícia Federal em Curitiba, de onde foi levado

⁹³ BRANDT, Ricardo; AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. 3 anos depois de preso pela Lava Jato, Alberto Youssef passa para o regime aberto. **O Estadão**, 17 de Março de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/3-anos-depois-de-presos-pela-lava-jato-alberto-youssef-passa-para-o-regime-aberto/>>. Acesso em: 13.05.2017.

⁹⁴ LIMA, Sérgio. Do Banestado ao mensalão, a longa ficha corrida de Youssef. O Globo, Brasília, 08 de Abril de 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/do-banestado-ao-mensalao-longa-ficha-corrida-de-youssef-12122724>>. Acesso em: 13.06.2017.

diretamente para o regime domiciliar, e após, aberto com tornozeleira, o que é uma irregularidade técnica visto que regime aberto e regime domiciliar significam a mesma coisa.

Questionamentos a discricionariedade dos promotores e magistrados para aplicar a Lei n. 12.850/13 como se esta estivesse acima do resto do ordenamento jurídico e imune aos princípios da legalidade e isonomia, pois segundo um entendimento estritamente legal, onde “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, **quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior** e ostentar bom comportamento carcerário (LEP, Art. 112)”, então tecnicamente Alberto Youssef deveria ter ficado ao menos aproximadamente 20 anos e 4 meses preso em regime fechado antes de progredir para o regime semiaberto (o que nem mesmo aconteceu).

Inobstante, como a Lei n. 12.850/13 prevê que “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”, como no caso de Alberto o acordo foi fechado antes da condenação não seria possível estender-lhe esta hipótese; caso tentássemos, ainda assim, o lapso temporal mínimo de 1/6 para obter a progressão do regime fechado não estaria cumprido, e, se desconsiderado o lapso para conceder a progressão, esta deveria ter alcançado apenas o regime semiaberto, e não diretamente o regime aberto domiciliar na modalidade *per saltum*.

Como ressalva, destacamos que não se pretende adotar uma postura punitivista, contudo, é difícil ignorar a existência de dois pesos e duas medidas na balança da justiça, que permanece reproduzindo velhas práticas de favorecimento de um seletos e privilegiado hall de criminosos ilustres, mesmo que isto se dê sob a roupagem de um instituto moderno e “*americanizado*”; enquanto isso, os presos comuns se amontoam em celas que mais parecem cubículos e os presos profissionais cumprem suas penas em coberturas de luxo e condomínios abastados.

iii) Substituição da pena privativa de liberdade (PPL) por pena privativa de direitos (PRD). Neste ponto, consideramos que a substituição por PRD deve ser conjugada ao diploma que já regula esta matéria, a Lei n. 9.714/98 (Lei das Penas Alternativas). A substituição por

PRD atualmente tem como requisito objetivo que o crimes doloso tenha cominação de PPL máxima de 4 anos, e, como requisitos subjetivos que o réu não seja reincidente e tenha circunstâncias judiciais favoráveis. As PRD podem ser: (i) perda de bens e valores em favor do Fundo Penitenciário Nacional; (ii) prestação de serviços comunitários; (iii) interdição temporárias de direitos ou (iv) pena de multa;

iv) Não oferecimento da denúncia. Esta é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, e está sujeita a um procedimento de controle específico, onde “se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender” (CPP, Art. 28). O Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador (além de preencher as condições estipuladas no caput do Art. 4º): **não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração** (Art. 4º, § 4º, incs. I e II), semelhante ao acordo de leniência, que beneficia a primeira empresa ou primeiro grupo que se oferecer a colaborar.

Observe que a Lei não prevê a possibilidade de isenção da realização de inquéritos policiais, que são necessários até mesmo para apurar as condutas em detalhes e produzir o efeito da imutabilidade de coisa julgada sobre as provas e/ou delitos envolvidos no acordo. Este prêmio não acarreta a extinção da punibilidade, visto que não houve ação, processo e jurisdição. Além disso, este dispositivo deve ser interpretado sistematicamente, pois concede ampla discricionariedade ao membro Ministério Pública, que deverá aplica-lo estritamente, segundo os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. Conforme nos ensina Rubens Casara

O Ministério Público é, ainda, uma das principais instâncias formais de controle do crime (e, por consequência, das populações indesejadas na sociedade de consumo) (...) mesmo nos modelos em que vigora o princípio da obrigatoriedade/legalidade da ação penal de iniciativa pública, como instância de seleção dos fatos criminosos que se submeterão à persecução penal em juízo (ao lado da legalidade formal, há sempre a discricionariedade real, oriunda da impossibilidade material de perseguir em juízo todas as infrações etiquetadas de criminosas). (...) O poder-dever de propor a ação penal de iniciativa pública e o correlato poder-dever de propor o arquivamento (a citada “mortalidade”) de

investigações preliminares significam, e última análise, que o Ministério Público titulariza o poder de seleção das condutas que poderão ser punidas pelo Estado⁹⁵.

Neste ponto, um caso excepcionalmente notável foram os termos de **imunidade total** obtidos no acordo de delação premiada dos irmãos Joesley e Wesley Batista⁹⁶ (grupo J&F, donos da JBS). Este acordo em especial é muito favorável ao desenvolvimento da crítica sobre a possibilidade da narrativa parcial ou *direcionada* pelos colaboradores em razão de uma posição privilegiada nas negociações (ponto 4.6).

Estes irmãos pessoalmente dirigiram-se ao Procurador Geral da República em Brasília, Rodrigo Janot, e propuseram-se a colaborar com diversas informações, as quais levaram ao afastamento do ex-senador Aécio Neves e a exigência de depoimento escrito de Michel Temer em decorrência de uma interceptação telefônica entre Joesley e o presidente (vide ponto 3.2.4). As informações foram tão relevantes para a Procuradoria Geral da República, que esta não considerou se o envolvimento dos colaboradores no esquema poderia ser equiparado à liderança da organização criminosa, aceitando por fim, condições extremamente benéficas aos irmãos Batista, como o compromisso de não oferecimento da denúncia pelos crimes revelados, prazo de 10 anos para pagar a multa no valor de R\$ 225 milhões de reais, além da possibilidade de concessão da proteção por autoridades policiais em caso de necessidade.

Considerando que em 2014 as Empresas do grupo JBS foram recordistas em doações para campanhas eleitorais⁹⁷ (legais e aprovadas pelo TSE), distribuindo ao todo 61,2 (sessenta e um vírgula dois) milhões de reais para 21 dos 28 partidos eleitos; e que, atualmente, a “bancada do bife” tem a maior representação da Câmara entre todas as outras (tendo tomado cuidado para não privilegiar nenhum partido e nem deixar nenhuma sigla desamparada nas últimas eleições), seria ingenuidade – visto a influência que estes empresários podem ter junto aos parlamentares durante as decisões-chave da política em âmbito nacional – aceitar que este

⁹⁵ CASARA, Rubens R. R. Ob. cit., p. 154-155.

⁹⁶ D’Agostinho, Rosanne. **Acordo de delação premiada da JBS teve mais benefícios que os outros? Que critérios são usados? Entenda**. G1, São Paulo, 26 de Maio de 2017, atualizado em 03 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-eve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>>. Acesso em: 09.06.2017

⁹⁷ TOLEDO; José Roberto, MAIA, Lucas de Abreu; BURGARELLI, Rodrigo. **As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara**. O Estado de São Paulo, 08 de Novembro de 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>>. Acesso em: 13.06.2017.

império surgiu do nada, que somente estes os crimes informados foram cometidos, e quem sabe no futuro, os negócios da empresa serão saneados e regidos pelas práticas da boa fé.

As irregularidades dos acordos de colaboração não se esgotam nos casos citados, que na realidade foram utilizados para traçar um panorama geral. Neste ponto, concluí-se que estes acordos e suas condições estão em desacordo com as diretrizes legais, e que atualmente vivenciamos a distorção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que estes não podem ser aplicados indistintamente e possuem parâmetros objetivos para negociar as condições dos acordos. No fim, a afetação se projeta também sobre a segurança jurídica, pois a imprevisibilidade das decisões torna comum o fato de que acusados em situação jurídica idêntica recebam decisões totalmente diferentes.

V.3 O direito ao sigilo e a proteção da intimidade do colaborador

O colaborador goza de alguns direitos que envolvem a proteção à sua imagem, intimidade e segurança. Para tanto, ele poderá usufruir de medidas de proteção para si e sua família conforme a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, podendo inclusive mudar de identidade e localização para se proteger. O colaborador terá o seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados e a sua identidade não poderá ser revelada pelos meios de comunicação; ele também não pode ser fotografado ou filmado, sem prévia autorização por escrito, além de ter assegurado o exercício dos seus direitos decorrentes da qualidade de acusado, entre outros direitos (Lei n. 12.850/13, Art. 5º, incs. I-VI).

Esta proteção também engloba disposições de direito processual, que preceituam que o pedido da homologação do acordo deve ser distribuído em procedimento sigiloso, contendo apenas informações preliminares que não possam identificar o colaborador e o seu pedido (Art. 7). Embora o colaborador não esteja protegido pela presunção de inocência, não se pode permitir a estigmatização precoce dos réus pela publicidade abusiva. O julgamento midiático não pode preceder a apuração do fato criminoso no processo criminal, para que não incorramos no mesmo risco que a Itália, durante as más experiências da Operação Mãos Limpas.

Além da proteção aos direitos da personalidade do réu, sem sombra de dúvidas o sigilo das investigações também é um dos elementos mais importantes para a efetividade do acordo de colaboração premiado com a máxima eficácia possível. A manutenção da informação obtida pelas revelações dos acordos em muitos casos é o que permite à investigação a utilização do elemento surpresa, que se perdido poderá prejudicar a obtenção de uma prova ou mesmo impedir que o delito seja alcançado pela justiça. A lei n. 12.850/13 dispõe que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao MP ou delegado de polícia que tenha firmado o acordo e que a defesa terá acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício de defesa, mas não à integralidade das informações, e ainda assim dependerá de autorização judicial prévia (Art. 7, § 2º).

Uma vez distribuído o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada, caso não se faça acompanhado da íntegra das informações obtidas, as informações devem ser apresentadas pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia no prazo de 48 horas, diretamente ao juiz a quem recaia a distribuição, ou seja, o pedido de homologação não pode ser remetido sem a anexação das provas obtidas (Art. 7, § 1º).

No que diz respeito ao terceiro prejudicado pelo acordo, para exercício dos direitos básicos inerentes a ampla defesa e ao contraditório, este teoricamente poderá ter acesso às informações e denúncias que lhe digam respeito após o recebimento da denúncia⁹⁸, pois neste momento o processo passa a ser público, salvo evidentemente se houver justificativa devidamente motivada pelo juiz de preservação de algum elemento de prova que ainda esteja em andamento a fim de corroborar as afirmações. Sobre a dupla função do sigilo nos acordos de colaboração, o STF manifestou-se no julgamento da Pet. 5.790-DF, em 11 de Dezembro de 2015, por decisão monocrática do Ministro Teori Zavaski⁹⁹

A primeira parte do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850 trata do sigilo endoprocessual, ou seja, para as demais partes do processo, em especial para os atingidos pela colaboração. Por isso, dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia (**este, o limite máximo para a manutenção do sigilo do acordo**). O foco, no caso, é o direito daqueles que foram atingidos pelo conteúdo do acordo, buscando maximizar (embora diferido) o contraditório e a ampla defesa. Em tal caso, o termo final do sigilo é o recebimento da denúncia. A

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 18.850/2013, Art. 7º, § 3º: “O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.”

⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 5.790-DF, decisão monocrática do Ministro Teori Zavaski, publicada no DJE em 18.12.2015.

partir desse instante, o acordo e seus desdobramentos tornam-se, necessariamente, públicos para os réus incriminados ou referidos pela colaboração (ao menos em relação àqueles termos pertinentes, que foram substrato para o oferecimento da denúncia). Mas é importante destacar que, conforme dito, trata-se de um termo final máximo. (...) Por sua vez, outra coisa diz respeito ao sigilo extraprocessual (publicidade externa) – ou seja, a possibilidade de os cidadãos acompanharem ou não o processo. Também aqui incide princípio da publicidade, que se plasma, nas palavras de Ferrajoli, numa garantia das garantias ou garantia de segundo grau, ou seja, pois representam instrumentos pelos quais se assegura o controle sobre a efetividade das demais garantias. Em nosso ordenamento constitucional, a exceção à publicidade dos atos processuais somente deve ser admitida pela lei quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal.

Nesta decisão, o problema levantado era a divulgação de depoimento em acordo de colaboração premiada por veículo de imprensa e o Min. Teori decidiu que, ainda que tenha ocorrido a divulgação, por veículo de imprensa, de eventuais termos, ainda assim não cabe a baixa do sigilo. Observe que de acordo com esta decisão, o recebimento da denúncia é o termo máximo de duração do sigilo, o qual também deverá valer para o terceiro prejudicado por imputações contidas no acordo. Destaque-se que a baixa do sigilo não abarca necessariamente todo o procedimento, mas tão somente os termos de declarações que embasam o detalhamento da denúncia enquanto peça inaugural da ação penal.

V.4 Os sujeitos do acordo de colaboração

Segundo a Lei n. 12.850/13, Art. 4º, § 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”. Mas esta redação não significa que a autoridade judiciária seja um mero homologador, conforme a leitura em conjunto dos dispositivos previstos nos parágrafos 1º, 7º e 11 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao contrário, esta deverá zelar pela correção e observância dos requisitos legais do acordo. O primeiro deles é a voluntariedade, e, após a ciência por parte do réu do que ele está fazendo, e por último a sua concordância. Os limites legais que são estabelecidos no acordo não podem destoar com o que está explicitamente na lei e nem daquilo que se revela desde o início como conquista do processo civilizatório moderno, e não pode ser objeto de renúncia.

A autoridade policial também tem um papel importante visto que é geralmente neste âmbito onde são deflagradas as grandes operações. A lei n. 12.850/13 prevê inclusive, que o MP ou o delegado, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial. (Art. 4º, parágrafo 2º). Inobstante, esta possibilidade desagradou o Ministério Público, que chegou a propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508¹⁰⁰) ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo procurador-geral da República (PGR), Rodrigo Janot contra os parágrafos 2º e 6º do artigo 4º, que atribuem a delegados poder para realizar acordos de colaboração.

No questionamento proposto, o PGR compreendeu que compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, e a atribuição para delegados negociarem acordos contraria a titularidade da ação penal pública (CRFB, art. 129, inc. I), visto que isto é de exclusividade do exercício de funções do MP por membros legalmente investidos na carreira (princípio do promotor natural) e destoa da função policial que é a proteção da segurança pública. Segundo os argumentos utilizados pelo promotor existe a necessidade de acompanhamento de toda a ação penal também é uma necessidade da concretização das estratégias da acusação.

A ADI foi recebida pelo Ministro Marco Aurélio no Supremo Federal, que levará a mesma para julgamento pelo Plenário por rito abreviado, sem a análise do pedido liminar para suspensão da eficácia dos dispositivos. Quanto ao mérito, Rodrigo Janot requereu a declaração de inconstitucionalidade dos trechos questionados ou, sucessivamente, uma interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensáveis a presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante.

V.5 Os problemas práticos da negociação das regras processuais por cláusulas atípicas

O acordo de delação premiada passa por três etapas: i) a negociação entre o delegado de polícia ou o membro do ministério público e o réu e seu advogado de defesa (Lei n.

¹⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5508**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Impetrante: procurador geral da República, Rodrigo Janot, distribuída em 29 de Abril de 2016 e atualmente aguardando data para julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14.06.2017.

12.850/13, Art. 4º, § 6º; ii) a homologação, onde o juiz poderá recusar a proposta que não atenda aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto (Lei n. 12.859/13, art. 4º, § 8º); e iii) a execução dos seus termos. A execução é a última etapa, pois depende do aval do Juiz, que não interfere no acordo, mas deve verificar sua regularidade para produzir efeitos, inclusive, tendo a prerrogativa de ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor para esclarecer aspectos do acordo como a regularidade, a legalidade e a voluntariedade (Lei n. 12.850/13, Art. 4º, § 7º).

Esta exigência de homologação decorre da necessidade de que haja uma decisão judicial para que se aplique uma sanção, que pode ser traduzida no princípio de que não haverá pena sem processo. A persecução penal só pode se concretizar por meio do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e a restrição de liberdade por ordem de um título extrajudicial negociado não tem valor, visto que isto evidentemente não foi permitido na Lei n. 12.850/13 e que não se pode usar a interpretação analógica para prejudicar o réu, especialmente quando lidamos com institutos que tem uma estrutura antagonicamente diferente, como no exemplo dos negócios jurídicos que estão substituindo a sentença penal condenatória.

Em sentido contrário, no acordo de delação premiada dos 77 executivos da Odebrecht, o Ministério Público Federal incluiu uma cláusula exigindo o cumprimento imediato da pena logo depois que o trato fosse homologado¹⁰¹. O problema é que ao todo 72 executivos podem ter as penas iniciadas antes de sentença, sendo que dezenas ainda nem foram denunciados.

Esta disposição pode ser considerada inconstitucional por violação da cláusula do devido processo legal, embora este questionamento esteja reservado a uma impugnação da parte que se sinta prejudicada, conforme a orientação da Súmula 523, STF¹⁰². Na prática, nestes acordos o Ministério Público está gradativamente ganhando o poder que seria

¹⁰¹ ACORDO de delação da Odebrecht prevê pena inclusive antes de denúncia. **Consultor Jurídico**, 05 de Março de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/acordo-delacao-odebrecht-preve-pena-antes-denuncia>>. Acesso em: 12.06.2017.

¹⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Nulidade absoluta e necessidade de demonstração de prejuízo, *pas de nullité sans grief*, não há nulidade sem prejuízo, **Súmula 523**: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”, publicada no DJ de 10/12/1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

conferido aos juízes, a quem efetivamente recai a atribuição de aplicar uma pena. A questão principal gira em torno da convalidação dos danos à defesa, para que se salvem interesses “maiores”, muito embora a estrutura das garantias processuais não comporte a visão relativista das nulidades, como é típico no direito civil tendo em vista que este regula interesses meramente privados, e onde os atos defeituosos podem ter saneamento automático por falta de alegação do prejuízo.

No processo penal, mesmo se o ato vier a cumprir a sua finalidade, a declaração de nulidade impedirá a produção de efeitos, pois as formas processuais são os freios ao monopólio punitivo. A forma processual é uma burocracia necessária da prestação jurisdicional, e tem a sua razão de ser na despersonalização do processo e na imparcialidade do juiz, além de conferir segurança do diagnóstico jurídico ao reduzir o espaço das dúvidas interpretativas. Ninguém pode alegar em seu benefício a sua própria torpeza e por isso reafirmamos que o cumprimento da estrita legalidade é a principal atribuição constituição do interesse próprio do MP, que deve zelar pela harmonia dos distintos interesses envolvidos no acordo de forma ética no duelo penal.

V.5.1 A cláusula de renúncia ao duplo grau de jurisdição

O ativismo do Ministério Público não para por aí: os acordos de colaboração premiada também passaram a prever hipóteses sem amparo legal, como a desistência do grau recursal e a chamada cláusula de performance. Nestes inéditos termos de colaboração, a defesa é obrigada a desistir de todos os habeas corpus ou recursos disponíveis dentro do prazo de 24 horas contados da assinatura do acordo, e ainda deve encaminhar ao MPF em 48 horas os respectivos protocolos de desistência.

Se a justificativa do direito à impugnação das decisões monocráticas decorre do reconhecimento da falibilidade humana do julgador, razão pela qual o Poder Judiciário tem uma organização escalonada, onde todo réu tem “como garantia mínima do direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior¹⁰³”, qual seria o efeito de vinculação dos acordos de delação contra as decisões recursais de órgãos colegiados? Aparentemente nenhum, pois isto está muito aquém das faculdades da acusação, seja no sistema de justiça negocial ou em

¹⁰³ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969), San José, Costa Rica, 22 de Novembro de 1969, Art. 8º, item n.2, alínea h.a

qualquer outro que intente ser minimamente compatível com o ordenamento jurídico adotado no Brasil. A quebra da forma legal prescrita para os acordos projeta uma violação sobre o sistema de garantias, onde não se pode absorver um prejuízo como a supressão de uma oportunidade de defesa. Uma cláusula negocial que agrida de tal maneira o devido processo legal não pode produzir efeitos, deve ser desconsiderada a informação que esse ato implica, como se ele nem houvesse existido.

Para desenvolver a questão, suponha a projeção de um cenário ainda mais grave, combinado com uma delação obtida por meio de prisão preventiva. Se a voluntariedade do acusado é um requisito necessário para que a colaboração seja considerada como válida, e for possível comprovar que o réu foi coagido, inclusive por meio dos argumentos utilizados pelos pareceres do MP, então este acordo não poderá produzir efeitos. Ele é inválido. O problema é que até o momento em que uma decisão recursal declare que, de fato, aquele acordo não foi regular, o juízo de primeira instância já teve acesso e envolvimento com todo o conjunto probatório¹⁰⁴.

Ora, embora os atos processuais sejam preclusos e reciprocamente independentes, as decisões processuais e atos diretamente derivados da prova considerada ilícita não poderão produzir efeitos, visto que a prova ilícita não serve para valoração. Assim como existe a cadeia de custódia das provas, também há o encadeamento dos atos processuais: se o ato anterior é condição necessária (e suficiente) do posterior, então a nulidade alcançará o ato consequente. No entanto, mesmo que os atos nulos sejam excluídos fisicamente, nada impede que estes continuem a influenciar a decisão. Neste sentido, a própria Lei n. 12.850/13, no Art. 4º, § 10, reconhece que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que **as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor** (grifo nosso)”.

Ao contrário, também existe a doutrina jurídica que reconhece que cada ato responde por sua própria ilicitude e nesta perspectiva assume a possibilidade que o Estado tome proveito das informações obtidas ilicitamente, onde a prova produzida não perderá os seus efeitos, desde que o ato ilícito não tenha sido a única determinante para obtenção daquela informação. Aqui a análise do conteúdo da informação será mais relevante do que a sequência

¹⁰⁴ BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 84-89, 94, 97-99, 103, 113.

formal dos atos, e, se não houver uma relação de causalidade, as provas que se excluem dessa relação poderão ser aproveitadas. Esta perspectiva possui um método minimamente racional, embora não tenha uma sustentação legítima no campo da ética política, pois a consequência prática basicamente é o incremento das práticas de tortura e de violação da dignidade.

V.5.2 A cláusula de performance: a remuneração pela taxa de sucesso da colaboração

Por sua vez, a chamada cláusula de performance citada anteriormente é uma disposição contratual criada pelo MP com a anuência da magistratura para remunerar os réus colaboradores com uma variável baseada na taxa de sucesso da recuperação do produto do crime. Ainda sobre o acordo de delação premiada de Alberto Youssef, uma das condições mais interessantes da proposta (Parte III, Cláusula 7, §4º, alínea c) é a dedução a favor do réu de 1/50, ou seja, 2% do valor consolidado de todos os bens ilícitos recuperados, no Brasil ou no exterior. Contudo, conforme expressamente previsto no Código Penal a condenação penal tem como efeito tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda em favor da União do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (CP, Art. 91, incs. I e II, alínea b).

Considerando que todo o dinheiro recuperado foi derivado da prática de crimes contra a Petrobrás, empresa pública administradora da exploração dos recursos naturais que pertencem ao povo brasileiro, não compreendemos como a realização de um acordo de colaboração pode permitir a lavagem do dinheiro sujo, feita pelo próprio Estado para enriquecer ilicitamente colaboradores (independente do nome que se dê a isto), que embora criminosos e condenados, poderão conservar o mesmo padrão de vida luxuoso de antes. Fatos como este nos causam indignação, embora não espanto.

A seletividade da justiça punitiva revela os abismos entre a repressão dos crimes cometidos contra o patrimônio privado, como se estes fossem mais graves e violentos do que os crimes cometidos contra o patrimônio público, que afetam indiretamente a coletividade que depende das prestações positivas do Estado para a realização dos seus direitos sociais. Não é de se estranhar que o endurecimento da política criminal acompanhe pacotes de austeridade e

reformas constitucionais em regime de urgência nas áreas da saúde, educação, assistência social¹⁰⁵, previdência social e na proteção dos direitos trabalhistas.

Exemplificativamente, no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias¹⁰⁶ realizado pelo Ministério da Justiça em Junho de 2014, é indicado que os crimes de roubo e furto levaram 78.763 das pessoas condenadas ao cárcere no Brasil atualmente, enquanto a soma dos crimes contra a administração pública por seus agentes e pelos particulares é praticamente irrisória e contabiliza apenas 1.573 condenações de prisão.

Existe uma grande disparidade na forma como o Ministério Público aplica os seus esforços para fazer cumprir a lei, e ao que tudo indica isto decorre mais de uma predileção política para punir os pobres do que de fato, uma necessidade de alocação eficiente dos recursos como se vende na Justiça Negocial, que está diluindo as matrizes processuais teoricamente aplicáveis a todos igualmente e sem distinções.

A obtenção de informações ilícitas e os efeitos processuais resultantes destes acordos de colaboração eivados de irregularidades são como os frutos de uma árvore envenenada. Neste trabalho desenvolveu-se a perspectiva de que eles não podem ser utilizados para justificar atos do Estado, que tem um dever de se comportar com a boa-fé em suas relações jurídicas. De toda sorte, espera-se que a quebra das formas e das regras pelo menos acarrete ao intérprete o reforço do ônus argumentativo.

Permitir que o Estado se exima do seu compromisso com a moralidade e com a coerência do ordenamento jurídico é equivalente a deixar o sistema republicano vulnerável, inclusive diante da ausência de punição dos excessos cometidos por seus agentes que se equiparam aos réus, praticando crimes para combater a criminalidade.

¹⁰⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição 241/2016 transformada na Emenda Constitucional 95/2016**, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, com a finalidade de congelar os gastos públicos nas áreas da saúde, educação e assistência social por 20 anos, válido até 2036, mediante a proibição do aumento orçamentário nas respectivas áreas que terão correção apenas segundo o índice da inflação. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em: 14.06.2017.

¹⁰⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**, Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.

VI CONCLUSÃO

O ativismo judicial é um fenômeno atual e que tem grande poder de interferência nos acontecimentos sensíveis do cenário político do Brasil, motivado em parte pelo descrédito da população nos Poderes Executivo e Legislativo, com amplo apoio da mídia e dos meios de comunicação em massa. O judiciário apropriou-se dos clamores populares, que lhes confere legitimidade para proferir decisões com justificativa ampla, inclusive para decretar preventivamente prisões, geralmente por razões de ordem pública ou de caráter preventivo geral, para servir como exemplo de punição, mesmo que sem lastro probatório mínimo equivalente; nesta mesma linha de perigo cresce vorazmente a criação de tipos penais ou interpretações analógicas que criam crimes de gravidade abstrata para proteger bens jurídicos indeterminados e ao “interesse público”. A justiça penal que é influenciada pelos meios de comunicação tende a ampliar o espectro de imputação da responsabilidade – e de redução da presunção de não culpabilidade - sem consideração de critérios legais ou garantias mínimas, no intuito de fornecer uma prestação jurisdicional rápida à criminalidade (embora não eficiente);

Por sua vez, o Ministério Público, e também o exercício das prerrogativas de negociação, na figura de *custus legis* deve obediência ao modelo de justiça penal concebido no Brasil, centralizador e institucionalizado, onde os direitos de defesa são garantidos e considerados imprescindíveis à realização do processo e direito penal, enquanto condições da legalidade dos atos de persecução estatal. A justiça penal pactuada, matriz do direito penal amplamente utilizada nos EUA e na Itália, não pode ser invocada como solução simplificada aos problemas da justiça brasileira, sem considerações mínimas sobre a estrutura social e a coerência sistêmica. Neste sentido, o aumento de instrumentos pactuais e negociais, o afastamento de garantias individuais constitucionais, a barganha dos critérios de fixação de pena, cumprimento de regime, assim como a concessão de benefícios durante a fase da execução revelam um movimento intermitente de incorporação dos institutos civilistas na justiça criminal, embora estes tenham sido formulados para funcionar dentro da lógica do direito privado.

Como exemplo, o instituto estrangeiro da *plea bargain* ajuda a aliviar a sobrecarga judicial “solucionando” 90% de todas as ações penais, mas não se comunica com as suas

consequências de superencarceramento nos EUA, anunciados como a terra da liberdade enquanto tem o maior número de pessoas sob cárcere estatal do mundo quase equivalente à população total do Estado de Sergipe¹⁰⁷, e quase o dobro do segundo país da lista, a China, que atualmente se encontra em um regime de estado declaradamente ditatorial (ponto 3.3.3). Concluímos este trabalho na esperança de que esta política negocial não reproduza a seletividade do tratamento penal, como “a existência de padrões interpretativos aparentemente antagônicos, porém funcionais para a seletividade do poder punitivo: tendências restritivas (limitadoras) para os tipos penais frequentados por sujeitos posicionados hegemonicamente, e tendências extensivas (ampliadoras) para as condutas típicas da criminalidade tosca” (ZAFFARONI, 2010, p. 126), tal qual apontado nos subcapítulos 4.4 sobre o caso Rafael Braga, e 5.2 em relação ao acordo de colaboração do grupo JBS.

Uma análise mais apurada do teor das decisões de prisão preventiva e dos acordos de delação premiada indica que embora o ordenamento jurídico em matéria penal seja pré-constituído às leis que cuidam destas matérias, ele vem sendo sistematicamente ignorado. A ponderação dos conflitos praticamente cria uma hierarquização das normas pela necessidade de mostrar serviço. No caso da prisão preventiva, a redação legal dos seus requisitos é ampla e fornece as condições necessárias à permanência da arbitrariedade judicial e se mostra incapaz de reduzir a incoerência das decisões. No que tange à delação premiada, além destas observações, também notamos que existe uma superação dos parâmetros fixados na Lei 12.850/13 no momento de fixar as condições e os benefícios do acordo, além de uma leitura não sistematizada com outras leis que interagem com a matéria, como a Lei de Execuções Penais. O problema é que este conflito aparente de normas pode ser resolvido pelos critérios clássicos da hermenêutica, como a preferência de uma norma especial em detrimento de outra apenas genérica sobre a mesma matéria. Ao final, embora se anuncie o “êxito” das investigações, a sociedade perde a proteção das garantias penais, da isonomia e da segurança jurídica.

¹⁰⁷ A diferença exata é de 3%. Os EUA possuem 2.217.100 pessoas encarceradas segundo o relatório *World Prison Population List* apresentado anteriormente no ponto 3.3.3, enquanto o Estado de Sergipe possui 2.287.416 habitantes, segundo dados do CENSO IBGE 2017. IBGE, **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**, 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 13.06.2017.

VII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO de delação da Odebrecht prevê pena inclusive antes de denúncia. **Consultor Jurídico**, 05 de Março de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-05/acordo-delacao-odebrecht-preve-pena-antes-denuncia>>. Acesso em: 12.06.2017.

ALEXY, Robert. **Derechos, razonamiento jurídico e discurso racional**, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Edição n. 1, México, 1994.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, São Paulo, 2ª Edição, 2011.

ANISTIA INTERNACIONAL, DDH e Organização Meu Rio, **Liberdade para Rafael Braga**: somos todos defensores de Rafael Braga. Disponível em: <<http://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/>>. Acesso em: 12.06.2017.

ÁUDIOS complicam Dilma e Lula. Confira como foi o dia de crise em Brasília. **Revista Época**, 16 de Março de 2016, atualizado em 30 de Março de 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/03/audios-complicam-dilma-e-lula-acompanhe.html>>. Acesso em: 12.05.2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, Editora Revan, Instituto de Criminologia Crítica, Rio de Janeiro, 6ª Edição, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2007.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição 43, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de Paulo M. Oliveira. Edipro, São Paulo, 2015, 2ª Edição.

BERLUSCONI: Uma vida marcada por escândalos. **BBC News Brasil**, 02 de Agosto de 2013. Disponível em:
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130801_berlusconi_perfil_lgb>. Acesso em: 12.05.2017.

BINDER, Alberto. **O descumprimento das formas processuais penais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Tradução de Angela Nogueira Pessôa, com revisão de Fauzi Hassan Choukr, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 79.812/SP**, EMENTA: DEPOIMENTO EM COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. DIREITO AO SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. ORDEM CONCEDIDA, julgamento pelo Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, DJE 16.02.2001.

_____. Julgamento do **Habeas Corpus 80.949/RJ** pelo tribunal pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DJE 14.12.2001: “O privilégio contra a auto-incriminação – Nemo tenetur se detegere –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186, C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta de advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razões, em conversa “informal” gravada clandestinamente ou não.”

_____. Julgamento do **Habeas Corpus 126.292/SP** pelo tribunal pleno, Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE, Relator Ministro Teori Zavascki, Paciente Marcio Rodrigues Dantas, publicado no DJE em 19.02.2016.

_____. Julgamento do **Habeas Corpus 127.483/PR**, pelo tribunal pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Brasília, DF, DJE 03.02.2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298502>>. Acesso em: 08.06.2017.

_____. Julgamento Monocrático do **Habeas Corpus 130.254/PR**, Paciente Alexandrino de Salles Ramos de Alencar, ex-diretor de Relações Institucionais da Odebrecht e ex-vice-presidente da Braskem, Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-alexandrino.pdf>>. Acesso em: 30.05.2017.

_____. Julgamento das **Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44** pelo tribunal pleno, Ministro Relator Edson Facchin, Requerentes Partido Ecológico Nacional e Ordem dos Advogados do Brasil, publicado no DJE em 07.10.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 10.06.2017.

_____. Julgamento da **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5508**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Impetrante: procurador geral da República, Rodrigo Janot, distribuída em 29 de Abril de 2016 e atualmente aguardando data para julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14.06.2017.

_____. **Súmula 523**: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”, publicada no DJ de 10/12/1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão Monocrática do **HC 322.684 RJ 2015/0101761-0**, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Paciente Rafael Braga Vieira, publicada no DJ em 07.05.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501017610>. Acesso em: 12.06.2017

BRASIL. **Lei n. 9.868/99**, 10 de Novembro de 1999, “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10.06.2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei n. 3.689/1941, 03 de Outubro de 1941, Art. 283: “**Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011 (grifo nosso). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10.06.2017.

BRASIL, Lei n. 13.260/2016, **LEI ANTITERRORISMO**, 16 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 12.06.2016.

BUREAU OF JUSTICE OFFICE, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Plea and Charge Bargaining Research Summary**, Arlington, 24 de Janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>>. Acesso em: 23.05.2017.

BRANDT, Ricardo; AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. 3 anos depois de preso pela Lava Jato, Alberto Youssef passa para o regime aberto. **O Estadão**, 17 de Março de 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/3-anos-depois-de-presos-pela-lava-jato-alberto-youssef-passa-para-o-regime-aberto/>>. Acesso em: 13.05.2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição 241/2016 transformada na Emenda Constitucional 95/2016**, altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal válido até 2036. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em: 14.06.2017.

CANÁRIO, Pedro. **Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses**. Revista Consultor Jurídico, 07 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>>. Acesso em: 06.06.2017.

_____. **FICHA SUJA" – TRE de São Paulo confirma: Michel Temer está inelegível por oito anos**. Revista Consultor Jurídico, 02 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-02/temer-inelegivel-oito-anos-segundo-tre-sao-paulo>>. Acesso em: 12.05.2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Editora Pilares, 2009.

CASADO, Leticia et al. **Nome de Temer é citado 43 vezes em delação de executivo da Odebrecht**. A Folha de São Paulo, Brasília, 10 de Dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840250-nome-de-temer-e-citado-43-vezes-em-delacao-de-executivo-da-odebrecht.shtml>>. Acesso em: 14.05.2017.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

IBGE, **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**, 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 13.06.2017.

CHOMSKY, Noam. **MÍDIA: Propaganda política e manipulação**; Tradução: Fernando Santos, *wmf* martinsfontes, São Paulo, 2014.

CONHEÇA a trajetória do magnata e político italiano Silvio Berlusconi. **G1**, São Paulo, 08 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/11/conheca-trajetoria-do-magnata-e-politico-italiano-silvio-berlusconi.html>. Acesso em: 12.05.2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Reunião Especial de Jurisdição, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 22.05.2017.

COWELL, Alan. **Web of Scandal: A special report.; Neither Votes Nor Candor Lighten the Pall Over Italy**. The New York Times, Roma, 8 Junho de 1993. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1993/06/08/world/web-scandal-special-report-neither-votes-nor-candor-lighten-pall-over-italy.html?pagewanted=all>. Acesso em: 14.05.2017.

DAVIS, Matthew. **The scandal that toppled a president**. BBC News, Washington, 31 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4597669.stm>>. Acesso em: 06.06.2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**, Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>.

DUBEUX, Ana et al. “**Abalar instituições é como perder a alma**” diz ministro do STF: O ministro defende que o Judiciário e a academia falem mais para a sociedade. Correio Braziliense, Brasília, 25 de Outubro de 2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/10/25/internas_polbraeco,503781/abalar-instituicoes-e-como-perder-a-alma-diz-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 07.06.2017.

D’AGOSTINNO, Rosanne. **Acordo de delação premiada da JBS teve mais benefícios que os outros? Que critérios são usados? Entenda**. G1, São Paulo, 26 de Maio de 2017, atualizado em 03 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>>. Acesso em: 09.06.2017.

EDITORIAL. **Não faltam provas para o impeachment de Dilma.** Jornal O Globo, 26 de Agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinia/nao-faltam-provas-para-impeachment-de-dilma-19989091>>. Acesso em: 11.05.2017.

EDUARDO Cunha é condenado mais de 15 anos de prisão na Lava Jato. **G1**, 31 de Março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/eduardo-cunha-e-condenado-mais-de-15-anos-de-prisao-na-lava-jato.html>>. Acesso em: 03.06.2017.

ELEIÇÕES 2016: PT perdeu seis de cada dez votos com relação a 2012. **Congresso em foco** (Jornal digital), 04 de Outubro de 2016. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/eleicoes-2016-pt-perdeu-seis-de-cada-dez-votos-em-relacao-a-2012/>>. Acesso em: 10.05.2017.

ESPOSITO, Ivan Richard. **CCJ do Senado aprova fim dos autos de resistência.** EBC Agência Brasil, Brasília, 03 de Maio de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/ccj-do-senado-aprova-fim-dos-autos-de-resistencia>>. Acesso em: 14.06.2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Editorial Trotta, 2ª Edição, Madrid, 1997.

FONSECA, Alana; DIONÍSIO, Bibiana; KANIAK, Thais. **Dono da UTC, Ricardo Pessoa, é condenado a 8 anos pela Lava Jato.** G1 PR, 24 de Junho de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/dono-da-utc-ricardo-pessoa-e-condenado-8-anos-pela-lava-jato.html>>. Acesso em: 05.06.2017.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Penguin e Companhia das Letras, Nov/2011.
FRO, Maria. **A mídia monopolizada – O Globo, JB, Estado de S. Paulo, Folha de S. Paulo etc – apoiou o golpe de 1964 que depôs o Presidente João Goulart.** Revista Fórum, 31 de Março de 2014. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/mariafro/2014/03/31/a-midia-monopolizada-o-globo-jb-estado-de-s-paulo-folha-de-s-paulo-etc-apoiou-o-golpe-de-1964-que-depos-o-presidente-joao-goulart/>. Acesso em: 11.05.2017.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços;** tradução de Eric Nepomuceno. – 2ª Edição, Porto Alegre, L&PM, 2009.

GAMARSKI, Rachel; MONTEIRO, Tânia. **Para tentar barrar impeachment, governo faz articulações até o último minuto.** O Estado de São Paulo, 17 de Abril de 2016.. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-tentar-barrar-impeachment--governo-faz-articulacoes-ate-o-ultimo-minuto,10000026554>>. Acesso em: 11.05.2017.

GONÇALVES, Rodrigo Machado et al. **A garantia da ordem pública e o holocausto democrático**, extraído do livro: **Direitos Humanos: Da teoria à prática**. O complexo diálogo. Editora Autografia, Rio de Janeiro, 2015, p. 94-107.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções críticas**. Org. e tradução CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH, BIRKBECK UNIVERSITY OF LONDON. **Relatório World Prison Population List**, 17º Edição, 2016. Disponível em: <http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf>. Acesso em: 26.05.2017.

JARDIM, Lauro. **Dono da JBS grava Temer dando aval para compra de silêncio de Cunha**. Jornal O Globo, 17 de Maio de 2016, atualizado em 23 de Maio de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/dono-da-jbs-grava-temer-dando-aval-para-compra-de-silencio-de-cunha-21353935>>. Acesso em: 03.06.2017.

LARANJEIRA, Lucas. **Operação na Itália teve muito mais prisões do que Lava Jato, diz Moro**. A folha de São Paulo, Curitiba, 29 de Julho de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/07/1662173-operacao-na-italia-teve-muito-mais-prisoas-do-que-lava-jato-diz-moro.shtml>. Acesso em: 14.05.2017.

LIMA, Sérgio. **Do Banestado ao mensalão, a longa ficha corrida de Youssef**. O Globo, Brasília, 08 de Abril de 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/do-banestado-ao-mensalao-longa-ficha-corrida-de-youssef-12122724>>. Acesso em: 13.06.2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**, São Paulo, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2014.

KARAM, Maria Lúcia et al. **Curso livre de abolicionismo penal**, Editora Revan – Nu-Sol/PUC-SP – 2ª edição, São Paulo, 2012.

MARCO Aurélio: negociar benefício em delação é atribuição do Judiciário. **Brasil 247**, 16 de Maio de 2017. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/poder/295729/Marco-Aurelio-negociar-benef%C3%ADcio-em-dela%C3%A7%C3%A3o-%C3%A9-atribui%C3%A7%C3%A3o-do-Judici%C3%A1rio.htm>>. Acesso em: 12.06.2017.

MARIETTI, Susanna. **Prison conditions in Italy**, European Prison Observatory. Roma, Novembro de 2013. Disponível em: <http://www.prisonobservatory.org/upload/Italy_Peniten.pdf>. Acesso em: 22.05.2017.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, jul./set. de 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/625>>. Acesso em: 07.06.2017.

MOSER, Sandro. **Um presidente feito e desfeito pela imprensa**: Gazeta do Povo inicia série de reportagens sobre os 20 anos do impeachment de Fernando Collor, trazendo matéria sobre o papel dos veículos de comunicação na ascensão e queda dele. Gazeta do Povo, 16 de Junho de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/especiais/impeachment-20-anos/um-presidente-feito-e-desfeito-pela-imprensa-2zd0gilpep3bxuw32brc3fd5a>>. Acesso em: 11.05.2017.

O GLOBO, **Apoio editorial ao golpe de 64 foi um erro**. Jornal O Globo, 31 de Agosto de 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apoio-editorial-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-9771604>>. Acesso em: 11.05.2017.

ONOFRE, Renato. **Negociação de delação faz Moro suspender ação contra Odebrecht: processo que investiga ‘diretoria da propina’ fica suspenso por duas semanas**. Jornal O Globo, São Paulo, 12 de Agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/negociacao-de-delacao-faz-moro-suspender-acao-contra-odebrecht-19912425>>. Acesso em 09.06.2017.

OPERAÇÕES de busca e apreensão coletivas em favelas do RJ foram ilegais. **Consultor Jurídico**, 03 de Fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-03/tj-rj-decide-busca-apreensao-coletiva-favela-foi-ilegal>>. Acesso em: 12.06.2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION, **OECD Foreign Bribery Report: An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials**, 02 de Dezembro de 2014, p. 8. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>>. Acesso em: 29.05.2017.

PORTAL EUROPEU DA JUSTIÇA, União Europeia, **Sistemas judiciais nos Estados-Membros**, 26 de Abril de 2017. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-it-pt.do?member=1>. Acesso em: 15.05.2017.

PRADO, Geraldo. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim 262, IBCCRIM, Setembro/2014, p. 16-17. Disponível em:

<<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim262.pdf>>. Acesso em: 31.05.2017.

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos:** a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª Edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRESO em São Paulo, Tommaso Buscetta delatou mais de 300 mafiosos italianos. **Acervo digital do Jornal O Globo**, 22 de Outubro de 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/preso-em-sao-paulo-tommaso-buscetta-delatou-mais-de-300-mafiosos-italianos-10493312>>. Acesso em: 14.05.2017.

PRESTES, Cristine. **Pelo roteiro da Mãos Limpas, Lava Jato enfrenta agora suas maiores ameaças**, 10 de Abril de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/pelo-roteiro-da-maos-limpas-lava-jato-enfrenta-agora-suas-maiores-ameacas-10042016>>. Acesso em: 07.06.2017.

RICHTER, André. **Moro pede desculpas ao STF por divulgar conversa de Lula e Dilma**. EBC Agência Brasil, Brasília, 29 de Março de 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-03/moro-admite-ao-stf-equivoco-ao-divulgar-conversa-de-lula-e-dilma>, Acesso em: 12.05.2017

ROBINSON, H. Paul. Artigo: **The Proper Role of Community in Determining Criminal Liability and Punishment**. Extraído do livro: ROBERTS, Julian V; RYBERG, Jesper. **Popular Punishment: On the Normative Significance of Public Opinion**. Oxford Scholarship Online, 2014. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199941377.001.0001/acprof-9780199941377-chapter-4>>. Acesso em: 27/05/2017.

RODAS, Sérgio. **Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos**. Revista Consultor Jurídico, 02 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>>. Acesso em: 16.04.2017.

SALOMÃO, Lucas. **Lava Jato completa 3 anos e soma 198 prisões; 5 políticos se tornaram réus no STF**. G1, Brasília, 17 de Março de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-completa-3-anos-e-soma-198-prisoas-5-politicos-se-tornaram-reus-no-stf.ghtml>>. Acesso em: 29.05.2017.

SEM FREIOS: “Lava jato” não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4. **Consultor Jurídico**, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>>. Acesso em: 28.05.2017.

STOCHERO, Tahiane. **Pagamento de propina era a “regra do jogo” na Lava Jato, diz Sérgio Moro**. G1, São Paulo, 31 de Agosto de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/pagamento-de-propina-era-regra-do-jogo-na-lava-jato-diz-sergio-moro.html>>. Acesso em: 08.05.2017.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: Versão sem cortes**; tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

TOLEDO; José Roberto, MAIA, Lucas de Abreu; BURGARELLI, Rodrigo. **As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara**. Jornal O Estado de São Paulo, 08 de Novembro de 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>>. Acesso em: 13.06.2017.

VASCONCELLOS, Marcos; RODAS, Sérgio. **Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados**. Revista Consultor Jurídico, 17 de Março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em: 02.06.2017.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro – II**, I. Editora Revan, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2010.