

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

**O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA FACE AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS AO DEVIDO PROCESSO NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO
DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.**

Cristiano de Oliveira Ferreira.

Belo Horizonte
2011

Cristiano de Oliveira Ferreira

**O PROCESSO PENAL DE EMERGÊNCIA FACE AS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS AO DEVIDO PROCESSO NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO
DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para o título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F383p

Ferreira, Cristiano de Oliveira

O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil / Cristiano de Oliveira Ferreira. Belo Horizonte, 2011.
120f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Processo penal. 2. Estado democrático de direito. 3. Devido processo legal. 4. Delação premiada. I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.1

Cristiano de Oliveira Ferreira

□

O Processo Penal de Emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para o título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>

Prof. Dr. Flaviane Magalhães de Barros PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/1159840059123495>

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (Professor Convidado)
<http://lattes.cnpq.br/0274220523119291>

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2011.

***Para Mena,
Por todos os indescritíveis
motivos aos quais a razão
não sabe explicar.***

AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiramente a **Deus** por me conceder a paz de espírito, o discernimento e o refúgio nos momentos de aflição em mais um rito de passagem.

Agradeço a **Mena**, minha esposa, sem a qual nada seria possível, por me transformar em um ser melhor a cada dia de nossa prazerosa convivência. Chega, por enquanto, de dormir no sofá comigo ao computador! Amo você!

Agradeço aos meus **Pais**, Onofre e Rouse que não me deixam esquivar das turbulências e vicissitudes da vida, sempre com determinação e a esperança de que dias melhores virão.

Agradeço a meu Orientador **Professor Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques**, exemplo de pesquisador, estudioso e profissional por me retirar do *Samba de uma nota só*, que dentre todos, me legou o ensinamento de que o problema do Processo Penal às vezes, são os próprios professores de processo penal.

Aos **Amigos e Colegas de docência**, especialmente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pelo incentivo e pela interlocução necessária.

Dentre todos, e não menos importante dedico este trabalho a todos os meus **alunos** de ontem de hoje e de sempre.

Por derradeiro, muito obrigado a **todos** que, a seu modo, contribuíram para a elaboração deste trabalho!

O Governo do estado está montando uma mesa telefônica, com cem ramais, para atender às redes de informantes das comunidades. Implantar-se-á um sistema de denúncias remuneradas. Em vez de os policiais escalarem morros a esmo, atrás de bandidos, poderão, acionado o sistema, ir direto aos insetos. Zózimo Barroso do Amaral, colunista social, no jornal O Globo, 12.mai.2005 (Discursos sediciosos: Crime, direito, sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.1 Rio de Janeiro: Relume Dumará: Instituto Carioca de Criminologia, jan-jul, 1996, p. 45-68.)

Pois lá na favela o olheiro é maneiro,
esperto, chinfreiro e não fica às cegas. Até
mulher de bandido na hora da dura segura a
peteca e nega, segura a peteca e nega. E é por
isso que o seu compromisso é não ficar
omisso e prestar atenção. Pois se der mole
pro bagulho vai entrar no rodo e não tem
perdão. E é por isso que o seu compromisso
é não ficar omisso e prestar atenção. Pois se
der mole pro bagulho vai entrar no rodo não
tem perdão! (“Se Não Avisar O Bicho Pega”, O
Rappa, Composição: Jorge Carioca,
Marquinhos PQD, Marcinho – Album Lado
B Lado A - Warner; ASIN: 685738511525)

RESUMO

O presente trabalho aborda a origem histórica e a importância do devido processo legal, enquanto salvaguarda de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Contextualizando com a necessidade de adequação de um modelo constitucional de processo material, apresenta um estudo sistemático e crítico do instituto processual de acordo denominado delação premiada e as consequências de sua aplicação no ordenamento jurídico, enquanto reflexo do processo penal de emergência que se instaura no ordenamento jurídico pátrio mitigando direitos constitucionalmente previstos em detrimento de uma persecução penal galgada no escopo metajurídico de pacificação social. A presente dissertação analisa, ainda, o significado da delação premiada no âmbito das técnicas premiais enquanto meio de prova conferido à persecução penal apresentando, para tanto, uma análise panorâmica do instituto nos sistemas processuais penais do Direito comparado, bem como, aborda a legislação especial correlata. Propõe, ademais, a reflexão crítica acerca do resgate e manutenção do modelo inquisitivo capaz de atribuir ao órgão julgador a condição de gestor dos meios de prova em uma ideológica sociedade que mais tem se preocupado com os fins do que com os meios.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Devido Processo Legal; Processo Penal de Emergência; Delação Premiada.

ABSTRACT

This paper discusses the historical background and importance of due process, while safeguarding fundamental rights in a democratic state. Contextualizing the need for constitutional adequacy of a model of process material, presents a systematic study and critical of the institute procedural agreement called plea bargaining and the consequences of its application in the legal system, which reflects the emergence of criminal procedure that is established in order mitigating legal parental rights constitutional provisions rather than a criminal prosecution tackled in the scope of social pacification. This thesis also looks at the significance of plea bargaining under the technical awards, while evidence given to criminal prosecution presented for both a panoramic analysis of the institute in the systems of criminal procedure of Comparative Law, and addresses the special legislation correlates. It proposes, moreover, critical reflection about the rescue and maintenance of the inquisitorial model capable of giving the court judging the condition of authorizing the evidence of an ideological society that has been concerned with ends than means.

Keywords: Democratic State of Law, Due Process, Criminal Procedure Emergency; plea bargaining.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACR - Apelação Criminal
ADI-MC - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
BtMG - Betäubungsmittelgesetz
CCJ - Comissão de Constituição e Justiça
CE - Comissão de Educação
CF - Constituição Federal
CP - Código Penal
CPP - Código de Processo Penal
DO - Diário Oficial
DOU - Diário Oficial da União
DJU - Diário de Justiça da União
EUA - Estados Unidos da América
HC - habeas corpus
IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IELF - Instituto de Ensino Professor Luiz Flávio Gomes
KronzG - Kronzeugenregelung
LC - Lei Complementar
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil
MP - Ministério Público
ONU - Organização das Nações Unidas
PL - Projeto de Lei
PLS - Projeto de Lei iniciado no Senado Federal
RE - Recurso Extraordinário
RHC - Recurso ordinário em habeas corpus
SDE - Secretaria de Direito Econômico
STF - Supremo Tribunal Federal
StGB- Strafgesetzbuch
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STM - Superior Tribunal Militar
StPO - Strafprozeßordnung
TJ - Tribunal de Justiça
TJ/RJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ/PR - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TRF - Tribunal Regional Federal
USA - United States of America
v.u. - votação unânime

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	13
2 – NOÇÕES GERAIS DO CONSTITUCIONALISMO: DA IDADE MÉDIA À CONTEMPORANEIDADE	18
2.1 – Os fundamentos do devido processo legal na garantia de Direitos Fundamentais no Brasil	25
2.2 – Os desafios e as garantias dos Processo Constitucional pelo devido processo legal no Estado Democrático de Direito	32
2.3 – A proteção aos Direitos Fundamentais e o espaço do Processo Penal Brasileiro no Estado Democrático de Direito	37
3 – O PROCESSO PENAL DAS EMERGENCIALIDADES	43
3.1 – A sociedade do medo	48
3.2 – Processo Penal de Emergência e o inimigo do Estado	56
4 - DELAÇÃO PREMIADA ENQUANTO REFLEXO DA EMERGENCIALIDADE PENAL	64
4.1 – Aspectos relevantes quanto ao instituto da delação premiada	66
4.1.1 – <i>Heranças inquisitoriais acerca da confissão</i>	70
4.2 – Noções gerais e Natureza Jurídica da Delação Premiada	71
4.2.1 – <i>Delação premiada enquanto meio de prova</i>	74
4.3 – Delação premiada no Direito comparado	77
4.3.1 – <i>A Itália dos Pentiti</i>	77
4.3.2 – <i>Os Estados Unidos da América do Plea Bargaining</i>	80
4.3.3 – <i>A Inglaterra das supergrass</i>	83
4.3.4 – <i>A Espanha dos delincuentes arrependidos</i>	84
4.3.5 – <i>A Alemanha das Kronzeugenregelung</i>	85

4.4 – Delação premiada e legislação emergencial correlata no Brasil	87
4.4.1 - Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)	88
4.4.2 - Lei dos crimes contra a Ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei 8.137/90)	90
4.4.1 - Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86)	91
4.4.3 – Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95)	91
4.4.3 – Lei de Lavagem de bens e capitais (Lei 9.613/98)	92
4.4.4 – Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99)	93
4.4.5 – Lei de Drogas (Lei 11.343/06)	94
4.5 – A delação premiada na Inconfidência mineira	95
5 – CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS.....	104

1 – INTRODUÇÃO

Machado de Assis (ASSIS, 1896) em seu *Conto de Escola* nos remete ao Rio de Janeiro de 1840. Pilar, narrador-protagonista, prematuramente, por intermédio de seus colegas de classe Raimundo e Curvelo, tem o primeiro conhecimento quanto à corrupção e à delação na vida em sociedade.

Longe da narrativa da inocência infantil – magistralmente delineada pela obra machadiana – verifica-se que a delação protraí a literatura. É resgatada como meio instrumentalista de persecução penal; ganha tónus diante da **cultura emergencial** onde medidas excepcionais são movidas pelas máximas do “clamor social” de “a sociedade quer uma resposta”.

A garantia constitucional ao *devido processo legal* é uma das maiores conquistas de nossa sociedade. Um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, que confere a todos os indivíduos as prerrogativas de que não serão julgados nem investigados pelo Estado sem justo motivo.

A participação das partes no processo em contraditório é elemento essencial do devido processo, sendo temerário o exercício da função jurisdicional que se preocupa apenas com a celeridade, que traz à sociedade uma falsa percepção de dever cumprido, numa superada idéia de processo enquanto mera relação jurídica.

No presente trabalho propõe-se uma reflexão quanto aos efeitos de um Processo Penal de cunho emergencialista, desafiador da importância e legitimidade do Processo Constitucional na garantia dos direitos fundamentais. Para tanto, se faz necessário o estudo de uma jurisdição constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, bem como, a análise da soberania popular enquanto forma institucionalizada do exercício de poder juridicamente organizado e legitimado pela democracia.

O mote de um processo penal emergencial, como veremos, está atrelado à necessidade de resposta estatal a problemas desafiadores da fragmentariedade do Direito Penal e do processo constitucional. Dessa forma, o emergencialismo pode resultar em verdadeiras leis de exceção desrespeitando a Constituição (devido processo) e criando verdadeira polarização do “povo contra o inimigo” com as modificações das “regras do jogo”. Tais regras passam a ser intermediadas por um Processo Penal anacrônico e de forte teor inquisitorial, capaz de fundir órgão julgador e gestor da prova com a manutenção e

constantes reformas *de uma legislação autoritária e repressiva, que desconsidera o papel dos direitos fundamentais e do processo como garantia no Estado Democrático de Direito* (BARROS, 2008, p. 159).

Nesse compasso “novidades legislativas” adotadas no Brasil como o instituto da delação premiada, se revestem sob o escudo utilitarista dos mecanismos de resposta à criminalidade. A implantação destes institutos (v.g. com o auxílio emergencial de legislações como a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado) paulatinamente faz com que todos os membros da sociedade, sem questionamentos e análises, disponibilizem ao Estado diversas garantias constitucionais inerentes à pessoa humana, sendo tais garantias *erga omnes* fruto de conquistas sociais como, por exemplo, o contraditório e a consequente participação das partes no processo.

A partir do enfoque teórico da teoria neo-institucionalista do processo (LEAL, 2008, p.35) urge a necessidade de reforçar a constitucionalização do processo penal, para além da mera formalidade, resultando na atuação participada dos afetados pela decisão.

A adoção do referido marco teórico serve de análise crítica a concepção instrumentalista do processo, capitaneada pela denominada escola instrumentalista do processo e inspirada nos ensinamentos do processualista italiano Liebman.

A busca escopos metajurídicos pelo processo, sustentada pela escola instrumentalista, reforça o modelo de Estado de Justiça salvador e autoritário (Estado-Juiz) e, como veremos, se contrapõe ao devido processo constitucional tornando-se prejudicial a construção do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito é o *devido processo legal* que irá estabelecer o espaço discursivo legitimador de construção do provimento com a **participação de todos os integrantes da estrutura procedimental** (LEAL, 2002, p. 75) e não somente por intermédio da íntima convicção do magistrado em provimentos isolados (atos solitários).

Nesse sentido a legiferação processual, mesmo impulsionada pela cultura emergencial, deverá também, passar pelo processo de filtragem constitucional, rechaçando a inadequada adoção de institutos alienígenas anacrônicos ao devido processo como é o caso da delação premiada.

Em sua origem histórica, a delação premiada no Direito brasileiro, foi inserida em nosso país na legislação advinda das “terras d’além mar”, enquanto aparato legal de perpetuação do absolutismo através das Ordenações Filipinas (1603-1830).

Em caráter emergencial de resposta midiática, com fortes influências no direito comparado de combate ao crime organizado, a delação premiada se apresentou novamente (quatrocentos anos mais tarde) enquanto ferramenta direcionada ao combate à criminalidade na denominada Lei dos Crimes Hediondos.

O uso de tal instituto recebeu críticas por representar uma afronta ao Direito Penal de *ultima ratio*, e por assinar o atestado de incompetência do Estado em promover uma investigação séria sem a necessidade de pactuar com criminosos (COUTINHO, 2006).

Servindo de terreno fértil ao emergencialismo verifica-se que mesmo após a promulgação de nossa Constituição de 1988, a manutenção da sociedade do medo se depara com inúmeras modalidades de delitos capazes de espalhar o pânico. Uma vez amedrontada a sociedade passa a reclamar por medidas de exceção de um Direito Penal que se identifica ao Direito Penal do Inimigo relegando ao Processo Penal a função simbólica de se exercer um devido processo de mera formalidade, prevalecendo o punitivismo.

Nesse contexto, alheio a crítica de ter relegado ao Direito Penal e o Processo Penal a condição de *solo ratio*, coube ao Estado, por meio de intensificada pressão da mídia, a utilização deste mecanismo de emergência denominado *delação premiada*.

A possibilidade de combate a criminalidade por intermédio da delação premiada conferiu à sociedade as falsas promessas de celeridade nas investigações e no processo, capazes de aplacar o medo e a insegurança. Verifica-se, contudo, a mitigação, de forma inquestionável, dos princípios basilares do Processo Penal que atinge a liberdade individual em face da “segurança social”.

Ao arrepio de todas as garantias da Constituição da República de 1988, não muito raro, nos deparamos com indivíduos que, alheios à questão da fragmentariedade do direito penal, buscam incessantemente por uma “resposta estatal” onde os fins justificam os meios.

Vislumbrando a *solo ratio* do Direito Penal enquanto panacéia utilitarista de combate ao inimigo, o furor de elaboração de leis passa a mitigar os preceitos constitucionais do processo, desconsiderando a premissa fundamental de que os jurisdicionados são a razão de ser das funções legislativa, executiva e judiciária, e para eles está voltada a finalidade desta atuação estatal, conforme já sustentado por Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 2001).

A questão que se põe neste trabalho é, utilizando uma abordagem crítica face ao Estado Democrático de Direito, analisar o instituto da delação premiada. Também, não olvidando os pontos de colisão do referido instituto com o processo penal constitucionalizado em uma jurisdição que deve ser desenvolvida segundo a teoria neo-

institucionalista do processo enquanto *medium* garantidor das partes ao *pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento* (LEAL, 1998, p. 100).

Assim, o primeiro capítulo da presente dissertação fará um apanhado histórico da evolução teórica quanto ao devido processo legal e sua necessária releitura em superação ao modelo do *due process of law* inglês de 1215 que, no plano da realidade social do Século XXI, se deparou com o alargamento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social a (re)clamar novas posturas dos operadores jurídicos, mormente em matéria de direito penal e processual penal.

Nesse contexto, passaremos a analisar a dimensão principiológica do Estado Democrático de Direito que surge enquanto *superconceito* (MENDES; COELHO; BRANCO; 2010) capaz de incorporar e, ao mesmo tempo, superar o Estado Liberal e o Estado Social numa organização política em que o poder emane do povo enquanto garantia de seus direitos.

Analisaremos diante do Estado Democrático de Direito o enfoque conferido ao poder soberano do povo e sua necessária legitimação por intermédio do Processo Constitucional enquanto indispensável garantia aos direitos fundamentais.

Verificaremos os diversos desafios que se apresentam ao devido processo constitucional, a exemplo das inúmeras normas que (ainda) não superaram o liberalismo e se apresentam em caráter extremamente emergencial, formalmente conferindo “amparo legal” aos casos de decisionismo, arbitrariedades e de nulidades dos provimentos judiciais conforme contundente crítica de Lênio Luiz Streck (STRECK, 2009).

Abordando o reformismo emergencial, vislumbraremos que tanto no direito processual penal como no direito processual civil o furor legislativo das infundáveis reformas processuais, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, continua mantendo um sistema *que se forma e se reforma para nada mudar* intermediado por ideologias míticas e inquisitoriais (COUTINHO, 2009).

No segundo capítulo faremos uma abordagem ao fenômeno emergencialista desenvolvendo uma análise crítica do processo penal das emergencialidades que se coloca em rota de colisão à tutela de direitos fundamentais.

Tecendo críticas ao escopo metajurídico da pacificação social, analisaremos a cultura de manipulação do sentimento de proteção e preservação da sociedade, resultante na instauração generalizada do medo, forte aliada na conformação social diante de medidas de

exceção utilizando-se de demônios criados pela própria sociedade (CHOUKR, 2002), com a massiva influência da mídia.

Todos os mecanismos de exceção, decorrentes da cultura emergencial, nos remeterá inevitavelmente à abordagem do Direito Penal do Inimigo, criação de Günther Jakobs, e os questionamentos decorrentes de sua “adequação” ao Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo trata do instituto da delação premiada, verificando a forte tendência brasileira em importar institutos emergenciais da legislação comparada, razão pela qual, se fez necessário uma abordagem do ordenamento alienígena de países como Itália (*patteggiamento*), Estados Unidos (*plea bargain*), Alemanha (*Kronzeugenregelung*), Espanha (*delincuente arrepido*) e Inglaterra (*supergrass*).

Analisaremos as discussões que se estabelecem quanto à utilização do instituto, em especial crítica em se atribuir ao processo penal uma relação custo benefício onde os direitos fundamentais passam a representar indesejável óbice perante a *eficiência da justiça criminal* (COUTINHO, 2004, p. 291) que, deve ideologicamente ser efetiva e célere em sua resposta à sociedade.

Adiante veremos o conceito e a natureza jurídica do instituto da delação premiada, bem como, as influências do instituto no sistema penal brasileiro ao estabelecer uma relação de antagonismo com a cultura da normalidade (legislação ordinária).

O manancial legislativo da cultura de emergência, conforme analisaremos legítima a discricionariedade dos agentes públicos julgadores, deixando ao encargo da consciência destes a possibilidade de interpretação casuística para que, utilizando-se dos “instrumentos de persecução penal” julguem conforme a íntima convicção, com a finalidade de alcançar a mítica paz social.

Exemplificando, a título de ilustração do panorama emergencial no Brasil, enumeramos a legislação penal especial de nosso ordenamento jurídico que, resguardadas as suas peculiaridades, possibilitam a aplicação do instituto da delação premiada, sendo que o referencial legislativo se prestará à análise *a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo* (CHOUKR, 2004).

Exemplificando a crítica estabelecida ao instituto da delação premiada, nos remetemos à análise da Conjuração Mineira que, fazendo uso da delação premiada em troca de benefícios concedidos ao delator, foi capaz de aplicar toda a crueldade das penas decorrentes das Ordenações em face da condenação do Alferes Tiradentes.

2 – NOÇÕES GERAIS DO CONSTITUCIONALISMO: DA IDADE MÉDIA À CONTEMPORANEIDADE

Diante da proposta de reflexão quanto aos efeitos de um Processo Penal emergencialista, que desafia a importância e a legitimidade do Processo Constitucional na garantia dos direitos fundamentais – pelo devido processo legal – se faz de extrema relevância o estudo e a análise de uma jurisdição constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, bem como, a análise da soberania popular enquanto forma institucionalizada do exercício de poder juridicamente organizado e legitimado pela democracia popular. Tal jurisdição deve ser entendida enquanto *atividade, o poder público-estatal que se realiza através de discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p 160).

No plano da realidade social do Século XXI, verifica-se que o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam (STRECK, 2009) novas posturas dos operadores jurídicos mormente em matéria de direito penal e processual penal.

Nesse contexto, a observância evolutiva dos aspectos de organização política até o Estado contemporâneo, assume significativa reflexão também no que tange as contribuições para a constitucionalização do direito, suas conquistas e desafios, sobretudo em países de democracia tardia como é o caso do Brasil.

De início devemos observar que a ruptura provocada, quanto ao *exercício* e a *titularidade do poder*, estabelecido das Sociedades Pré-modernas às Sociedades Pós-Modernas, possui íntima relação com a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito, galgado na soberania popular com inevitáveis reflexos no Processo Constitucional.

A observância destes aspectos, que se segue no presente capítulo, serve de convite a reflexão quanto a origem e legitimação do poder ao longo dos diversos modelos de organização jurídica política e social estabelecidos do século XIII ao século XXI, não se olvidando a reflexão de Ferdinand Lassale (LASSALE, 2010) ao mencionar que uma Constituição não é prerrogativa apenas dos tempos modernos.

Remontando, inicialmente, o momento histórico de predominância de uma estrutura de poder monárquico, forte nas lições de Niklas Luhmann, André Del Negri (DEL NEGRI, 2009) enfatiza que, da Pré-modernidade à Idade Média, a legitimidade do poder fora

utilizada pelo soberano (rei) enquanto forma de defesa da usurpação e da tirania emanados por um representante da divindade perante seus súditos.

No período da Idade Média, o Estado confunde-se com a Igreja e suas concepções se tornam essencialmente teológicas, oriundas de um poder divino legitimado a punir os pecadores que, por sua vez, eivados de culpa buscam a expiação de suas faltas.

Verifica-se na Inglaterra do Século XIII, o surgimento do constitucionalismo, retratando por meio da *Magna Charta Libertatum*, os primeiros indícios do descontentamento da burguesia aos excessos do exercício de poder monárquico (arbitrário e ilimitado até então).

Tal ruptura serviu de referencial quanto ao início da descentralização do poder transcendental monárquico com o surgimento do devido processo legal (*due process of law*) que, dada a sua importância e relevância ao presente trabalho, será explorado em um segundo momento, em tópico específico.

André Del Negri afirmou a influência da Inglaterra no *aperfeiçoamento de leis que, nos seus principais aspectos, são consideradas como reguladoras de matérias constitucionais, como por exemplo, a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Act (1679) e, por fim, em 1689, o Bill of Rights* (DEL NEGRI, 2009, p. 52).

Não podemos perder de vista que no período da Pré-modernidade as ordens normativas da sociedade e a legitimidade do exercício do poder ainda não haviam se dissociado e guardava fortes vínculos¹ com a religião, a moral e o direito, sendo marcante nesse período a homogeneidade normativa entre o direito, a moral, a tradição e os costumes justificados transcendentemente.

Após a desfragmentação e a descentralização do poder, onde as decisões do soberano passaram a ser submetidas ao parlamento, junto a Modernidade, surgem diversos questionamentos e angústias do homem – enquanto indivíduo – que se afluaram concomitantemente a necessidade burguesa de afirmação do capitalismo, da Reforma Protestante e da revolução filosófica.

A oposição ao Antigo Regime (*Ancien Régime*) e a autoridade do Clero e da nobreza, deflagradores da Revolução Francesa (1789-1799), bem como, a Declaração de

¹ Os aspectos relativos a uma estrutura de poder com estreitos vínculos entre moral, religião e poder se fazem claros conforme menciona a obra de Fustel de Coulanges (1830-1889): “A confusão da autoridade política e do sacerdócio no mesmo personagem não cessou com a realeza. A revolução que se estabeleceu o regime republicano não separou funções cuja mistura parecia muito natural e era na época a lei fundamental da sociedade humana. O magistrado que substituiu o rei foi, como ele, um sacerdote e ao mesmo tempo um chefe político. Às vezes esse magistrado tinha o título sagrado de rei”. (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 197).

Independência das treze colônias dos Estados Unidos da América do Norte (1776), representaram importante marco referencial para o surgimento das primeiras Constituições escritas em sentido moderno.²

Importante a menção à obra de Dierle José Coelho Nunes que retrata o descontentamento burguês perante os constantes conflitos de competência estabelecidos entre as jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas em sistemas processuais *estruturados pela pluralidade de jurisdições, pela abitrariedade dos juízos e pela extrema complicação das formas processuais* (NUNES, 2008. p. 61).

O homem perde o seu centro por meio da afirmação do antropocentrismo. Conforme verificamos em Marcelo Campos Galuppo, desde a Grécia Antiga até a Idade Média, *a vida comunitária era orientada pela presença de um centro que fornecia, com absoluta segurança, toda orientação necessária ao agir humano* (GALUPPO, 2001. p. 50). E prossegue o referido autor mencionando que na Modernidade ocorre a ruptura progressiva destes centros orientadores de ação colocando o membro da comunidade na condição de indivíduo em franca evolução ao pluralismo.

Entretanto, devemos ressaltar que, diante do movimento constitucionalista inglês, na expressão de José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 1984), perante o parlamento o poder do povo não era mais do que mera ficção.

Uníssono a Baracho, Friedrich Müller (MÜLLER, 2004, p.27) em crítica aos anseios burgueses por um “constitucionalismo pelo povo” afirma a impossibilidade de um poder constituinte de um povo *onde o poder contempla o povo em alienação*.

Corroborando com a crítica de Müller a reflexão de Marcelo Cunha de Araújo (ARAÚJO, 2003, p. 103) ao contextualizar as nefastas consequências do reconhecimento da jurisdição enquanto mera pacificadora social uma vez que, na concepção do mencionado autor a pacificação social *deve ser tutelada pela lei, e não pela judicatura (Aplicação do direito já tutelado na lei ao caso concreto)*.

Dessa forma, verifica-se que o exercício de um poder irracional do soberano (rei), cedeu espaço à racionalidade por meio das inúmeras revoluções burguesas a exemplo da chamada Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra, a Revolução Americana, de 1776, e a Revolução Francesa de 1789, que resultaram na limitação do poder do soberano, alvo

² Na lição de Jorge Miranda: “As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários LOCKE (Segundo Tratado sobre o Governo), MONTESQUIEU (Espírito das Leis), ROUSSEAU (Contrato Social), KANT (além de obras filosóficas fundamentais, Paz Perpétua) – e importantíssimos movimentos económicos, sociais e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito”. (MIRANDA, 1996, p. 83).

preponderante do descontentamento burguês. Ao mencionar a origem alemã da expressão *Rechtsstaat*, Simone Goyard-Fabre acrescenta que, o Estado de Direito surgiu enquanto oposição ao *Obrigkeitsstaat* que se traduz usualmente – de maneira muito aproximativa – por “Estado de polícia”, que a idéia do *Rechtsstaat*, que se traduz por “Estado de direito” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 313).

Com o início do constitucionalismo, que floresceu a partir do século XVIII diante do *laissez faire, laissez aller, laissez passer* (deixai fazer, deixai ir, deixai passar) do Estado Liberal de Direito, predomina o homem, individualizado e submerso na racionalidade em um ordenamento jurídico laico e politicamente organizado (ordenamento constitucional), em oposição a um Direito transcendentalmente justificado e legitimado pelas sociedades de castas, conforme mencionado por Menelick de Carvalho Netto (CARVALHO NETTO, 1999).

Verifica-se que a descentralização do poder deu início a primeira geração de direitos e garantias individuais, por meio de revoluções políticas e da Revolução Industrial, fundamentados na liberdade que, conforme demonstrou Patrus Ananias de Souza marcou o início da *Era dos Direitos* de que fala Norberto Bobbio (SOUZA, 2000, p. 34).

Entretanto, no período do Estado Liberal, em que pese os ganhos sistêmicos do início da “Era dos Direitos”, a postura passiva do Estado, apresentou ao mundo as piores facetas da exploração do homem pelo homem, sendo latente a desigualdade social, em detrimento ao insustentável abstencionismo garantidor de uma igualdade meramente formal, que eclodiu em diversas mazelas sociais dentre elas a Primeira Guerra Mundial.

Importa ressaltar que a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) em muito contribuiu para a transição entre o Estado Liberal para o denominado *Welfare State* (bem estar social). O também denominado Estado Social, em sentido diametralmente oposto ao Estado Liberal, adota postura extremamente intervencionista que, a exemplo da Constituição mexicana (1917), a Constituição de Weimar (1919) e com a Revolução Russa (1917), incorpora a segunda geração de direitos fundamentais consistentes nos direitos sociais.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito urge a necessidade de se materializar a noção de igualdade para além dos textos normativos. Nesse contexto, observou-se um intervencionismo que suprimiu, inclusive, a autonomia da vontade dos indivíduos que assumiram a posição de “clientes” assistidos pelo próprio Estado, mencionando Lênio Luiz Streck que *o Estado intervencionista é resultante da própria crise do Estado Liberal de cunho absentista* (STRECK, 2007).

Fornece amparo ao Estado Social uma intensificada atividade legislativa com fins sociais, destinada a produzir transformações, partindo do mero amparo às regras de condutas rumo às medidas e acomodações institucionais, dando ênfase às técnicas de controle social de um “*État providence*” conforme denominado por Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, 1993).

No âmbito do Estado Social, após a Segunda Guerra Mundial, diante dos horrores instalados pelo holocausto³ e dos irreparáveis danos provocados pela bomba atômica, bem como, a partir de intensificados movimentos oriundos do pluralismo social iniciam-se questionamentos acerca da incapacidade do Estado diante de um exercício de poder arbitrário e autoritário perante as aspirações populares.

O pluralismo – e suas expectativas – demonstrou a incapacidade do Estado de estar a frente, de forma paternal, a todas as necessidades de uma sociedade complexa e heterogênea quanto ao respeito à dignidade humana, na busca do homem a uma vida digna eudemonista.

Tais anseios, diante da decadência dos modelos totalitários de poder, fizeram eclodir uma nova perspectiva constitucional que, a exemplo da Europa do pós Segunda Guerra, sofreu importantes e significativas modificações, deixando de ser instrumento de serviço ao *poder* passando a valer como fundamento e vinculação deste alicerçadas na dignidade humana.⁴

Foi justamente por meio do Estado Democrático de Direito⁵ que se deu a inclusão dos denominados direitos fundamentais de terceira geração consistentes nos direitos e interesses difusos e coletivos.

³ “O Estado Nazista contrapunha-se ao advento e aos princípios constitucionais da República de Weimar, sonhando as liberdades individuais e o princípio da autonomia coletiva, anulando o princípio do federalismo em favor do Estado unitário centralizado, eliminando os partidos políticos em prol do partido único e renegando o clássico princípio da separação dos poderes, favorecendo o princípio de concentração (Führerprinzip)”. (SOARES, 2000, p. 97).

⁴ De acordo com a menção de Luís Roberto Barroso: “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. (BARROSO, 2003, p. 101).

⁵ Cf. STRECK, “Para tanto, deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-Absentista. O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Social. Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito põe à disposição dos juristas os mecanismos para a implantação das políticas do welfare state, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando que a Constituição não é somente o documento para organizar o Estado, mas, sim, a própria explicitação do contrato social (a Constituição, portanto, constitui) e o espaço de mediação ético política da sociedade (regulação social), ou, como diz Bonavides, é a expressão do consenso social sobre os valores básicos, tornando-se o alfa e ômega da ordem jurídica, fazendo de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se

Oportuno mencionar que algumas características básicas do Estado Social foram mantidas, após a Segunda Guerra Mundial, nas ordens jurídicas ocidentais (LEAL, 2002) nas diversas vertentes de social democracia (socialismo democrático, social democracia, democracia-cristã). E é nesse período que se começa a vislumbrar o nascedouro do modelo de Estado Democrático de Direito, no enfoque teórico adotado no presente trabalho onde a interpretação do Direito está vinculada pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto de constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais e princípios constitucionais passam a representar valores supremos enquanto base da ordem jurídica com força normativa e vinculante sobre a criação, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

Assim o papel de extrema relevância assumido pelo devido processo constitucional na garantia de direitos fundamentais, resultando *no exercício processual aberto a todos de auto-inclusão executiva* (LEAL, 2005, p. 29).

Após perfunctória apresentação desta ruptura, necessário se faça a observação de que os aspectos de organização política e legitimação do poder, aqui explicitados – que na lição de Popper (POPPER, 2006) se complementam em suas falibilidades e aporias – não podem ser analisados como meros modelos ou padrões estanques (BRÊTAS, 2004. p. 100) do período a que foi compreendido.

Referida análise estanque e compartimentalizada, tornaria, por exemplo, inconcebível a compreensão de nossa Constituição de 1988 no que tange a salvaguarda de direitos típicos do Estado Liberal e, também, do Estado Social vigentes, ainda que passível de críticas.

Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010) menciona que a dimensão principiológica do Estado Democrático de Direito surge enquanto *superconceito* incorporando e, ao mesmo tempo, superando o Estado Liberal e o Estado Social em uma organização política em que o poder emana do povo enquanto garantia de seus direitos.

Desse modo, cabe aqui afastar a análise equivocada das figuras jurídico-constitucionais do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito, na interpretação segundo uma concepção compartimentalizada e estruturadora de forma cronologicamente isolada que, indiscriminadamente se apresenta na contemporaneidade, pelas incontáveis teses e dissertações da área de concentração do Direito, sob o cunho de *paradigma*.

mensuram todos os conteúdos normativos do sistema, é necessário ter claro que o cumprimento do texto constitucional é condição de possibilidade para a implantação das promessas da modernidade, em um país em que a modernidade é (ainda) tardia e arcaica”. (STRECK, 2007).

Devemos observar que, para que não se induza a erro e confusões, sob qual perspectiva se deu a utilização da expressão “paradigma” (paradigma do Estado Social, paradigma do Estado de Direito e paradigma do Estado Democrático de Direito), ressaltamos a corrente doutrinária que reconhece o Estado Democrático de Direito na condição de princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas, conforme explica Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias na concepção de que o Estado de Direito e o Estado Democrático deve ser vislumbrado *como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas* (BRÊTAS, 2003, p. 12).

É também relevante, a crítica estabelecida, quanto a divisão compartimentada dos direitos fundamentais em gerações (primeira, segunda, terceira e quarta gerações de direitos). Embora didaticamente pertinente, sob o aspecto cronológico e histórico, a conquista de tais direitos devem ser compreendidos como um todo indivisível, conforme menção de Flaviane Magalhães de Barros (BARROS, 2004) seguindo reflexão de José Luiz quadros Magalhães.

Justamente por ser reconhecido como princípios conexos às normas jurídicas é que o Estado de Direito e o Estado democrático devem integrar o sistema jurídico fazendo valer suas diretrizes na função jurisdicional do Estado por meio de técnica normativa estrutural própria a legitimar a participação dos interessados, o que se denomina *legitimação do Estado de Direito* na Alemanha e *democracia constitucional* na Itália conforme mencionado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (BRÊTAS, 2006).

Verifica-se que o poder soberano do povo deve ser legitimado por meio do **Processo Constitucional** sendo este indispensável enquanto garantidor dos direitos fundamentais inerentes à estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ao traçar a ruptura provocada pelos movimentos constitucionalistas verifica-se que a democracia, enquanto representante do terceiro movimento do constitucionalismo na modernidade, não coaduna com uma estrutura de constitucionalismo autoritária emergencialista ou inexpressiva quanto ao respeito aos direitos fundamentais.

A tutela da ordem democrática emerge da própria Constituição, enquanto escudo protetivo, contra qualquer tipo não legitimado (vinculado) de poder. Tal proteção se efetiva por meio de uma jurisdição constitucional de caráter emancipatório onde, o povo, pelo exercício do Processo Constitucional, garante seus direitos fundamentais.

Não se olvidando que, a limitação do poder estatal, enquanto garantia dos direitos fundamentais, consagrados no Estado Democrático de Direito, de acordo com Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, só será assegurada por meio da legitimação democrática do povo.⁶

A Constituição brasileira de 1988, assim como consagrado na Lei Fundamental de Bonn (1949), na Constituição portuguesa (1976) e na Constituição espanhola (1978), confere eficácia vinculante aos direitos fundamentais definidos por Gilmar Ferreira Mendes na condição de direitos de defesa. Menciona o autor que, enquanto direitos de defesa os direitos fundamentais *asseguram a esfera de liberdade individual contra as interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do executivo, do Legislativo, ou mesmo, do Judiciário* (MENDES, 2009, p. 3).

2.1 – Os fundamentos do devido processo legal na garantia de Direitos Fundamentais no Brasil

Ao discorrer sobre a importância do Processo Constitucional enquanto salvaguarda de direitos fundamentais pelo devido processo legal importante ressaltar que a teoria do *Processo*⁷ aqui adotada está estritamente relacionada à teoria neo-institucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal.

Desse modo o processo deve ser entendido como uma instituição jurídica, ou seja, um conjunto principiológico que baliza a criação de normas (devido processo legislativo) e a

⁶ Na lição de Friedrich Müller quanto a concepção de quem venha a ser “o povo” verifica-se que: “Dito de outra forma, não está em pauta, em primeiro lugar, trabalhar o povo como tal [como uma ficção]. Está em pauta levar o povo a sério como uma realidade. Precisamente isso impede continuar tratando a ‘democracia’ somente em termos de técnica de representação e legislação [...]. A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito.” (MÜLLER, 2000, p. 113).

⁷ Quanto às diversas teorias e doutrinas do processo, lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “Em relação ao processo, de forma semelhante ao que sucede com a ação, também são catalogadas inúmeras teorias e doutrinas em um século e meio de história do direito processual, que discutem sua natureza, dentre as quais, conforme menciona Rosemiro Pereira Leal, podem ser lembradas as seguintes: 1ª) teoria do processo como contrato (Pothier); 2ª.) teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau); 3ª.) teoria do processo como relação jurídica (criada por Bülow, na Alemanha, em 1868, e aprimorada, depois, pelos italianos Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman, acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro; 4ª.) teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt) ; 5ª.) teoria do processo como instituição (Guasp); 6ª.) teoria do processo como procedimento em contraditório (concebida por Fazzalari e divulgada, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves; 7ª.) teoria constitucionalista do processo (cogitada, inicialmente, por Hector Fix-Zamudio, no México, sistematizada por Baracho, no Brasil, e retomada por Andolina e Vignera, na Itália); 8ª.) teoria neoinstitucionalista do processo (proposta em tempo mais recente pelo próprio doutrinador colacionado, Rosemiro Pereira Leal).” (BRÊTAS, 2009, p. 428).

implementação de direitos fundamentais. Trata-se da concepção processual vista sob a ótica teoria neo-institucionalista.

Partindo de tal marco teórico verifica-se que a tutela processual da jurisdição é promovida pela *instituição pública constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos*, (LEAL, 2008, p. 191) demonstrando a incompatibilidade de um processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição em provimentos judiciais solitários eivados de sentimentos de justiça do julgador.

Sendo assim, verifica-se que o juízo de cognição processual exercido no Estado Democrático de Direito não poderá ficar adstrito ao ajustamento dos *escopos sociais e metajurídicos* uma vez que os direitos fundamentais – constitucionalmente instituídos – se legitimam *pela autopermissão normativa de sua fiscalidade processual (médium linguístico) na constitucionalidade vigente para execução desses direitos* (LEAL, 2005, p.29).

Dessa forma, busca-se divergir da análise do Processo enquanto relação jurídica⁸, meio de obtenção do provimento (idéia metafísica), ou ainda, na concepção de processo enquanto instrumento a serviço da jurisdição, diferenciando o Processo do mero *procedimento* (realidade fenomenológica perceptível) aqui visualizado como meio pelo qual se instaura, desenvolve e termina o Processo.

A pertinente crítica à busca de escopos metajurídicos (OLIVEIRA, 2004; LEAL, 2009; BRÊTAS, 2009) por meio do processo deve-se ao fato de que, segundo a escola instrumentalista do processo, caberá ao juiz envidar esforços hercúleos para alcançar a pacificação social na construção solitária do provimento.

Verifica-se assim que tal tarefa atribuída ao juiz hipertrofia a figura do mesmo e perdem de vista a participação das partes no processo, *apesar de formal e textualmente dizerem o contrário* (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 68).

Em sua obra Teoria Geral do Processo: Primeiros estudos, Rosemiro Pereira Leal, ressalva que o devido processo legal é oriundo da expressão inglesa *due process of law*, sendo importante um breve relato crítico quanto a origem e a importância deste princípio basilar do Estado Democrático de Direito, na condição de meio protetivo dos direitos fundamentais do homem.

⁸ André Cordeiro Leal, em sua obra, O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático menciona que “Oskar Von Büllow, em 1868, debruçou-se sobre o discernimento da idéia de processo, passando a inseri-lo, ainda que obediente à velha dicotomia da dogmática jurídica, na órbita do direito público. Segundo seu entendimento, o processo seria uma relação jurídica *sui generis* que, em constante movimento e transformação, se desenvolvia perante funcionários públicos, envolvendo, assim, tanto o Estado como os cidadãos, justificando-se aí a inserção do processo no âmbito do direito público” (LEAL, 2002, p. 81).

Segundo o autor, a procura de um *telos* (objetivo) para o Processo, identificado com o movimento instrumentalista da escola de Liebman, não pode oferecer retrocesso à jurisdiciedade do processo inquisitório, sendo que o devido processo, em perspectivas de direito democrático *traduz-se na garantia da plenitude de defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la* (LEAL, 2008).

Nesse sentido fica demonstrada a premente necessidade de respaldo aos princípios constitucionais basilares em detrimento a insurgência contra um exercício da função jurisdicional de forma solipsista e eivada de ideologias (falsas percepções da realidade) capazes de afastar o indivíduo de sua garantia fundamental.

Muito além de representar, para o ordenamento jurídico, um mero referencial principiológico e diretivo, ao *devido processo legal* não se pode desidiosamente atribuir uma noção geral e estanque. Não se pode abandonar a necessária releitura do referido princípio ao longo dos tempos, enquanto salvaguarda aos direitos fundamentais.

Partindo do marco teórico de uma Teoria Geral do Processo em José Alfredo de Oliveira Baracho, verifica-se que o direito processual possui *linhagem constitucional* (BARACHO, 2008, p. 14) fortemente construído no sentido de conferir uma efetiva proteção aos direitos fundamentais em todas as instâncias.

As premissas para a discursividade democrática procedimentalizada, instituinte e constituinte do direito (LEAL, 2008), resumem-se à observância incondicional aos princípios institutivos do processo democrático conformando a gramática da linguagem processual.

Neste contexto, o alargamento do rol de direitos fundamentais previsto em norma constitucional e infraconstitucional, será, apenas, letra morta da lei caso inexista a correspondente garantia fundamental jurisdicionalmente efetivada por parte dos indivíduos interessados e afetados pela construção do provimento final.

Com seu surgimento em 15 de junho do ano de 1215, por meio da outorga da Magna Carta e da Carta de Henrique III em 1225 na Grã-Bretanha, diante da preocupação em se limitar o poder absoluto real o *due process of law* representou, naquele momento, conforme reflexão de Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2008), a observância da lei natural de igualdade entre os iguais.

Desse modo, verificamos que o julgamento do acusado era feito por seus pares, na concretização do direito por meio do devido processo, realizado de forma colegiada por

pessoas que se encontravam em nível de igualdade em liberdades (homem livre), costumes e bens com o acusado ou lesado em direitos.

No contexto da origem histórica do devido processo legal pela Magna Carta, verifica-se que, conforme anteriormente mencionado, inexistia, ainda, a preocupação de um devido processo legal institucionalizado por meio de uma nova ordem política constituída e criada pelo povo, conforme mencionado por José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002).

Na reflexão de Eduardo J. Couture (COUTURE, 1979), a limitação do poder absolutista surtiu ampla repercussão, sendo que, aquilo que representaria um pacto entre o rei e os barões feudais saxônicos transformou-se em reflexo dos anseios de liberdade política e proteção contra as arbitrariedades do poder.

Importante ressaltar que embora não tenha sido fenômeno isolado no cenário europeu, resultando em resposta às iniquidades absolutistas, conforme mencionamos no presente trabalho, segundo lição de Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz (PARIZ, 2009), foi por intermédio do conteúdo da Magna Carta - *due process of law* – ainda que de forma embrionária, que se pôde opor resistência ao arbítrio real.

Entretanto, o *due process of law* no sistema de *common law*, na Inglaterra do século XIII, velava pela instituição imposta ao Rei – pela burguesia – da observância de uma paridade definida de modo restrito apenas aos homens livres que seriam, assim, julgados por seus pares.

O *due process of law* inglês também foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte (1787-1789) em enunciados da Quinta emenda (1791) e na Décima quarta emenda (1868).

De redação quase que uníssona àquela dada na Constituição dos Estados Unidos da América, a Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez de forma expressa, elevou o devido processo legal a condição de direito fundamental, determinando em seu Art. 5º, inciso LIV, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (BRASIL, 1988).

O referencial principiológico do devido processo legal, é sistematizado por Robert Alexy (ALEXY, 2008), em uma concepção de princípios enquanto mandados de otimização, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes, onde caberia ao órgão julgador aferir de modo discricionário qual princípio será o mais adequado ao caso concreto.

Entretanto, considerando o princípio do devido processo legal, processualizado pelos direitos fundamentais, oportuna é a crítica de Rosemiro Pereira Leal ao afirmar que o devido processo legal não poderá ser cambiável ao alvitre do intérprete (Órgão julgador), uma vez que: *A preferência entre princípios não pode, como quer Alexy, ser assistemática, porque tal redundaria em admitir que o princípio positivado da reserva legal é cambiável pelo intérprete* (LEAL, 2000, p. 15).

Verifica-se assim que no Estado Democrático de Direito a construção do provimento (decisão jurídica) não deve ser ato isolado (solitário) e pautado na consciência do julgador. A decisão jurídica só se confirma pela adoção do **devido processo constitucional na construção procedimental encaminhadora da decisão judicante** (LEAL, 2005, p. 92).

Inobservar o devido processo legal significa abandonar as conquistas jurídico-teóricas do processo com a nefasta mitigação do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado e da duração razoável do curso do processo.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante dos estreitos laços que se estabeleceram entre Constituição e Processo e a declaração dos princípios constitucionais, acompanha-se significativa evolução do princípio do devido processo legal, no controle do exercício do poder, pela imposição de limites com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais.

Nelson Nery Júnior (NERY JÚNIOR, 2002), afirma que o princípio do devido processo legal se caracteriza pela proteção ao trinômio vida-liberdade-propriedade e, é o princípio gênero do qual decorre todos os demais princípios do processo.

Joaquim José Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002) explica que os critérios materiais orientadores do devido processo legal ganharam uma concepção material e uma concepção processual ou substantiva, consistentes no devido processo legal material (*procedural due process*) e no devido processo legal em sentido material (*substantive due process*).

Sob este enfoque, o princípio do devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*), protege a estrutura procedimental do devido processo, diante do exercício da função judicante estatal. Estabelece a indispensável observância às garantias de um processo que se desenvolva sob os ditames dos princípios processuais na condição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Nesse sentido, tais garantias são de extrema relevância, consideradas por Gilmar Ferreira Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010) como sendo as mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional justamente por estabelecer vínculo em relações

de caráter processual (*procedural due process*) e em relações de caráter material (*substantive due process*).

Desse modo, o devido processo legal, vincula a função jurisdicional à observância das garantias e disposições constitucionais visando assegurar, na lição de Dierle José Coelho Nunes, a *comparticipação e o policentrismo* (NUNES, 2008, p. 239) aos destinatários do provimento final.

Assim, o devido processo legal em sentido processual ou procedimental, fortalece a garantia de estrita obediência a estrutura metodológica do modelo constitucional de processo⁹ em respaldo aos direitos fundamentais, de modo que, o Estado não interfira na esfera individual de forma arbitrária emergencialista e ilegítima. A previsão expressa desta garantia encontra-se no art. 5º, inciso LV da Constituição brasileira de 1988 que ressalva que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (BRASIL, 1988).

Coadunando com os ensinamentos de Flaviane Magalhães de Barros (BARROS, 2009), verifica-se que, em conformidade com o devido processo legal, urge a necessidade de se evitar decisões solipsistas dos agentes públicos julgadores, bem como, a necessidade de busca de uma estruturação processual capaz de permitir a comparticipação dos afetados pelo provimento final.

O devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) teve sua origem nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que passou a aplicá-lo a partir do século XIX, em concepção diferenciada de sua observância procedimental, sendo que, o caso Dred Scott¹⁰ (1857) é considerado como um exemplo dos casos pioneiros no reconhecimento do *substantive due process of law* daquela Corte.

⁹ Importante menção a Rosemiro Pereira Leal quanto ao modelo constitucional de processo: “A expressão “modelo constitucional do processo” vem firmando uma convicção inabalável, por força de mal-entendidos já assentados em obras e artigos jurídicos, de que uma constituição (ou teoria constitucional) que acolha em seu âmago os princípios do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e da soberania popular para o manejo dos conteúdos de um ordenamento jurídico já seria apontadora de um Estado Democrático de Direito tal qual instituído no Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º)”. (LEAL, 2009, p. 283).

¹⁰ “O caso Dred Scott é talvez o mais odioso julgamento do direito constitucional norte-americano. Dred Scott havia sido escravo de John Emerson, médico do exército. Viveu por um tempo em Illinois (Fort Snelling), área que não aceitava a escravidão, nos termos do compromisso do Missouri, acordo entre os estados que limitava as áreas nas quais a escravidão seria permitida (cf. ALLEN, 1970, p. 122). Por ter vivido em estado não escravista, Dred Scott considerou-se livre, sob a premissa de que *once free, always free*, isto é, uma vez livre, livre para sempre. Em 1850 John Emerson, seu antigo proprietário, faleceu. Dred Scott ajuizou ação com objetivo de ver reconhecida sua liberdade. O juízo de primeiro grau reconheceu tal direito, sob a premissa de que Scott havia vivido uma época em liberdade, assimilando um *vested rights*, um direito adquirido. A Suprema Corte do Estado de Missouri anulou a decisão. A viúva de Emerson havia se casado novamente e seu

A dimensão material ou substantiva do devido processo legal (*substantive due process*) vai além das garantias previstas no *procedural due process* por meio do importante papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais na proteção aos direitos fundamentais.

O desdobramento do devido processo legal substantivo, em diversas garantias processuais, se apresenta na qualidade de legitimador do exercício da jurisdição, exatamente por adquirir a função de limitar a atuação do Estado, traduzindo-se na defesa a qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais, tal como denominado por Gilmar Mendes, em obediência ao princípio da proibição de excesso – *Übermassverbot* – (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

Com a evolução do princípio do devido processo legal, analisa-se os critérios de proporcionalidade e razoabilidade na proteção aos direitos fundamentais limitando o poder político, por meio do exercício da soberania popular no Estado Democrático de Direito, conforme lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (BRÊTAS, 2003).

Com respaldo na democracia, o contínuo exercício da soberania popular no Estado Democrático de Direito se consolida, conforme mencionou Lênio Luiz Streck (STRECK, 2009), mediante a criação e manutenção de um *sentimento constitucional concretizante*, sendo que, na atualidade, o devido processo legal previsto na Constituição se materializa pelo Processo Constitucional enquanto salvaguarda contra o ativismo judicial ou contra qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais.

cunhado, John Sandford, recebeu Dred Scott como herança. Dred Scott então protocolou ação judicial contra Sandford, em Nova Iorque, estado no qual residia seu novo proprietário. Em contestação, Sandford alegou que por ser negro, Dred Scott não seria cidadão. E por não ser cidadão não teria capacidade para litigar em juízo. O juiz Robert Wells decidiu que se Dred Scott fosse livre poderia figurar no pólo ativo da lide. Caso contrário, seu direito seria discutível. No mérito, acompanhou a decisão do Tribunal de Missouri, decretando que Dred Scott era escravo. Dred Scott apelou para a Suprema Corte. O Chief Justice Roger Taney, em voto preconceituoso e racista, hoje motivo de escárnio, abordou duas questões: o status dos negros (livres ou escravos) e o poder do Congresso regular a escravidão nos estados. Perguntou se negros, cujos ancestrais teriam sido importados, estariam intitulados a exercer a cidadania. Respondeu negativamente. Agressivamente decidiu-se que os negros seriam coisas, objetos de propriedade, comprados e vendidos, antes e depois da independência, antes e depois da constituição. Além do que, o direito de propriedade de escravos estaria garantido pelo texto constitucional. Só poderia ser perdido mediante a aplicação do *due process of law*. Entendeu também que o Congresso não poderia regulamentar a escravidão nos estados, porque a constituição não admitia restrições a esse direito de propriedade. Dred Scott perdeu a causa. A decisão de 54 páginas arrogava-se definitiva, encerrando controvérsias sobre escravidão nos estados, status de negros, a par de enfrentar o partido republicano. Acirrou ódios e é importante causa determinante da guerra civil (1860-1865). Não considerou escravos como cidadãos, prestigiando o direito de propriedade dos senhores escravocratas. Perdeu sua validade com a 13a. Emenda (cf. FEHRENBACHER, 1981). O caso Dred Scott dividiu o país (cf. BURT, 1995, p.2). É realmente uma das páginas mais vergonhosas da tradição cultural ocidental”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

Verifica-se assim que o Processo Constitucional protege a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito suprimindo o espaço do denominado ativismo judicial onde o povo – (des)legitimado – respalda e acredita cegamente nos discursos de autoridade de seus agentes públicos julgadores externados em provimentos solitários que a tudo soluciona e pacifica.

Desse modo, a relação de simbiose estabelecida entre o Processo Constitucional – que consoante mencionado por José Alfredo de Oliveira Baracho é *metodologia de garantia de direitos fundamentais* – (BARACHO, 1984, p. 112) e os consideráveis ganhos estruturais legitimadores pelo devido processo legal deságuam na eficiente e inigualável proteção ao indivíduo pelo exercício de uma jurisdição constitucionalizada e participada.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias menciona que, todo e qualquer ato de ofício, proferido pelos agentes públicos julgadores são atos estatais que refletem a manifestação do poder político do Estado: *poder que jamais poderá ser arbitrário, insista-se, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado exercido, e controlado conforme as diretivas do princípio do Estado Democrático de Direito* (BRÊTAS, 2004, p. 86).

2.2 – Os desafios e as garantias dos Processo Constitucional pelo devido processo legal no Estado Democrático de Direito

Conforme analisamos, verifica-se que o devido processo, para além da Magna Carta inglesa, constitui verdadeira conquista do neoconstitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial.

Não se pode olvidar que, a contínua construção de um Estado Democrático de Direito, comprometida com a democracia, parte da consciência de que todo poder emana do povo e do respeito às regras e princípios previstos na Constituição, não existindo espaço para o desrespeito à coisa pública e o escárnio aos constitucionalmente consagrados direitos fundamentais.

Desse modo ressalta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que, os representantes do povo são *transformados em verdadeiras antenas super-sensíveis captadoras das aspirações e dos sentimentos populares* (BRÊTAS, 2005, p.114).

Em relação a função desempenhada pelo princípios a reflexão de Luis Roberto Barroso menciona que os princípios *dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas*

diferentes partes e atenuando tensões normativas (BARROSO, 2009, p. 329) servindo de base para a condensação de valores, bem como para dar unidade ao sistema jurídico e ainda condicionar a atividade do intérprete.

Por sua vez, para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias os princípios jurídicos se caracterizam como *diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, se reportam ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fosses alicerces de sua estrutura* (BRÊTAS, 2009, p. 277).

Desse modo, verifica-se que a divisão de funções (legislativa, executiva e judiciária) não pode servir de usurpação da legitimidade do povo nem tão pouco de exercício ilimitado do poder político¹¹, uma vez que, as referidas funções são delegadas pelo povo ao Estado que as exerce por seus órgãos meramente instituídos por delegação.

Ao mencionar as vias lógico-formais do constitucionalismo inseridos na ordem jurídica enquanto unidade lógica e homogênea Simone Goyard-Fabre afirma que nenhuma norma do ordenamento jurídico pode ser definida isoladamente sem se legitimar pela Constituição *enquanto unidade primordial de uma ordem sistematizada* (GOYARD-FABRE, 2002, p.116-117).

Verifica-se a importância da atuação do devido processo legal na proteção dos direitos fundamentais em todas as esferas de atuação das funções do Estado, inclusive nas relações entre particulares (SILVA, 2008).

Segundo os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 1984, 112), o Processo Constitucional enquanto estrutura normativa de garantia de direitos fundamentais, não pode se restringir tão somente ao processo jurisdicional alcançando também o processo legislativo, o processo administrativo e ainda as relações entre particulares de acordo com a oportuna lição de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2009).

Alicerçado pelo princípio do Estado Democrático de Direito, o processo de constitucionalização, na lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira aponta para a necessidade de uma teoria constitucional reconstrutiva que deve se expressar pelo exercício da democracia do poder constituinte – por meio de um poder comunicativo – *que se*

¹¹ Importante ressaltar as contribuições dos estudos do Direito Político na limitação do Estado, conforme lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. “Na tentativa de fundir essas idéias e reflexões doutrinárias, consideramos válida a noção ora esboçada de que o Direito Político compreende o estudo das normas que estabelecem limites e restrições ao exercício do poder pelo Estado, nas suas relações com a sociedade, assegurando, simultaneamente, a plenitude das liberdades fundamentais dos indivíduos. Com tal propósito, apóia-se nos estudos da Ciência Política, concernentes aos fundamentos e à organização do poder político na sociedade, e nos princípios e regras do Direito Constitucional, tendentes à disciplina das instituições jurídicas básicas ao exercício do poder estatal e ao respeito dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano”. (BRÊTAS, 2002, p. 113).

desdobra ao longo do tempo por meio de um processo de aprendizado histórico, não linear e sujeito a tropeços (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009, p. 368).

Com o desiderato de servir de garantia contra a colisão e usurpação a qualquer direito fundamental do povo, verificamos que o processo, por meio da estrutura normativa constitucional do devido processo legal cumpre este relevante papel, ou seja, na lição de José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 1984) a jurisdição é um direito fundamental sendo o Processo Constitucional uma garantia fundamental daqueles direitos.

Por meio do Processo Constitucional todas as garantias fundamentais constitucionalmente elencadas servem de mecanismos de filtragem hermeneutico-constitucionais, garantindo, segundo lição de Lênio Luiz Streck (STRECK, 2009), a recuperação do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios e a inclusão da faticidade no mundo do direito (STRECK, 2009).

Corroborando, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias elucida que a função jurisdicional deve, assim, ser exercida em conformidade com os princípios e regras constitucionais (BRÊTAS, 2007).

Assim assume o Judiciário a importante função no tocante a atuação e fiscalização dos atos estatais e de seus agentes delegados por meio da denominada Jurisdição Constitucional, atuando na lição de Marcelo de Andrade Cattoni de Oliveira (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000) em dois grandes setores, na garantia de direitos fundamentais, chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades, e na garantia da Constituição, relativamente ao controle de constitucionalidade das leis.

A importante eclosão do constitucionalismo traçada no presente capítulo comporta uma visão estendida do papel desempenhado pela jurisdição constitucional que, conforme demonstrado por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias se apresenta enquanto: *atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos* (BRÊTAS, 2004, p. 90).

A observância e o respeito à Constituição no Brasil, conta, com o importante sistema de controle de constitucionalidade¹² que, se estabelece por meio do controle político e por

¹² Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, “O legislador constituinte brasileiro introduziu, em 1965, ao lado do controle incidental de normas, o controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, para aferição da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual. O direito de propositura da ação foi outorgado exclusivamente ao Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esse monopólio, outorgando o direito de propositura a significativo grupo de entes e órgão (CF. art. 102). Ao contrário do sistema alemão de controle de normas, no qual o monopólio de censura está concentrado no

meio do controle jurisdicional que, em sua forma difusa ou concentrada, impedem a subsistência da eficácia de norma que contrarie a Constituição.

Assim, ousamos discordar com parte integrante da escola instrumentalista que se posiciona no sentido limitador do processo constitucional ao afirmar que: *A jurisdição constitucional é matéria que pertence especificamente ao direito constitucional, ao direito processual civil e ao direito processual penal* (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2001, p.80) ou ainda, que, mesmo reconhecendo uma unidade processual, atribui a infeliz e confusa dicotomia entre *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual* (NERY JÚNIOR, 2002, p. 20) como se possível fosse – no Estado Democrático de Direito – posicionar o direito processual dentro ou a partir da Constituição ou por meio de legislação infraconstitucional como se fossem ramos distintos do “direito processual”.

Oportuna a lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ao afirmar que *todo o processo é estruturado por princípios constitucionais, mas também em razão de que em nosso ordenamento todo órgão judicial é competente para apreciar questões em matéria constitucional* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 169).

Muitos são os desafios que se apresentam ao modelo constitucional de processo, a exemplo das inúmeras normas que (ainda) apresentam caráter extremamente autoritário e de cunho emergencial – conforme será analisado posteriormente – conferindo “amparo legal” aos casos de decisionismo, arbitrariedades e de nulidades dos provimentos judiciais conforme contundente crítica de Lênio Luiz Streck, não se olvidando que o Código de Processo Penal, em seu Art. 3º conta com a possibilidade de interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como, com o suplemento dos princípios gerais de direito (STRECK, 2009).

Na seara do direito processual penal – assim como nas catastróficas reformas do Código de Processo Civil (BRÊTAS, 2007, p. 217) – o furor legislativo das infundáveis reformas processuais, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, continua mantendo um sistema *que se forma e se reforma para nada mudar* intermediado por ideologias míticas, inquisitoriais e a tirania que, conforme José Cirilo de Vargas, *não respeita as liberdades individuais, em qualquer parte do mundo* (VARGAS, 1992, p. 44).

Conforme mencionado anteriormente, a Constituição se fez necessária diante dos primeiros indícios de descontentamento com o exercício absoluto do poder por parte da

Bundesverfassungsgericht, qualquer juiz ou tribunal pode, no direito brasileiro, recusar a aplicação de uma lei, num caso concreto, por considerá-la inconstitucional”. (MENDES, 2007, p. 1).

divindade do soberano o que culminou na limitação daquele poder e que, mais tarde, nas palavras de Lênio Luiz Streck (STRECK, 2009) se apresenta enquanto indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias.

André Del Negri, com base no imperativo constitucional, em crítica à expressão *remédio constitucional* menciona que todas as ações constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública) formam um conjunto institucionalizado que se encontram à disposição de qualquer do povo com a finalidade de conferir proteção aos direitos fundamentais.

Prossegue o autor mencionando que na atualidade o devido processo legal não guarda igual relação com o *Due Process of Law* da Magna Carta inglesa. O Devido Processo Legal no Estado Democrático de Direito deve ser vislumbrando enquanto instituto (constitucionalizado democraticamente) e *devido* que, dentre as preposições que têm significado demarcado cientificamente.

O devido processo pode ser entendido enquanto espaço jurídico assegurado e garantido constitucionalmente, *na qual se encontram as garantias fundamentais que norteiam o modo de proceder da Administração, do Judiciário e do Legislativo na aplicação, construção, reconstrução e extinção do Direito* (DEL NEGRI, 2008, p. 245).

Desse modo, a jurisdição constitucional é exercida pelo Estado, de forma vinculada, por meio do devido processo constitucional em todas as funções estatais desempenhadas, sejam elas no executivo, no legislativo ou no judiciário. Tal exercício não comporta qualquer ato atentatório de cunho emergencialista que constitua óbice à construção de um Estado Democrático de Direito consagrando o respeito aos direitos fundamentais.

Nessa mesma diretriz, podemos mencionar que, ao contrário da Constituição de Weimar de 1919, a Constituição brasileira de 1988 instituiu, além dos direitos fundamentais, seus respectivos garantidores (instrumentos-garantias) em um modelo constitucional de processo, que se coloca ao centro de atuação das garantias constitucionais, conforme lição de Ítalo Andolina (ANDOLINA, 1997).

Corroborando com esta estrutura, importante mencionar que, na condição de garantia efetiva dos direitos fundamentais diversas ações constitucionais são instituídas com o fito de assegurar a tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais, a exemplo, dentre outros do *Habeas Corpus*, do *Habeas Data*, do Mandado de Segurança da Ação Civil Pública e da Ação Popular.

Não se pode olvidar que o Brasil, enquanto signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹³, encontra-se também submetido à jurisdição daquela Corte em caso de desrespeito aos direitos humanos e o povo, na condição de legitimado, já constrói provimentos naquela Corte no sentido de coibir os abusos do Brasil.¹⁴

2.3 – A proteção aos Direitos Fundamentais e o espaço do Processo Penal Brasileiro no Estado Democrático de Direito

Ressalvada a importância do devido processo legal e da salvaguarda deste enquanto direito fundamental, por meio do processo constitucional verifica-se que, desse modelo, enquanto microsistema, decorre o processo penal cujo desafio, na construção do Estado Democrático de Direito é a instituição de um constitucionalismo democrático capaz de superar o modelo social e o modelo liberal.

Não menos desafiadora, é a necessidade de superação dos fortes traços do sistema inquisitório no Brasil, problema que permanece latente em nosso ordenamento jurídico, e

¹³ Ratificada pelo Brasil por meio do depósito da carta de adesão em 25 de setembro de 1992, o Pacto de São José da Costa Rica foi integrado ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Importante ressaltar o Art. 8º no que tange as denominadas “Garantias judiciais” onde 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

¹⁴ Recentemente, em 2006, familiares da vítima Damião Ximenes Lopes venceram pela primeira vez um caso contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na Costa Rica pelos abusos aos direitos humanos sofridos pela vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes. Instaurado pela denúncia n. 12.237 a Corte Interamericana condenou o Estado enquanto responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos). Fonte: Site da *Corte Interamericana de Derechos Humanos* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>, acesso em 15 de julho de 2010.

que, conforme ressalta Flaviane Magalhães de Barros se situa na: *inquisititividade que se verifica pela gestão da prova pelo juiz e pela confusão entre a atuação do órgão julgador e acusador ainda é muito forte no Código de Processo Penal Brasileiro* (BARROS, 2008, p. 6).

No Brasil, já a partir de 1603, nos deparamos com a implantação de um Processo Penal de cunho inquisitorial com as Ordenações Filipinas que, em seu Livro V, trazia como referencial marcante a ausência de contraditório e a imposição das penas cruéis e infamantes oriundas de um processo sigiloso em que órgão de acusação e julgador se (con)fundia.

Posteriormente, a codificação de nossa primeira legislação se deu por meio do Código de Processo Criminal de Primeira Instância em 29 de novembro de 1832 também de base inquisitorial e seletiva.

Foi no período da era Vargas, em um contexto histórico repressivo, durante o Estado Novo que, em 1942, inicia sua vigência no Brasil o “novo” Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941) também de cunho predominantemente autoritário e inquisitorial.

Com a preocupação em unificar a legislação do processo penal no Brasil e de conferir, nos exatos dizeres da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, *o ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem*, restou latente a simpatia e influência do Código de Processo Penal no Brasil em face ao Código de Processo Penal italiano do Ministro Rocco de 1930. Tal referencial político-legal notadamente buscava a supremacia do Estado em face do indivíduo, e que no Brasil, para além das semelhanças, se eternizou nos próprios dizeres de Francisco Campos na referida Exposição de Motivos de nosso Código de Processo Penal¹⁵.

Nessa tônica, vislumbramos o respaldo legal - terreno fértil – ao protagonismo judicial de um Estado-juiz que, apegado e legalmente avocado na condição de gestor da prova no Processo penal, encontra-se sempre apto a um *jus dicere* revelador dos anseios sociais galgados em uma processualística enquanto instrumento na busca dos escopos

¹⁵ “Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados e aproveitar e mesmo de abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”.BRASIL. Exposição de Motivos do Decreto-Lei 3.689/41.

metajurídicos¹⁶ onde os fins do processo justificam os meios – ainda que emergenciais – alcançados.

Reforçando o protagonismo judicial e a vetusta submissão do indivíduo perante o Estado-juiz, a concepção da escola instrumentalista do processo refere-se aos escopos exógenos ao processo (DINAMARCO, 2008) conferindo ao juiz a tarefa de se utilizar do processo enquanto mero instrumento do alcance dos propósitos e objetivos do Estado em uma concepção de jurisdição política e não jurídica (GONÇALVES; PEDRON, 2008).

A descabida defesa e respaldo à supremacia do Estado sobre o indivíduo no processo penal é lugar comum lido, repetido e reproduzido sem maiores reflexões, se olvidando de toda a estrutura principiológica da constituição e da legitimação popular.

Nesse sentido, dentre muitos outros autores podemos citar (CAPEZ, 2006, p. 13), para quem *o processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo o conflito de interesses*. Por seu turno (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 36) afirma que o processo é: *instrumento de atuação da jurisdição*.

Do mesmo modo (MIRABETE, 2003, p. 30) afirmava que o processo: *Tem portanto, um caráter instrumental; constitui meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste na prevenção e repressão das infrações penais*.

Daí decorre a dificuldade, sobretudo nos períodos do curso de graduação em direito dedicados ao ensino e pesquisa de um processo penal, adequado e voltado a uma interpretação institucionalizada conforme a Constituição.

Verifica-se – que ainda – o Processo Penal, conforme ensinamento de grande parte dos manuais e obras de natureza dogmática consagram o protagonismo judicial onde o Estado-juiz, na condição de autoridade, assume destacada posição hierarquizada que submete às partes o alvitre de seus sentimentalismos e consciência em um processo instrumentalizado.

¹⁶ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o escopos metajurídicos se subdividem em escopos social, político e jurídico: “[...] São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. [...] Eis então que ele define condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em grupo (licitudes, ilicitudes), acenando com recompensas ou castigos (sanções), além de estabelecer critérios para o acesso aos bens da vida e às situações almejadas. [...] Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado [...] tem-se por político o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno Estado. [...] aplicação do direito pelo juiz, nesse seu trabalho de declarar e atuar a lei. [...] O próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei. [...] É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; [...] pronunciamento acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos. [...] Indagar do escopo jurídico do sistema processual significa, portanto, pôr em questão o modo como opera e posto que ocupa no sistema jurídico.” (DINAMARCO, 2008, p. 189-209)

Seguindo Jacinto Nelson Miranda de Coutinho verifica-se que o cunho autoritário e repressivo, herança da matriz fascista ao Código de Processo Penal brasileiro, nos remete a nefasta dissociação entre as disposições legais do Código e as garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Em abordagem crítica aos seguidores dos ensinamentos de Manzini¹⁷, aquele autor menciona que: *parece sintomático que antes de acolher ensinamentos de fascistas como Manzini, seria melhor voltar os olhos para processualistas comprometidos com a democracia.* (COUTINHO, 2001, p. 30)

Como problema trazido por essa dissociação, nos deparamos com o perigoso reconhecimento, apenas formal, dos direitos fundamentais tão proclamados, mas não cumpridos.

O reconhecimento formal, tal como ocorreu na Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*) na Alemanha de 1919, ao sucumbir aos horrores instalados pelo Nazismo, denota e serve de alerta para que não nos tornemos alheios aos ganhos oriundos de nossa Constituição para que não possamos aceita-los enquanto meros direitos subjetivos, tornando comum aos nossos olhos e ouvidos que o Direito processual penal serve apenas para realização da lei penal material.

Nesse sentido Alberto Binder alicerçado no Estado de Direito e na democracia menciona a importância de se superar a concepção de direitos meramente subjetivos onde nos pareça normal que uma pessoa seja detentora de um direito, contudo, sem a menor possibilidade de exigi-lo (BINDER, 2003, p. 8).

Conforme analisamos, uma das maiores conquistas da nossa sociedade, a garantia constitucional ao devido processo, amparado sobre os alicerces da Constituição da República, confere a todos os indivíduos as prerrogativas de que não serão julgados nem investigados pelo Estado ao alvitre das situações emergenciais e midiáticas capazes, por si só, de condenarem previamente o acusado sem que este sequer se encontre na condição de investigado.

¹⁷ Vincenzo Manzini, advogado do ditador italiano Benito Mussolini, foi o redator do projeto do *Codice* italiano. Manzini, segundo mencionado por Franco Cordero, conferiu ao então projeto fortes delineamentos característicos do regime Fascista: “Non sono ancora passati quattro anni dalla delega e circola un progetto, sottoposto a corti, università, ordini forensi. Lo ha redatto Vincenzo Manzini, penalista dalla mano pesante, informatissimo sulle minuzie, nostalgico dei metodi inquisitoriali, uomo d’ordine”. (CORDERO, 1986, p.99) Ainda não haviam passado quatro anos da lei delegada e circola um projeto submetido às Cortes, Universidades, Ordem forense. Foi escrito por Vincenzo Manzini, penalista de mãos pesadas, informadíssimo das minúcias, nostálgico dos métodos inquisitoriais, homem de ordem. Tradução livre.

Verifica-se que após a Constituição de 1988 o Processo Penal – devido e constitucionalmente instituído – não mais pode ser vislumbrado sob o prisma das teorias liberal-individualistas do Século XIX.

Entretanto, diante das bases principiológicas do Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988, instala-se a angustiante problematização diante da vigência do Código de Processo Penal de 1941 que, malgrado tenha sofrido algumas modificações pontuais ainda é eivado de forte carga inquisitorial servindo, não muito raro, de um processo penal de exceção malgrado o Processo Penal tenha substituído as partes impedindo a autotutela (LOPES JÚNIOR, 2008).

Sob este enfoque, necessária uma análise crítica para além de um sistema normativo instrumental que compõe o devido processo penal enquanto meras regras do jogo, de acordo com Piero Calamandrei (CALAMANDREI, 1950).

A participação das partes no processo em contraditório é essencial e integrante à estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito enquanto garantia fundamental, sendo temerário o exercício da função jurisdicional que se preocupa apenas com a celeridade e o que alguns estudiosos denominam “acesso à justiça”, na superada idéia de processo enquanto mera relação jurídica que relega a sociedade a falsa idéia de dever cumprido.

A concepção tendenciosa de um processo penal emergencial, como veremos no capítulo que se segue, está atrelada à falaciosa necessidade de resposta estatal a problemas que, quase sempre, desafiam a Constituição e a fragmentariedade do Direito Penal material podendo resultar em verdadeiras leis de exceção criadoras de uma situação de insegurança jurídica e de inconstitucionalidades latentes¹⁸.

¹⁸ Talvez por desconhecimento, ou por se vislumbrar com os resultados da operação *mani pulite* realizada pelos “juízes” – na realidade membros do Ministério Público na Itália – o furor de nosso também legislador inquisidor foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF (ADIn n.1.570/DF) uma vez que, na denominada Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), especificamente no Art. 3º, confere ao juiz a prerrogativa de colher provas que lhe servirão de elementos de convicção. Acerca de latente inconstitucionalidade, ainda que reconhecendo a vedação investigatória do juiz, apenas em âmbito “extra-processual”, já se manifestou a escola instrumentalista do processo: “Já escrevi sobre a flagrante inconstitucionalidade do art. 3º. da Lei n.º 9.034, que se refere a mais importante garantia do ‘devido processo legal’, que é a imparcialidade do juiz, e vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, a qual considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual. Assim, numa penada, o legislador brasileiro, certamente impressionado pela eficiência dos ‘juízes’ (na verdade membros do Ministério Público) da *operazione mani pulite*, destrói o dogma mais caro ao processo penal acusatório e transforma o juiz brasileiro – verdadeiro juiz – num inquisidor, voltado a confundir, na melhor tradição dos juizados de instrução clássicos, as funções de investigar, acusar e julgar”. (GRINOVER, 1995, p. 98).

Nesse compasso, as “novidades legislativas” – como é o caso do instituto da delação premiada e a exemplo da Lei da Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/96) que, em seu artigo 3º possibilita que o juiz haja de ofício requisitando a interceptação telefônica – são incorporadas ao ordenamento jurídico no Brasil, sempre com o escudo utilitarista dos mecanismos de resposta à criminalidade em plano de fundo.

Tais institutos, aos poucos, faz com que todos os membros da sociedade, sem os devidos questionamentos e análises, disponibilizem ao Estado diversas garantias constitucionais inerentes à pessoa humana, sendo tais garantias *erga omnes* fruto de conquistas e revoluções conforme mencionamos no primeiro capítulo deste trabalho.

Com base na análise da teoria neo-institucionalista do processo e, diante dos ganhos oriundos do Estado Democrático de Direito, impera a necessidade de respaldo à constitucionalização do Processo Penal, enquanto microssistema do modelo Constitucional de processo, resultando na atuação participada dos afetados pela decisão, rechaçando a perniciosa inquisitorialidade, sobretudo, no tocante à gestão probatória.

Conforme ressaltado por Leonardo Augusto Marinho Marques (MARQUES, 2006) verifica-se anacrônico o devido processo legal pautado na iniciativa, propositura e gestão probatória por parte do magistrado.

De igual sorte a legiferação processual – também submetida ao devido processo constitucional – ainda que impulsionada pelo caráter emergencialista, deverá se submeter ao processo de filtragem constitucional, em respaldo as garantias processuais conferidas aos indivíduos sempre rechaçando a idéia de uma *dogmática penal de autor*.

Buscou-se neste capítulo desenvolver um estudo sistematizado, quanto a importância do Processo Constitucional na consolidação do Estado Democrático de Direito, que leve à reflexão e ao questionamento sobre as mudanças dentro de uma visão globalizada e histórica, sobretudo, em um período em que o Brasil passa por inúmeras modificações em sua legislação no âmbito do processo penal, não muito raro visto como panacéia emergencial no combate a criminalidade.

Desse modo, verifica-se pertinente a abordagem crítica quanto ao desvirtuamento de um processo penal constitucionalizado em detrimento de uma postura estatal emergencialista conforme será analisado no capítulo que se segue.

3 – O PROCESSO PENAL DAS EMERGENCIALIDADES:

Conforme mencionamos no capítulo anterior, a estrutura basilar do Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição, enumera verdadeiro manancial principiológico de proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Entretanto, em rota de colisão à tutela de direitos fundamentais, nos deparamos com a vertente de uma estrutura galgada em fenômenos emergencialistas atuando em resgate ao punitivismo na correção das mazelas sociais por intermédio de um Processo penal provocado na busca de resposta e resgate à paz social.

Luigi Ferrajoli ao conceituar a emergência enquanto *involução do ordenamento punitivo* (FERRAJOLI, 2006, p. 747) menciona que a situação de emergência pode se apresentar de duas modalidades distintas e simultâneas: *a legislação de exceção* no que diz respeito à Constituição e as mutações legais das leis do jogo (*jurisdição de exceção*). Ferrajoli menciona que, os fenômenos emergenciais da Itália, se revestiram do discurso antiterrorista, antimafioso ou anticamorra, fazendo com que o Processo penal passasse a conferir amparo, por intermédio do exercício de uma jurisdição emergencial, capaz de sustentar o punitivismo e a resposta penal dada ao fenômeno emergencial instaurado.

Ao situarmos a emergência junto à idéia de crise, conforme menciona Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2007), verificamos-se que tanto na legislação de exceção quanto na jurisdição de exceção os fenômenos emergenciais são capazes de provocar a derrogação dos valores dominantes em face de uma suposta e falaciosa necessidade de resposta ao fenômeno emergente, a sinalizar a fraqueza da estrutura ordinária da normalidade perante a crise capaz, assim, de sustentar a legitimação da adoção de medidas excepcionais.

Tal resposta é dada por meio do enrijecimento da legislação processual penal, com a hipertrofia da legislação penal material enfraquecendo o princípio da fragmentariedade, no aumento desproporcional das penas cominadas, bem como, no avantajado dimensionamento dos poderes investigatórios conferidos aos agentes públicos.

Conforme ressalva Geraldo Prado, o emergencialismo tem se manifestado no Processo penal por intermédio de inconsistentes leis penais especiais que, tanto em leis que regulam crimes de menor potencial ofensivo quanto em leis voltadas aos crimes de maior gravidade possuem, como ponto de contato, o *desprezo pelas garantias constitucionais* (PRADO, 2002, p. 148).

Natália Oliveira de Carvalho menciona que atualmente o sistema repressivo encontra-se permeado pela cultura emergencialista em face de uma *propaganda guerra civil instaurada* (CARVALHO, 2009, p. 74) sendo inevitável a comparação feita pela autora com a suspensão de dispositivos constitucionais, referentes a direitos fundamentais, previstos na Constituição de Weimar – por período superior a dez anos – capazes de ratificar os horrores provocados por Hitler e seu Tribunal Constitucional.

Na atualidade, ao mencionarmos a emergência que *vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade* (CHOUKR, 2002, p.5) no campo jurídico, para além de sua previsão constitucional¹⁹, nos deparamos com o lugar comum das expressões de cunho ideológico²⁰ que denotam uma “pronta resposta” estatal aos anseios da sociedade ratificadora de expressões do tipo “algo precisa ser feito”, “precisamos de resposta”, “guerra ao terror”, inclusive, por meio de infundáveis reformas pontuais, tão características dos mecanismos de controle.

O falacioso resgate da “normalidade” (*status quo*), bem como, a resposta estatal dada no sentido de corrigir os agentes dos delitos não passam de falsas promessas que induzem ao simbolismo penal, uma vez que, nos remetemos a um *perfil adversarial do processo, na medida em que não existe, no pólo passivo um réu, mas sim um inimigo* (CHOUKR, 2002, p. 39).

Constata-se que o emergencialismo no Processo penal é capaz de institucionalizar a tortura, reforçar a inquisitorialidade e a intolerância que, conforme o alerta Geraldo Prado (PRADO, 2002), podem ser emergencialmente incorporadas ao ordenamento – ainda que invalidamente sob o enfoque de uma filtragem constitucional – sob o formato de criticáveis

¹⁹ Por seu agir repressivo – da *faca na caveira do bandido bom é bandido morto* entre outras – a tendência emergencialista extrapola os limites temporais, geográficos e materiais da situação de emergência prevista na Constituição de 1988 em situações temporárias chamadas de Estado de Exceção onde se faz necessário uma organização constitucional diante de um período transitório de crise, mencionado por Inocêncio Mártires Coelho enquanto uma tentativa: “até certo ponto utópica, ou talvez, desesperada dos regimes democráticos para conjurar seus abalos políticos com um mínimo de sacrifício aos direitos e garantias constitucionais”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1511).

²⁰ Zaffaroni, estabelece crítica à manipulação ideológica ressaltando que: “O poder instrumentaliza as ideologias na parte em que estas lhe são úteis e as descarta quanto ao resto. Deste modo, recolhe do sistema de idéias de qualquer autor a parte que lhe convém, com o qual frequentemente tergiversa. Assim, o autoritarismo não tomou de Hegel a parte liberal, e sim a exaltação do Estado; o racismo não tomou do evolucionismo as advertências prudentes, mas ostentou uma “ortodoxia” evolucionista jamais sustentada com seriedade por seus criadores; as tendências teocráticas tomam das espiritualistas tudo o que faz a resignação em função da justiça do “além”, esquecendo que quase todas estas afirmam que é seu pressuposto o obrar justo neste mundo; o psicologismo quietista toma de Freud ou das outras correntes psicanalíticas o seu aspecto de “técnica”, mas passam por alto os contextos sociológicos originários etc”. (ZAFFARONI; PIARANGELI, 2004, p. 64)

reformas pontuais capazes de afastar a proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Enquanto resquício a serviço da inquisição que, ainda resiste na atualidade, podemos citar diversos “métodos” introjetados ao sistema penal como o uso da tortura enquanto meio de obtenção da confissão, o elogio à delação – importante reflexão para este trabalho – a execução do agente do delito enquanto espetáculo, sendo, todos os referidos “métodos” característicos do direito penal de autor.

Aliada a estes problemas, a proliferação organicista da concepção de crise enquanto *algo puramente do presente, originada de algum componente estrutural, mas que, solucionada, recolocará o organismo dentro de seu funcionamento ‘normal’* (CHOUKR 2006, p. 14), se instaura no Processo Penal tornando responsável pelas desastrosas reformas pontuais que o transformam a legislação processual em um mosaico anacrônico e pernicioso.

Tais reformas respaldam o emergencialismo, capaz de resgatar o Estado policalesco e inquisitório, mitigando os direitos fundamentais em detrimento ao expansionismo do vetusto punitivismo, dando origem ao *Direito penal de risco* conforme conceituou Manuel Cancio Meliá (MELIÁ, 2007) ao mencionar a crise do Estado social em matéria criminal.

Menciona Sergio Moccia que o emergencialismo, estabelecido enquanto cultura, de modo preocupante, tende a provocar a mistura de papéis dentro e fora do processo penal – a exemplo do juiz como gestor dos meios de prova (investigando e julgando), e da influência ideológica do clamor social – provocando a antecipação da pena em acerto com os veículos de comunicação de massa, *com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais* (MOCCIA, 1999, p. 74).

O fenômeno quase patológico do emergencialismo que vislumbramos no Processo penal na atualidade, por via oblíqua, se presta ao papel de conferir respaldo aos denominados escopos metajurídicos, consagrados pela escola instrumentalista do processo, por meio de intervenções e estratégias políticas mitigadoras de garantias fundamentais capazes de alcançar a paz social no *combate ao inimigo*.

A mutação emergencial da legislação penal e processual penal está atrelada a acontecimentos difundidos pela mídia com a pecha de grande repercussão social.

A consequência de tal respaldo é a chancela do uso do Processo penal enquanto mecanismo de controle instrumentalizado o qual se torna responsável pela consecução de

políticas criminais, especialmente através do amplo emprego das medidas de exceção como, por exemplo, da prisão anterior a sentença condenatória transitada em julgado.

Um dos principais problemas relacionados à perpetuação do emergencialismo é que, uma vez instaurado no processo, o fenômeno emergencial perde seu caráter transitório tornando-se regra na ordinariiedade do processo, capaz de protrair-se no tempo dando espaço a um Estado de exceção. Tal situação conforme mencionado por Giorgio Aganbem (AGAMBEM, 2004) é capaz de (in)determinar um patamar entre a democracia e o absolutismo. Desse modo a medida excepcional, provisoriamente estabelecida, é transformada em técnica de governo.

Com esta postura, o Processo penal de emergência, oriundo de uma intensificada atividade legiferante deve servir de instrumento na construção de provimentos oriundos de processos *extra-institucionais*. Tal função designada ao processo instaura uma inquietante situação de crise da teoria das fontes onde, a legislação infraconstitucional e o devido processo penal deixam de se adequar à Constituição. Desse modo, *uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade* (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 9).

Nesse contexto, ganha tónus o denominado *eficientismo penal*²¹ enquanto forma de fundamentalismo penal *criminalizador dos conflitos sociais, uma anormalidade do direito penal que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contra-insurgente* (DORNELLES, 2008, p. 46), onde o Processo penal torna-se expressão máxima enquanto resultado de uma política criminal de cunho inquisitório e repressivo capaz de respaldar a máxima racionalista de que *os fins justificam os meios*.

Desse modo, a legislação infraconstitucional e as posturas de exceção adotadas nos “movimentos” de (re)ação estatal tardios (v.g. Lei e Ordem, Tolerância Zero, Janelas Quebradas, *Three strikes and you’re out*) se antagonizam aos ganhos sistêmicos inerentes à Constituição e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, resultando na adoção de um Processo penal de caráter emergencialista que, serve de amparo ao Direito penal de *solo ratio*, enquanto *resposta* à sociedade dada por intermédio de medidas promocionais de

²¹ O *eficientismo penal* segundo João Ricardo W. Dornelles é conceituado como: “forma de fundamentalismo penal criminalizador dos conflitos sociais, uma anormalidade do direito penal que substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contra-insurgente”. (DORNELLES, 2008, p. 46).

cunho simbólico e ideológico onde: *Alargam-se os limites opressivos e reduz-se o Direito Penal a fins meramente punitivos, resultando num quadro em que a pena de prisão assume ampla dimensão emergencial* (SICA, 2002, p. 82).

Como pertinente crítica Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2002) menciona enquanto consequência da adoção do regime emergencial, a desordem estabelecida entre a coexistência não pacífica e em composição desordenada de diversos subsistemas – emergencialmente coexistentes ao processo ordinário – capazes, inclusive de estabelecer conflitos e inconsistências quanto ao ordenamento jurídico abrindo margem à discricionariedade a exemplo das celeumas estabelecidas perante o que se denomina Crime Organizado no Brasil, bem como, as questões relacionadas ao delitos tidos como Hediondos e suas consequências.

Outra nefasta consequência pontuada pelo referido autor, diz respeito ao *aumento do papel policial na construção do sistema repressivo* (CHOUKR, 2002, p. 60) o que serve de resgate ao modelo policialesco estatal, não se olvidando, por exemplo, as consequências penais e processuais daquele agente que, mesmo sendo abordado com pequena quantidade de substância ilícita é “etiquetado” pela autoridade policial enquanto demoníaca figura do traficante de substâncias ilícitas.

Com a instauração de um emergencialismo penal, Leonardo Sica (SICA, 2002), forte nas lições de *La perenne emergenza* de Sergio Moccia assevera o surgimento do pan-penalismo, que diante do alargamento hipertrofiado do sistema punitivo, assume ampla “dimensão emergencial” capaz de se sobrepor ao minimalismo de Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli.

Para instauração deste microssistema emergencialista no Processo penal se faz necessária a passividade dos “legitimados” da sociedade, que fragilizados pelo medo da situação de crise estabelecida e propalada por meio da mídia, aplaudem a ideológica busca da pacificação social, conforme veremos a seguir.

3.1 – A sociedade do medo

Eu vivo sem saber até quando ainda estou vivo. Sem saber o calibre do perigo. Eu não sei, da onde vem o tiro. (Herbert Viana)

A cultura do emergencialismo, capaz de manipular o sentimento de proteção e preservação da sociedade, encontra na instauração generalizada do medo, forte aliada na conformação social diante de medidas de exceção, em nome da perversa busca de pacificação social. Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2002), afirma que a instauração deste temor ao outro, é difundido diante da propagação do alarmante e vendável índice crescente de criminalidade, contando com o medo de demônios criados pela própria sociedade.

Diante do medo e dos sinais de ineficiência do processo penal ordinário, a ideológica opinião pública, quase sempre com a cantilena de “especialistas” da mídia, contando com o rol de experiências (fracassadas ou não) dos sistemas penais alienígenas, cobra respostas certeiras capazes de extirpar o mau e aplacar as mazelas provocadas na sociedade.

Sob a afirmação de que nada mais falso e falacioso, a política de mitigação ou até mesmo a supressão de princípios fundamentais no Direito penal alemão, Winfried Hassemer afirma que o medo da “criminalidade organizada” *é o principal responsável pelas mais radicais alterações na direção do enrijecimento do poder de polícia, mas também do Direito penal, nos últimos tempos* (HASSEMER, 2008, p. 271).

A situação de inquietude e pânico midiaticamente instaurados no âmbito da sociedade, abre margem à adoção das medidas emergenciais na busca da mítica *verdade real* em resgate – nostálgico para alguns – ao modo de como tal verdade era perquirida na inquisição.

Expressão passível de reflexão quanto a seu uso indiscriminado pelo senso comum e isento de testificação, Aury Lopes Júnior afirma que a *verdade real* é um mito forjado ainda na inquisição com a finalidade de justificar os abusos praticados pelo Estado e, portanto, deve ceder lugar à busca de uma verdade processual não obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual mas, em respeito aos procedimentos e garantias de defesa inerentes ao devido processo. (LOPES JÚNIOR, 2008. p. 520-524)

Ganha vulto então, os problemas decorrentes dos provimentos emanados conforme a livre consciência do magistrado enquanto órgão julgador solitário e de forças hercúleas²² como panacéia das mazelas sociais antecedido de um inquérito policial legalmente amparado enquanto mecanismo desenfreado de combate a criminalidade.²³

Considerados por Eugênio Raúl Zaffaroni como responsáveis pela criação de um sistema penal ilusório e simbólico, os meios de comunicação de massa, de modo – quase – inofensivo introjetam na sociedade o medo e a insegurança (ZAFFARONI, 1991).

Os filmes e seriados enaltecem a figura do justiceiro, do combatente ao terror, enquanto um semideus que, diante de uma missão – que é dada e cumprida – coloca o dedo nas chagas da sociedade resolvendo todos os problemas a seu modo, custe o que custar, doa a quem doer, marcando e delimitando assim o estereótipo do criminoso, do inimigo.

Conceituado enquanto “fábrica da realidade”, Eugênio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 1991) menciona que os meios de comunicação de massa, com relevância no papel desempenhado pela televisão, são indispensáveis para a instauração e manutenção do exercício de poder do sistema penal.

Em pertinente reflexão quanto aos efeitos da propaganda nos movimentos totalitários, Hannah Arendt menciona que *em países totalitários, a propaganda e o terror parecem ser duas faces da mesma moeda* (ARENDT, 1989, p. 390).

Contra àqueles que acreditam – em profissão de fé – na infalibilidade da Constituição de uma democracia formal e a serviço de interesses escusos, Zaffaroni

²² Tal contexto de hipertrofia do sistema penal confere forte carga discricionária e outorga nas mãos do magistrado (diante da relação jurídica do processo) a hercúlea tarefa de ser o pacificador social conforme menciona o autor que ousamos discordar: “É mediante o processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa”. (FERNANDES, 2010, p. 33).

²³ Winfried Hassemer, menciona que, também no direito penal alemão, a questão relacionada à segurança pública também encontrou sua panacéia em um sistema punitivo afirmando que: “Essa política tende atualmente – quando não consegue remover a discussão de seu caminho – a conformar-se com posições que uma vez mais defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo ‘violência e criminalidade’ a duas questões: a investigação por meio da ‘grande escuta’, isto é a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas no recesso do lar ou qualquer ambiente privado para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais secretos possam cometer pequenos ilícitos penais típicos do *milieu* onde buscam infiltrar-se”. (HASSEMER, 2008, p. 264) Da mesma forma, ao acompanhar a “evolução” que culminou no resgate de velhas roupagens retributivas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha do século XX, David Garland afirma que: “Na maior parte do século XXI, a manifestação aberta de sentimentos de vingança era virtualmente tabu, ao menos da parte de autoridades públicas. Nos anos recentes, tentativas explícitas de expressar a raiva e o ressentimento públicos se tornaram recorrentes para a retórica que acompanha a legislação penal e a tomada de decisões. Os sentimentos das vítimas, das famílias das vítimas ou de um público aviltado e temeroso são agora rotineiramente invocados em apoio às novas leis e políticas penais.[...]Punição – no sentido da punição expressiva, que canaliza o sentimento público – é mais uma vez objetivo jurídico respeitável, largamente abraçado, que afeta não só as sentenças condenatórias para a maioria dos delitos graves, mas também a própria justiça de menores e as penalidades comunitárias”. (GARLAND, 2008, p. 52-53).

demonstra que as liberdades constitucionalmente consagradas, dentre elas a liberdade de imprensa sofrem com o desvirtuamento característico de governos constitucionais progressistas que, com *fundamento legal* na própria constituição criam uma fantasiosa sensação de que um sistema repressivo de resposta se mostra pleno e eficiente (ZAFFARONI, 1991).

Desse modo, diante da sociedade do medo, nos deparamos com o desvirtuamento do Processo penal que passa a sofrer *upgrades* de *hardware* (modo de agir) e *software* (amparo legal) em suas estruturas, corroborando enquanto mero mecanismo de sujeição do indivíduo à lei penal material em uma relação jurídica penal imposta no desiderato de restabelecer a ordem e aplacar o medo que, segundo Denival Francisco da Silva nos torna *cibernéticos* (SILVA, 2010, p. 22) e nos atrai para a imprensa sensacionalista, nos transformando em pessoas seletivas e incapazes de estabelecer a convivência com os desiguais.

Amedrontados, os membros da sociedade amórfica passam a chancelar, sem maiores questionamentos e discussões, o ataque aos direitos humanos e direitos fundamentais por parte de um Estado que, se movimenta tardiamente diante do sequestro de grandes empresários, da morte de atrizes, artistas, músicos, repórteres, crianças e de todos os crimes praticados, pelos *eleitos* de um sistema punitivo que se instala sorrateiramente, capaz de garantir (des)garantindo – por intermináveis semanas – a venda de boas e sangrentas primeiras páginas abrindo infundáveis e estéreis discussões em *talk shows* sempre contando com a presença dos “especialistas” que, entre um *merchandising* e outro de programas de emagrecimento, rações caninas, parafernália eletrônicas e outras futilidades de consumo, nos deixam boquiabertos com tamanho e *notório saber* de seus discursos de (des)autoridade.

Em crítica à (re)ação tardia do Estado que ocorre somente quando a violência bate às portas de pessoas influentes, Luiz Flávio Gomes, menciona que a reação nacional contra o quadro endêmico da violência está “aqueagorizando” ou “ratinizando” o Direito Penal (GOMES, 2003, p. 296).

Do lado de cá da tela, das páginas e das ondas radiofônicas, aquele cidadão²⁴ – vislumbrado com os discursos de (des)autoridade e cujo sentimento de pertença a um verdadeiro Estado Democrático de Direito se resume, apenas, no pronto e batido clichê de que vota e paga em dia seus impostos – respalda passivamente os mecanismos tardios de

²⁴ Na cotidiana busca espetacular de *um crime pra comentar e um samba pra distrair*, prossegue a passos largos o senso comum que em um Brasil de proporções continentais ainda acredita cegamente que tomar leite e, depois chupar manga, mata!

“resposta estatal” que, assim como o *merchandising* do programa de emagrecimento, não passa de falsas promessas milagrosas.

Do agir tresloucado e apressado dos agentes públicos decorre o resgate ao punitivismo desenfreado enquanto resposta rápida e indiferente ao *inimigo-diferente* aplaudido por quem Leonardo Sica sutilmente denominou “homem de bem” (será?). Prossegue o autor informando que a contribuição midiática para a emergencialidade se resume na substituição das discussões sérias, da necessidade de pesquisa quanto as causas e consequências do fenômeno da criminalidade e *da elaboração de políticas públicas de prevenção, adequadas à realidade de cada região e de cada manifestação diferente da “criminalidade”* (SICA, 2003, p. 7).

Ao fundamentar a influência da mídia no discurso de medo e violência, Renato Posterli (POSTERLI, 2000), menciona a pesquisa realizada pelo antropólogo estadunidense Roswell Huesmann que, em vinte e dois anos de pesquisa chegou à conclusão que grupos de crianças expostas à violência transmitida pela televisão apresentaram, na vida adulta, envolvimento com a criminalidade.

Conceituando a mídia estadunidense enquanto local de *vilificação de criminosos*, Löic Wacquant (WACQUANT, 2007) menciona a influência de celebridades da mídia no sistema punitivo, a exemplo do “Basta!” dado por Oprah Winfrey, que foi capaz de criar uma “Lista de predadores de crianças da Oprah” em “reação” aos delitos praticados contra crianças naquele país. Como consequência a tais intervenções midiáticas podemos mencionar com David Garland *que a cobertura seletiva da mídia de histórias de crimes e seus dramas criminais inverossímeis tendem a distorcer a percepção pública do problema* (GARLAND, 2008, p. 338).

Não se quer aqui negar a existência da criminalidade em âmbito social, ou a chancela de um discurso de impunidade anárquico e generalizado, nem tão pouco, negar a importância da informação e de uma imprensa livre de qualquer tipo de censura – a exemplo de nossos vizinhos venezuelanos – mesmo porque a liberdade de imprensa integra os ganhos sistêmicos da constituição dita democrática e, ainda que imperfeita e passível das falibilidades aporídicas, merece ser respeitada.

Ocorre, que a mídia tem assumido um papel – não muito raro, interessado²⁵ – no recrudescimento de um Estado policalesco (des)governado pelo *medo*, lembrando a título de exemplo que o clamor-midiático-social, com base na mítica ordem pública prevista no art. 312 de nosso Código de Processo Penal, em sua essência inquisitória, serve de requisito para indeferimento de um pedido de revogação de prisão preventiva lembrando que, em pleno século XXI sob a égide de uma Constituição democrática, a prisão anterior à sentença penal transitada em julgado se torna regra e não uma exceção.

Como consequência ao respaldo conferido pela sociedade do medo, nos deparamos com um Processo penal com a roupagem e maquiagem desgastada do *panis et circenses* onde o medo e o caos instaurado é o mote para a deflagração e resgate de mirabolantes remédios processuais penais de exceção, instrumentalizado pela hipertrofia da atividade legiferante no Direito penal e servindo de “resposta à sociedade” segregando, curando e condenando, de forma rápida e efetiva.

Nesse sentido, nos deparamos com provimentos judiciais com condenações *fast food* que, conforme mencionado por Alexandre Moraes da Rosa em crítica ao atual discurso nada sedutor das garantias constitucionais que acarretou na “McDonaldização” do Processo penal, tudo em nome de uma “McPena-Feliz” (ROSA, 2009, p. 27).

Como importante reflexão ao discurso do medo enquanto deflagrador do processo penal de emergência, Nilo Batista, examinando as matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, nos demonstra o estrito vínculo e temor à imposição de pena, por ser esta concebida naquele momento enquanto pecado, em uma *promiscuidade conceitual entre delito e pecado* (BATISTA, 2002, p. 163) do direito canônico que, serviu de poderoso

²⁵ A exemplo da interferência da mídia na sociedade do medo, comentando a criação do Movimento Antiterror – MAT criado em maio de 2003 no Congresso Brasileiro de Direito e Processo Penal realizado em Salvador/BA, com a finalidade de propor uma abordagem crítica aos inúmeros projetos de lei em trâmite do Congresso Nacional em genuína atividade de legiferação do pânico, Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich destacaram a nefasta influência da mídia na aprovação de mecanismos mitigadores dos direitos humanos e direitos fundamentais como é o exemplo da criação do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. “Com forte apoio dos meios de comunicação de massa, alguns parlamentares assumiram o compromisso de universalizar o regime diferenciado via lei federal. O plano de generalizar o RDD atingiu seu ápice quando os veículos de comunicação passaram a vincular a imagem do advogado com a do réu/condenado preso – principalmente nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e tráfico de armas. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem da rua (*every day theories*), a obrigação de restringir ao máximo os 'demasiados' direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela “branda” legislação vigente. O solo discursivo necessário para brotar a legislação de pânico estava fértil: cultura de emergência fundada nas premissas “impunidade” e “aumento da criminalidade”, e a vinculação desses fatores (impunidade e alta criminalidade) ao “excesso de direitos e garantias” do réu/condenado. A resposta contingente seria consequência natural: em 2 de dezembro de 2003 é publicada a Lei nº 10.792, que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal”. (CARVALHO; WUNDERLICH, 2004, p. 6).

instrumento a serviço da inquisição, resultando na sacralização do delito e na politização do pecado. Denotando os fortes traços inquisitoriais, naquele período foi produzido um direito penal cuja intervenção era de cunho moral, baseado na confissão oral e que possuía a pena enquanto dogma.

Ao mencionar o medo instaurado pelo Direito penal e penitencial canônico que se (re)volta contra a figura do *Herege*, Nilo Batista afirma que, o medo não provém das prescrições da lei, mas sim dos métodos do tribunal (BATISTA, 2002).

Contextualizando com a atualidade, a relação estabelecida entre a infringência da norma “como reza a lei” e seu vínculo com o sagrado, salienta o fenômeno de canonização dos discursos de autoridade instauradores do medo, tão corriqueiros no procedimento emergencialista o que para Alexandre Moraes da Rosa constitui-se, assim, *um corpo especial portador da possibilidade de emitir os discursos válidos, em nome do Deus-Ciência* (ROSA, 2006, p. 29).

Alessandro Baratta, forte nos ensinamentos de Freud, em sua teoria psicanalítica da criminalidade, que explica o delito socialmente praticado por sentimento de culpa, demonstra que o Estado se ampara na ideologia da defesa social alcançando o etiquetamento do indivíduo (*labeling approach*) – escolha dos alvos eleitos do direito penal – justamente com base na falaciosa reação social deslocando o *foco de análise do fenômeno criminal, do sujeito criminalizado para o sistema penal e os processos de criminalização que dele fazem parte e, mais em geral, para todo o sistema de reação social do desvio* (BARATTA, 2002, p. 49).

A sociedade do medo passa a ser refém²⁶, se acometendo coletivamente da síndrome de Estocolmo, perante a ideológica “opinião pública”, abrindo espaço às intervenções estatais de fortes traços inquisitoriais.

²⁶ Verifica-se que o papel da mídia enquanto desencadeadora do pânico e do emergencialismo penal nos casos ocorridos em 2006 no Estado de São Paulo onde, facções criminosas desencadearam rebeliões em todo o Estado praticando, ainda, diversos atos atentatórios contra a vida de policiais e contra o patrimônio. “Por outro lado, tal situação, diga-se, crítica, foi inegavelmente nutrida, insuflada e aumentada pelos meios de comunicação de massa, que, sob o argumento de apenas informar a população, instauraram uma verdadeira situação de caos, especialmente – mas não só – na sociedade paulista, ante o tom popularesco, apocalíptico, dramático e sentimentalóide das notícias veiculadas, distanciando-se de boa e séria técnica jornalística, não sendo raro, entre outros descabimentos, os “famosos” apresentadores populares espalharem boatos que circulavam, sem confirmar sua veracidade, e, pasmem, logo após, ao vivo, solicitarem que as produções dos respectivos programas o fizessem, somando-se a isso a aparição, concomitante com as notícias, dos “especialistas” - sempre os mesmos políticos, representantes de classe dos policiais, promotores de Justiça, magistrados, etc. – que, com base no famoso discurso do *law and order*, conformavam o caos e imediatamente apontavam as drásticas medidas a serem tomadas. A população atônita não sabia o que de fato era verdadeiro, passando a reagir às informações de maneira irracional, já que a massa é extraordinariamente influenciável e crédula. Carece de sentido crítico e o inverossímil não existe para ela. Pensa em imagens que se ligam uma às

Desse modo, para que se alcance os *fin*s (punitivismo desenfreado) verifica-se o (des)necessário recrudescimento das operações policiais e da supressão dos direitos fundamentais do outro enquanto *meio* institucionalizado, sob a falaciosa preocupação com os rumos da segurança pública enquanto *retórica marcada por estigmas sociais, preconceitos, autoritarismo e racismo* (DORNELLES, 2008, p. 169), em sacralização ideologizada do discurso solitário de poucos em face da passiva submissão dos demais.

Comentando os reflexos do atentado de 11 de setembro de 2001, ocorridos nos Estados Unidos da América do Norte, Emilio C. Viano²⁷, nos remetendo à reflexão de um Brasil que já passou por governos totalitários e hoje caminha no sentido da construção de um Estado Democrático de Direito, faz um alerta justamente em relação aos membros da sociedade que, incautos e pacificamente, lançam mão dos Direitos humanos em uma suposta troca por segurança pública – recrudescimento do sistema penal emergencial – e tranqüilidade social, capazes de espantar os demônios (*public enemies*) da sociedade livrando-a da inquietude situação de medo e pânico.

No Brasil a sociedade do medo se depara com inimigos capitais, como é o caso da demoníaca figura do traficante de substâncias ilícitas, do sequestrador, dos *serial killers* tupiniquins e de todos os *não iguais* capazes de romper com o forte aparato de segurança das ilhas da fantasia dos *shopping centers*, dos condomínios e dos luxuosos blindados – que de vidros fechados e portas travadas se distanciam do clima quente e da criminalidade – mas aquece o rentável comércio da segurança privada.

outras associativamente, como nos estados em que o indivíduo dá curso livre à sua imaginação, sem que intervenha nenhuma instância racional para julgar até que ponto suas fantasias se adaptam à realidade. Os sentimentos da multidão são sempre simples e exaltados”. (PELUSO, 2006).

²⁷ “En anos recientes la seguridad pública se ha convertido en una prioridad más y más urgente para gobernantes en todo el mundo. El colapso de gobiernos autoritarios, muchos de los cuales confiaban pesadamente en la represión para el mantenimiento del orden, ha dejado un legado de instituciones democráticas, judiciales, y policiales débiles o disfuncionales.[...] En países destruidos por guerra civil, conflictos separatistas, o enfrentamientos entre grupos étnicos o religiosos opuestos, adonde la seguridad publica esta amenazada por conflictos internos continuos, guerras sobre el control de recursos naturales, redes criminales, grupos guerrilleros, actores non-estatales, o regimenes corruptos, los ciudadanos tienen aun más razones para tener miedo para su seguridad y para justificar medidas extraordinarias”. (VIANO, 2005, p. 288-289). Nos recentes anos a segurança pública foi convertida em prioridade urgente para os governantes de todo o mundo. O colapso de governos autoritários, muitos dos quais confiavam pesadamente no exercício da repressão para manutenção da ordem, deixou um legado de instituições democráticas, judiciais e políticas fracas e disfuncionais.[...] Em países destruídos pela guerra civil, conflitos separatistas, enfrentamento entre grupos étnicos e religiosos opostos, onde a segurança pública está em situação de ameaça por causa de conflitos internos contínuos, guerra sobre o controle dos recursos naturais, redes criminais, guerrilha, agentes não estatais e corrupção, os cidadãos tem mais razões para terem medo quanto a sua segurança e justificar medidas extraordinárias. (Tradução livre).

Em relatório realizado pela *Human Rights Watch/Americas*, verifica-se que a Operação Rio ²⁸ deflagrada na *Cidade maravilhosa* ao longo de 1994, demonstrou que o medo que sucumbe ao emergencialismo se depara também com ações ideologizadas de combate, em desenfreado desrespeito ao devido processo e aos direitos humanos resultando em operações militarizadas. Este relatório foi capaz de demonstrar que o próprio Estado realizou diversas buscas ilegais e prisões arbitrárias com o emprego de truculência e violência letal *estimulados pelo clamor da opinião pública em favor de uma solução militarizada* (AMERICAS WATCH, 2003, p. 244).

A necessidade de pacificação e de (re)tomada do controle por meio da intervenção militar em pleno Estado Democrático de Direito assinala a falha das demais funções desempenhadas pelo Estado dito democrático (legislativa e executiva) que outorga o foco do problema, em caráter de emergência, ao resgate do Estado polícia que, conforme já mencionado por Michel Foucault *é um governo que se confunde com a administração que tem para si, atrás de si, o peso integral de uma governabilidade* (FOUCAULT, 2008, p. 51).

Diante do referido caso prático, verifica-se que o emergencialismo, instaurado na sociedade do medo, pode ir além das reformas pontuais ou da atividade legiferante hipertrofiada, por meio de um agir ideológico tático – bélico – capaz de fazer com que o próprio devido processo penal ordinário labore em empreitadas de natureza inconstitucional uma vez que, na Operação Rio foram concedidos diversos mandados judiciais “genéricos” que, ao arrepio do direito à inviolabilidade de domicílio, respaldaram truculentas buscas domiciliares em áreas extensas e indefinidas (AMERICAS WATCH, 2003, p. 245-246).

A propagação do caos e do pânico *deságuam* - por que criam supostas e tão noticiadas *ondas* de violência e criminalidade – no chamado discurso emergencialista que resulta, conforme menção da Fauzi Hassan Choukr, *na perda dos valores culturais enquanto primeira grande baixa dessa guerra* (CHOUKR, 2002, p. 39).

Ao se instaurar o ambiente de medo e insegurança, nasce na sociedade verdadeiro óbice em se construir um Estado Democrático de Direito o qual possibilite a coexistência pacífica entre o exercício da atividade investigatória (por seus titulares) capazes de assegurar os direitos fundamentais inclusive por intermédio de um procedimento acusatório participado. Diante deste óbice, a sociedade – e a titularidade legitimada de seus

²⁸ “Ao longo de 1994, cresceu a inquietação pública com as mortes causadas por balas perdidas, por quadrilhas de traficantes e pela polícia violenta e corrupta e a intervenção militar foi sendo cada vez mais apontada como a única solução. O clamor público, afirmando que o Rio havia se tornado uma cidade dominada pelo caos alcançou seu ponto culminante nos meses anteriores às eleições de novembro”. (AMERICAS WATCH, 2003, p. 239).

membros – passa ao largo desta busca e das discussões dela decorrentes, preferindo conferir ao *outro* a pecha de inimigo – diferente e desigual – desmerecedor de qualquer prerrogativa ou respeito a sua pessoa.

3.2 – Processo Penal de Emergência e o inimigo do Estado

Desgraçado o governo aquele em que o monarca em cada súdito suspeita de um inimigo e vê-se constrangido, para garantir a paz pública, a conturbar a paz de cada cidadão. Cesare Beccaria.

Verificada enquanto nefasta consequência decorrente da instauração de um sistema emergencialista no Processo penal, a exceção decorrente do reconhecimento dos agentes de delitos enquanto *inimigos* da sociedade remete-nos à discussão quanto a tal “eleição” e sua conformidade sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

É a influência da situação emergencial no Estado a qual, discricionariamente, irá atribuir ao indivíduo a pecha de amigo ou inimigo da sociedade de forma seletiva, se apresentando enquanto ferramenta de ruptura à democracia, sobretudo, no que tange à igualdade consagrada enquanto direito universal da pessoa sendo pertinente a ressalva de João Ricardo Dornelles ao mencionar que *o discurso da “metáfora da guerra”, baseada no eficientismo penal, se completa com a prática do extermínio, que não é ocasional* (DORNELLES, 2008, p. 189).

Seria o inimigo uma nova síntese lambrosiana do delinquente? Se é que se pode reocupar o que nunca foi ocupado, quem foi o inimigo combatido na “reocupação” do complexo do alemão no Estado do Rio de Janeiro no final de 2010?

Para que possamos situar a problematização que se estabelece quanto a adoção de um Direito penal do inimigo diante do Estado Democrático de Direito devemos recordar que, no primeiro capítulo deste trabalho mencionamos que a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito desempenha – por meio da jurisdição constitucional – a atividade jurisdicional que objetiva tutelar a supremacia da Constituição além de proteger os direitos fundamentais da pessoa em um estruturado sistema de garantias.

O Direito penal do inimigo (*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*) foi criado pelo alemão Günter Jakobs, penalista pertencente ao funcionalismo sistêmico radical que sustenta

que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais), na Berlim da segunda metade da década de 90.

O Direito Penal do Inimigo releva os princípios fundamentais da dignidade humana, declarando verdadeiro “estado de guerra” ao eleito *inimigo*, considerando-o em relação de antagonismo com o Estado.

Jakobs relega ao Processo penal o exercício da função punitiva, enquanto ferramenta adequada do combate ao inimigo mencionando que *as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas* (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 38).

Com relação aos efeitos provocados no Processo Penal em face à aplicação do Direito Penal do inimigo Alessandra Orcesi Pedro Greco (GRECO, 2006) menciona que as regras extremas do Processo Penal (do inimigo) se dirigem à eliminação de riscos assim denominados “riscos terroristas”, a exemplo da supressão do direito do preso entrar em contato com seu defensor, sob a justificativa de se evitar riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade. Prossegue a referida autora mencionando que a supressão de direitos fundamentais do inimigo (não pessoa) denota a instauração de um *procedimento de guerra* (GRECO, 2006, p. 721) em um ambiente onde não se sustenta a adoção do devido processo penal, justamente pelo critério de exceção adotado em tempos de guerra.

Sustentando a existência de duas modalidades de Direito penal, Jakobs as subdivide em Direito penal do inimigo, que se arma na proteção a bens jurídicos e, por sua vez, o Direito penal do cidadão que otimiza os aspectos de liberdade individual. Isto se deve ao fato de que as ações do inimigo sempre atentam contra o bem jurídico, “legitimando” o Estado reagir em forma de aplicação punitiva ainda que, tais atos sejam meramente preparatórios e antecedentes ao delito.

Desse modo o Direito, assim como ocorreu na Alemanha de Hitler, deixa de ser um Direito penal do fato e passa a “reagir” ao autor (Direito penal do autor) apenas divergindo, na teoria de Jakobs, quanto a nomenclatura de seu *target* aqui, diferentemente chamado de inimigo.

Prossegue o autor mencionando o *efeito de segurança da pena* na medida em que a paz e tranquilidade, alcançados ainda que transitoriamente na sociedade, será obtida por meio do cárcere *das não pessoas*, sob a falaciosa premissa de que preso, o *inimigo* não pode delinquir deixando claro que: *a pena não só significa algo, mas produz fisicamente algo*.

Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 22).

Nesse sentido, verifica-se que o processo penal passa a ser utilizado na operacionalização do Direito penal do inimigo servindo de instrumento na aplicação de penas eminentemente exemplares e sem proporcionalidade ao fato cometido com a punição, inclusive, com a punição aos atos preparatórios do crime.

A reflexão outrora proposta na poesia de Renato Russo ao questionar – *quem é o inimigo quem é você?* – se apresenta pertinente diante da perigosa indicação de *quem* será o indivíduo o qual sucumbirá – diante da sociedade do medo que o reprova de modo intolerante – com a restrição de sua liberdade individual, ainda que preventivamente, por meio de um exercício de um poder arbitrário capaz de negar-lhe os direitos humanos no exercício de uma jurisdição formal de um processo penal simbólico.

A “eleição” discricionária de quem será o inimigo apontado pelo Direito Penal do Inimigo é extremamente perigosa e antagônica ao Estado Democrático de Direito, devendo ser analisada a partir do marco teórico que no âmbito da teoria geral do processo constitucional, confere à jurisdição constitucional a prerrogativa de *preservar o ordenamento jurídico-constitucional nos julgamentos dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio do processo* (BRÊTAS, 2010, p. 44) enquanto sistema de garantias *erga omnes*.

O antagonismo que se estabelece entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito é latente diante da mitigação e até mesmo da supressão das garantias processuais (MELIÁ, 2002) uma vez que nesta teoria o inimigo não pode ser tratado como pessoa (LUIZI, 2007). Desse modo, não podemos olvidar que é no processo penal onde a dignidade da pessoa está mais exposta a sofrer atentados, a exemplo da ampliação dos prazos de prisão cautelar com finalidade investigatória (MARTÍN, 2009).

Ainda com relação ao processo penal Jakobs sustenta, diante do inimigo, a possibilidade de intervenção nas telecomunicações, as investigações sigilosas e a utilização de agentes infiltrados sendo que os imputados, *na medida em que intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado* (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 38).

Em uma sociedade multifacetada, característica inerente ao pluralismo das mais variadas cabeças e etnias de diversificadas culturas, cabe mencionar que a teoria do Direito

penal do inimigo é incompatível com o Estado Democrático de Direito justamente em virtude da anulação da condição humana do indivíduo a autorizar e justificar o discurso da intolerância e da indiferença com base na cor da pele, origem, cultura, vestimentas ou o chapéu que se utiliza – *Zucchetto, Tarbush, Dulband, Mitra* ou *Kippha*.

O extremado rigor institucionalizado perante o inimigo conforma o abandono das políticas sociais por parte do Estado, que sobrecarrega o Direito Penal, através de intensificada atividade legiferante, fazendo com que ele perca a credibilidade dando espaço ao simbolismo penal por meio do aumento da “cifra negra” como consequência do aumento de infrações penais em detrimento à falaciosa política de segurança pública.²⁹

Claus Roxin, menciona que a “cifra negra” é expressão que orienta o Direito penal no sentido de que o conhecimento da proporção acerca da prática criminosa é incompleto uma vez que, algumas práticas delitivas, seja por opção da vítima, seja por descrédito desta na investigação criminal, sequer são levadas ao conhecimento das autoridades. Informa o referido autor alemão que a cifra negra, *corresponde à relação entre todos os crimes cometidos e àqueles que chegaram ao conhecimento da polícia e varia conforme o tipo de crime* (ROXIN; TIEDEMANN, 2007. p. 135).

Em condição de mítica clarividência a teoria de Jakobs se antecede energicamente ao inimigo tentando, de forma emergencial – aonde, como já vimos, o risco provisório e emergencial se transforma em ações e legislações definitivas – livrando a sociedade de qualquer futuro delito em nome da manutenção ou recuperação da paz social.

Ressaltado o papel da mídia no tópico anterior, verifica-se que o Direito penal do inimigo é lugar comum na ficção das inúmeras séries de TV – enlatados com data de validade vencida – transmitidos pelos veículos de comunicação de massa e consumidos por todos os continentes, a exemplo da guerra ao terror declarada por Jack Bauer no seriado 24 Horas, das perseguições a *serial killers* e perversos sexuais de *Law and Order*, das perseguições policiais do *reality show* COPS dentre outros, inclusive com suas clonagens tupiniquins.

²⁹ Verifica-se a presente crítica na obra de João Ricardo Dornelles, “Na verdade, o endurecimento policial não é uma política de segurança pública, mas sim uma retórica marcada por estigmas sociais, preconceitos, autoritarismo e racismo. É um discurso ideologizado que se relaciona com as práticas corporativas policiais, visando manter a clandestinidade e a imunidade das ações ilegais, violentas e arbitrárias.[...] Como o inimigo é invisível, a repressão e a violência institucional se voltam contra o conjunto da população “vulnerável” ou em situação precária. É exatamente neste contexto que se gesta a “metáfora da guerra”, passando a dominar o imaginário da população carioca, com a representação de que o Rio de Janeiro é um território conflagrado”. (DORNELLES, 2008, p.169 e 179).

Tal programação faz com que a sociedade seja bombardeada com uma programação que denota a mitigação de direitos fundamentais em atos atentatórios contra as *não pessoas* onde, o Estado se reveste de um messiânico agente (juiz, promotor, policial, investigador) capaz de aplacar todo o mal, mesmo que, para isso, precise se infiltrar, implantar escutas clandestinas, violar correspondências, invadir domicílios, torturar com sacos plásticos dentre outras “relativizações”.

Para Jakobs, o Direito penal tem como finalidade garantir a identidade e a paz social, por meio de um Direito penal e um Processo penal capazes de esvaziar o princípio da igualdade e a dignidade humana transformando o inimigo em uma *não pessoa* antagônica a esta sociedade, dado a gravidade e persistência de sua atividade criminal, não poderá ser tratado como pessoa (LUISI, 2007).

Bem ao caráter da cultura emergencialista, Luis Gracia Martín oportunamente menciona que o Direito penal do inimigo é aquele que se afasta dos fins ordinários do Direito penal (prevenção geral positiva) tratando-se assim de *uma legislação de luta ou de guerra com o inimigo cujo único fim seria sua exclusão* (MARTÍN, 2009, p. 342).

Tal desiderato se alcança “flexibilizando” o princípio da legalidade por meio da descrição cada vez mais vaga dos crimes, de conteúdo mega variados, e da desproporcional cominação de penas, inobservando ainda, o princípio da ofensividade.

A consequência do tratamento diferenciado da não pessoa (inimigo) é a proliferação do autoritarismo de um Processo penal hipertrofiado na discricionariedade de agentes públicos, presos às suas decisões instrumentalistas em benefício das ideológicas “paz social”, “interesse público”, “ordem pública”, “clamor social”, e a mais comum e não menos perigosa “íntima convicção”.

A exclusão do atributo da personalidade perante o inimigo, em pleno século XXI, resgata uma forma de segregação institucionalizada – com respaldo na jurisprudência – que transforma o outro em uma *não pessoa* capaz de (re)encontrar o punitivismo e as nefastas consequências de se sustentar, inclusive com aparato processual, a superioridade do Estado Leviatã, que eugenicamente elege seus amigos e reage intolerante a seus inimigos.

Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI, 2005) menciona que o direito penal do inimigo também tem a sua origem em Hobbes, que na defesa do “gigante” sustentava que a resistência ao poder do soberano traria como implicância a reinserção da guerra de todos contra todos. Ou seja, para Hobbes, aquela *não pessoa* que resiste ao poder do soberano não

deve ser punido, mas submetido à força de contenção, na medida em que não é um delinqüente, mas um inimigo.

No Capítulo XXVIII do *Leviatã*, Hobbes sustenta que a pena *é um dano infligido pela autoridade pública àquele que fez ou omitiu aquilo que, pela mesma autoridade, é julgado transgressão da lei, com a finalidade de que a vontade dos homens fique, desse modo, mais inclinada à obediência*, mencionando ainda que *não podem ser chamados penas os danos infligidos a quem é considerado inimigo, uma vez que este nunca esteve sujeito à lei e, portanto, não poderia tê-la transgredido* (HOBBS, 2009, p. 220).

O inimigo, *não pessoa*, segundo a teoria de Jakobs está em desacordo com o Estado *Leviatã* por não ser possuidor de cidadania. O autoritarismo e a intolerância – capazes de subverter toda e qualquer teoria – potencializam o Direito penal do inimigo em uma guerra declarada, colocando o *Leviatã* sob constante vigília em alfândegas, aeroportos, estações de metrô e locais públicos em uma visão *neopanóptica* pós século XX que, além de objeto cruel de perseguição ao outro, é passível de irreparáveis danos, a exemplo do mineiro da pacata cidade mineira de Gonzaga o qual, em 22 de julho de 2005 perseguido e etiquetado pela polícia, foi sumariamente “condenado” na estação *Stockwell* em Londres cuja pena – sete tiros na cabeça – fora imediatamente aplicada e executada em um sincretismo processual sem precedentes.

A suposta e falaciosa *aberratio ictus* que retirou a vida de Jean Charles de Menezes, brasileiro, como vários outros que tentam lucrar – e mais fazem lucrar os “cidadãos” de lá – com os suados e, na maioria das vezes clandestinos subempregos, nos serve enquanto reflexão inerente a necessidade de um devido processo legal teorizado em bases constitucionais³⁰ exercidos por seus destinatários em estrutura principiológica de um

³⁰ Quanto a importância do devido processo legal de forma a inibir intervenções de caráter emergencial são valiosas as reflexões de Rosemiro Pereira Leal ao ressaltar que: “É o devido processo legal, como co-extensão procedimental do devido processo constitucional, que vai estabelecer o espaço discursivo legitimador da decisão a ser neste preparada por todos integrantes de sua estrutura procedimental. A atividade processual reconstrutiva desse modelo de decidir, desde a criação da lei até sua aplicação, supressão ou regulação, é que implicará concreção fundamentada do projeto constitucional democrático na contrafactualidade do mundo da vida ou mediante a problematização dos eventuais conteúdos de legalidade hostil ao paradigma do Estado democrático de direito. Com isso, evitam-se as consequências jurisdicionais de uma “praxis intramundana totalmente prejudicada pelo sistema linguístico” do decididor solipsista e de ancoragem a uma razão prática ou de puras conotações, jusnaturalista ou realista de um verdadeiro saber genético ou demiúrgico de uma filosofia do sujeito ou da vida. Na democracia, a mundanidade do direito não tem existência coercitiva ou força normativa enquanto não se encaminha ao espaço legiferante ou correicional reconstrutivo da procedimentação devidamente processualizada. É o desconhecimento da teoria fazzalariana do processo, como degrau de iniciação democrática, que coloca a democracia a reboque da jurisdição ainda estabilizada em concepções entitativas e autocráticas aqui já mencionadas e que se prestam melancolicamente ao ensino de filosofias de um direito arcaico. Ensina-se, às vezes, a pretexto de valores universais pertencentes à filosofia do sujeito ou da vida, um equilíbrio sistêmico racional para o direito que, aos moldes de Luhmann, não tem finalidade de

verdadeiro Estado Democrático de Direito capaz de afastar ideológicas (des)medidas de segurança nacional.

As institutas de Justiniano nos revela que, ao eleger seus inimigos de hoje, países como a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América³¹ repetem o que historicamente foi feito pelo Império Romano na eleição aos inimigos, que naquele período, se chamavam *hostis (hostis populi romani)*³². Os povos *hostis* eram considerados inimigos do povo romano e poderiam, inclusive, ser objeto de vingança pública porque ainda não haviam sucumbido à dominação do Império e, por isso, eram considerados destituídos do status de civil.

Ressalta Foucault que o Contrato Social de Rousseau³³ serviu de fundamentação para se sustentar a correspondência entre crime e castigo, reconhecendo o autor do delito enquanto inimigo de toda a sociedade. Foucault menciona que a infração praticada pelo inimigo *lança o indivíduo contra todo o corpo social*, em batalha desigual onde de um lado da guerra se posiciona o inimigo e, do outro lado a sociedade *reúne todas as forças, todo o poder, todos os direitos* (FOUCAULT, 1987, p. 76).

O rótulo que ao inimigo etiqueta se estabelece em nome de uma defesa social que, se necessário, extermina os seus inimigos. Contextualizando com nossa realidade: *Em um país recém saído da escravidão, como o Brasil, não seria difícil converter os “inimigos” em criminosos* (SANTOS, 2010, p. 73).

concreção efetiva, mas é jurisdicionalmente exercitado com escopos metajurídicos de realização de uma justiça ilusória e estratégica de prevenção de rebeldias ou perplexidades, por auto-afirmação emergente de uma “luta social” metabólica, se mostrasse vitoriosa em seus propósitos “democratizantes”. (LEAL, 2002, p. 104 – 105)

³¹ Que consumista e consumidos por um patriotismo cego, capaz de criar cidadãos do *standard* Homer Simpson, eivados pela oportunidade e conveniência – sobretudo bélica – conforme demonstrado no documentário Fahrenheit 9/11 de Michael Moore, o país estadunidense já elegeu diversos inimigos como é o caso dos Soviéticos na Guerra Fria, os narcotraficantes, os Árabes extremistas, o terrorismo internacional, o Panamá, o Iraque, o desgarrado Bin Laden, o ex-aliado e enforcado com transmissão quase que simultânea Saddam Houssain, Fidel Castro, dentre outros .

³² La majestad imperial debe apoyarse sobre las armas y sobre las leyes, para que el Estado sea igualmente bien gobernado durante la guerra e durante la paz; para que el príncipe rechazando en los combates las agresiones de sus enemigos, y ante la justicia los ataques de los hombres inicuos, pueda mostrarse tan religioso en la observancia del derecho como grande em los triunfos. (ORTOLAN, 1884) A majestade imperial deve se apoiar sobre as armas e sobre as leis, para que o Estado seja igualmente bem governado em tempos de guerra e em tempos de paz para que o príncipe, rechaçando nos combates as agressões de seus inimigos, e diante da justiça os ataques dos homens iníquos, possa mostrar-se tão religioso em observância do direito como grande nos triunfos. Tradução livre.

³³ Registro da vetusta máxima de que os fins justificam os meios o Contrato Social de Rousseau preconiza que ao infringir o contrato o indivíduo deixa de ser um membro do Estado, devendo morrer. Em seu Livro II Capítulo V - Do direito de vida e morte – Rousseau menciona que “O fim do tratado social é a conservação dos contratantes: quem quer o fim quer também os meios que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: convém ao Estado que morras, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e sua vida já não é só um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado”. (ROUSSEAU, 2010, p. 42-43).

Ao mencionar as práticas oriundas do direito penal germânico antigo, Nilo Batista esclarece que o senso de proteção ao *status quo* por parte da sociedade já guardava forte vínculo com a não recepção do forasteiro enquanto sujeito de direitos.

O referido autor afirma ainda que, no Brasil, também se vislumbrou a segregação e o tolhimento do direito de ir e vir do indivíduo estrangeiro (forasteiro) conforme redação dos artigos 1º, art. 114, Art. 115, Art. 116, Art. 117 e Art. 118 da Lei 29 de 1832 denominada Código Criminal de Primeira Instância que determinava que ao juiz de paz competia tomar conhecimento das pessoas desconhecidas ou suspeitas que vierem a habitar o distrito que lhe competia, podendo inclusive, determinar a expulsão pública caso o estrangeiro não estivesse livre de crime (BATISTA, 2002, p. 36).

O emergencialismo no Processo penal, conforme mencionamos, aproveitando-se do discurso de *guerra à criminalidade* (MACHADO, 2009, p. 86) atua de forma a autorizar que, no calor dos fatos, via de regra, incansavelmente noticiados pela mídia, ou ainda, sob as nefastas influências de escopos metajurídicos de pacificação social por via da *persecutio criminis*, sejam adotadas medidas judiciais de exceção perante o inimigo, (in)legitimadas por meio do furor legiferante que, contraria a Constituição em detrimento ao falacioso combate profilático à guerra declarada ao terror e a criminalidade.

Ocorre que na atualidade, revestidos de uma soberania formal, de questões políticas submetidas (quando são) a um Conselho de Segurança simbólico, nos deparamos alguns países marginais que não sucumbiram – de direito – à dominação dos Impérios de hoje, mas, para que fiquem em uma situação passiva de conforto – e para que não se tornem os novos inimigos – importam os modismos e as panacéias do Império (re)produzindo – alheios as inconsistências entre institutos da *common law* perante a *civil law* – repetindo³⁴ lacanianamente os recalques do império e, se necessário for, perseguindo os inimigos por eles eleitos, digladiando com moinhos de vento.

Não se pode esquecer que no Brasil as sanções penais e o processo correlacionado a sua aplicação enquanto instrumentos de segregação *do outro*, encontra vedação inserida entre os direitos e garantias individuais sendo, que, o Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, afasta – para informação dos candidatos, e seus “eleitores”, da corrente do bandido bom é bandido morto – não estão sujeitos a proposta de emenda

³⁴ Se por aqui, terra de Jean Charles e do índio Galdino, aqueles que pregam a intolerância aos nordestinos, homossexuais, prostitutas, mendigos e toda a sorte de desafortunados e repetem os subgrupos do império a exemplo dos neonazistas e os denominados *skinheads* se esquecem – ou mesmo desconhecem – que lá somos latinos, também perseguidos e passíveis de toda a discriminação.

tendente à sua abolição. Ou seja, a adoção de um direito penal do inimigo em relação simbiótica com o Processo penal de emergência no Brasil, além de sinalizar as já bolorentas tendências da moda geração Bush de guerra ao terror, não se harmoniza ao Estado Democrático de Direito e sua estrutura principiológica correlata.

Tal como definido pela criminologia de Alessandro Baratta, são as ações criminosas – noticiadas de forma sensacionalista – e a situação de insegurança jurídica provocada pelos *eleitos* do sistema penal ou, como queira Günther Jakobs, os *inimigos* do Direito penal que legitimam e ao mesmo tempo são alvo do emprego de tais mecanismos processuais emergencialistas, como é o caso de aplicação da delação premiada em nosso ordenamento pátrio que, pode ser considerado enquanto resgate dos mais primitivos métodos inquisitoriais.

Enquanto baluarte desta repetição impensada e anacrônica mencionaremos no próximo capítulo deste trabalho a concessão de prêmios àquele *inimigo* que, mesmo não sendo considerado pessoa, se mostra fiel ao Direito por meio do instituto importado aqui denominado delação premiada.

4 - DELAÇÃO PREMIADA ENQUANTO REFLEXO DA EMERGENCIALIDADE PENAL:

Conforme verificamos no capítulo anterior, o enrijecimento do sistema penal, utilizado enquanto instrumento de busca ao escopo metajurídico de pacificação social, conta na atualidade com a forte influência da expansão da cultura emergencialista.

Desse modo, podemos mencionar a título de ilustração o (re)surgimento ou a insistente previsão de alguns institutos, a exemplo da prisão temporária (resquício inquisitorial da vetusta prisão para averiguação), das alterações quanto aos delitos emergencialmente tipificados, da vedação de liberdade provisória (que ainda é provisória em anseios ideológicos de que a pena é regra e não exceção) além da figura do arrependido, por aqui denominada delação premiada, objeto de estudo do presente trabalho que afronta a cultura da normalidade desacreditada, simbólica e ineficiente.

Em sua remota origem, o instituto do colaborador com a justiça (delação premiada) remonta ao Direito Romano a propósito dos delitos de lesa majestade da *Lex Cornelia de*

sicariis et veneficiis (Lei Cornélia sobre apunhaladores e envenenadores) promulgada no ano 81 a.C. passando depois para o Direito Canônico e comum medieval (PAZ, 2005), sendo posteriormente implementado no direito anglo-saxão enquanto mecanismo de combate a criminalidade.

A partir de seu surgimento nos Estados Unidos a delação premiada foi largamente utilizada no combate à Máfia e Cosa Nostra e outras organizações criminosas onde por via de uma transação de natureza penal, pactuada entre os Procuradores Federais e os criminosos, *a estes era prometida a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda organização e seus membros* (ARANHA, 2006, p. 136).

Verifica-se que a prática de se conceder prêmios à delação foi comum durante o Antigo Regime nos procedimentos inquisitoriais. Sopesando de forma crítica os benefícios e inconvenientes de tal prática Cesare Beccaria imputou o uso desenfreado do instituto à fraqueza da Constituição mencionando que *esse costume tornam os homens falsos e pérfidos* (BECCARIA, 2001, p. 33).

Ressalte-se que tal instituto, uma vez derivado *das técnicas negociais do direito anglo-saxão, onde a disponibilidade do exercício da ação penal é constante pelo executivo* (CHOUKR, 2007, p. 4) possui enquanto característica a celebração de um acordo entre o acusado e o Ministério Público.

Em que pese, por exemplo, a *adoção de uma categoria frustrada* (ZAFFARONI, 1996) acerca do que venha a ser crime organizado e sua abrangência em *terrae brasilis*, os institutos processuais da Itália e dos Estados Unidos, ideologicamente considerados enquanto instrumentos “efetivos” de combate ao terrorismo e ao crime organizado (WACQUANT, 2004) serviram enquanto referencial no Brasil na intensificada produção de leis penais esparsas que passaram a contar com a possibilidade de transformar os imputados (investigados ou acusados) enquanto “informantes da justiça”.

Justamente com referencial ao ordenamento jurídico anglo-saxão (*plea bargaining*) da *common law* e da legislação penal italiana (*pentiti*) da *civil law*, emergencialmente instituídos a título de instrumento de política criminal, foi que no Brasil, com o desiderato de se fazer valer do emprego simbólico do sistema repressivo, ganhou ênfase a possibilidade de se utilizar acordos de colaboração, por intermédio do instituto da delação premiada.

No Brasil nos deparamos com a previsão do instituto da delação premiada no período do Brasil Colônia, mais especificamente durante a vigência das Ordenações

Filipinas³⁵, constante no Livro V, que vigorou entre janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830 (JESUS, 2006).

Após previsão legal nas Ordenações Filipinas, e sua revogação pelo Código Criminal de 1830, o instituto da delação premiada ressurgiu em 1990, (quase 400 anos depois) na Lei 8.072/90, denominada, regulamentando o Art. 5º, inciso XLIII da Constituição de 1988, no qual o constituinte fez menção aos crimes hediondos.

Posteriormente, seguindo a tendência da cultura emergencial, diversas leis especiais, conforme veremos, acolheram a delação premiada enquanto instrumento de “colaboração” em inquisitiva busca pela mítica verdade real que, conforme mencionado por Luigi Ferrajoli, resultou na *reedição, em trajes modernizados, de velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade da polícia* (FERRAJOLI, 2002, p. 649.).

4.1 – Aspectos relevantes quanto ao instituto da delação premiada

Tecendo críticas a operação italiana *mani pulite* (mãos limpas), de questionável eficácia e mundialmente divulgada enquanto *uma das mais impressionantes cruzadas judiciárias*³⁶ declaradas contra a máfia e o crime organizado, Natália Oliveira de Carvalho

³⁵ O Livro V das Ordenações Filipinas fazem menção ao instituto da delação premiada por duas vezes. O primeiro, disposto no Título VI (“Do Crime de Lesa Magestade”), item 12, tratava do perdão que deveria ser atribuído ao participante e delator do crime de lesa majestade. A segunda previsão do instituto está no Livro V, Título CXVI (“Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros á prisão”) que mencionava que: “Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos meleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte. 1. E além do sobredito perdão, qie assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nos trinta cruzados de mercê”. Cf. (PIERANGELI, 2004, p.181-182).

³⁶ Ao informar toda a pirotecnia desencadeada emergencialmente por meio da referida operação, menciona Sérgio Moro que: “A denominada “operação mani pulite” (mãos limpas) constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário. Iniciou-se em meados de fevereiro de 1992, com a prisão de Mario Chiesa, que ocupava o cargo de diretor de instituição filantrópica de Milão (Pio Alberto Trivulzio). Dois anos após, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros. A ação judiciária revelou que a vida política e administrativa de Milão, e da própria Itália, estava mergulhada na corrupção, com o pagamento de propina para concessão de todo contrato público, o que levou à

(CARVALHO, 2009, p. 80) menciona que tal operação foi responsável pela legitimação do sistema penal de cunho fascista e autoritário.

Conforme mencionamos, não obstante tratar-se de um mecanismo oriundo da *common law*, o referido instituto passa a ser implementado no Brasil país cujo ordenamento jurídico se origina do sistema romano-germânico da *civil law* que se mantém forte na observância ao princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal.

O princípio da obrigatoriedade rege a ação penal de iniciativa pública vinculando o Ministério Público ao dever de oferecer a denúncia (peça acusatória) sempre que presentes a prova de existência da prática de um crime e os indícios suficientes de autoria e materialidade. Assim, não poderá a acusação arquivar o inquérito policial se não postular o referido arquivamento deste ao juiz.

Por sua vez verifica-se que os princípios da oportunidade e conveniência – não adotados no Brasil na ação penal pública – representam a *antítese* do princípio da obrigatoriedade (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 349) uma vez que, tais princípios conferem ao Promotor de Justiça ampla discricionariedade quando a propositura da ação penal, bem como, adoção de critérios de política criminal.

Justamente por isso, verifica-se a necessidade de se evitar o raciocínio utilitarista *liberdade individual X segurança social* (CHOUKR, 2007), com relação ao uso irrestrito e imoderado do instituto da delação premiada. Ou seja, não podemos olvidar que no Estado Democrático de Direito, a ação penal pública é desenvolvida por meio de um devido processo legal que, por sua vez, deve ser regido dentre outros, pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade e não pelos princípios da oportunidade e conveniência, em que pese a já existente e temerária discricionariedade regrada (v.g. Lei 9.099/95) que engloba a possibilidade de transação penal.

No tocante à propositura ou não da ação penal por parte do Ministério Público, cumpre ressaltar o Direito comparado de países como Itália (*patteggiamento*), Estados Unidos (*plea bargain*), Alemanha (*Kronzeugenregelung*), Espanha (*delincuente arrependido*) e Inglaterra (*supergrass*) revelam a confusão e o anacronismo estabelecidos enquanto reflexo da adoção impensada e emergencial da celebração de acordos no processo penal, capazes de conflitar com o maior ou menor de disponibilidade da ação penal por parte da acusação.

utilização da expressão “Tangentopoli” ou “Bribesville” (o equivalente à “cidade da propina”) para designar a situação. A operação mani pulite ainda redesenhou o quadro político na Itália. (MORO, 2004).

Alheia a este anacronismo teórico, e à discussão sob o aspecto negativo do instituto sob a perspectiva ética³⁷, verifica-se que a instabilidade provocada pela situação de risco, instaurada na sociedade do medo, atribui ao processo penal uma relação custo benefício onde os direitos fundamentais constituem indesejável óbice perante a *eficiência da justiça criminal* (COUTINHO, 2004, p. 291) que, deve ser efetiva e célere em sua resposta à sociedade.

As incansáveis buscas por rapidez investigatória e por celeridade nos provimentos judiciais encontraram, na utilização do instituto da delação premiada, um aliado ímpar capaz de conferir uma maior agilidade com um menor esforço estatal.

Isso porque, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, 2006), a valoração probatória parte de uma argumentação que possui como premissa uma investigação policial deficiente e que acaba sendo “abreviada” com a imputação do delator ou com a relevância de suas informações prestadas.

Sendo assim, é mais econômico e célere obter espontaneamente todo o *modus operandi* de uma organização criminosa à partir da delação de um membro desta organização do que, desencadear uma investigação comprometida com a apuração dos fatos capaz de elucidar a autoria e materialidade delitiva de todos os membros da mencionada organização. Tal situação, conforme estabelecido por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2010, p. 137) é capaz de instaurar o nefasto paradoxo do “princípio da extralegalidade legalizada” onde o desrespeito ao devido processo penal reveste-se nos anseios de uma sociedade fantasma pressuposta capaz de mitigar a legalidade e a Constituição.

Verifica-se que a aplicação de um sistema premial divide opiniões, sobretudo, diante sua análise em contexto com a estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito.

³⁷ Com característica sutileza, Michel Foucault menciona o aspecto negativo adquirido pela figura do delator em sua comunidade enquanto forma de repulsa à repressão policial do Estado: “Marquês de Argenson, *Journal et mémoires*, vol. VI, p. 241. Cf. o *Journal de Barbier*, t. IV, p. 455. Um dos primeiros episódios desse caso é aliás muito característico da agitação popular no século XVIII em torno da justiça penal. O tenente geral de polícia, Berryer, mandara recolher “as crianças libertinas e vadias”; os policiais só consentem em devolvê-las aos pais “à força de dinheiro”; murmura-se que é para servir aos prazeres do rei. A multidão, que apanhou um denunciante, o massacra “com uma desumanidade até o último excesso”, e o “arrasta depois de morto, com acorda no pescoço, até a porta do senhor Berryer”. Ora, esse denunciante era um ladrão que deveria ter sido posto na roda com seu companheiro Baffiat, se não tivesse aceito o papel de denunciante da polícia; o conhecimento que tinha dos fios de todas as intrigas tornavam-no apreciado pela polícia; e ele era “muito estimado” em sua nova profissão. Temos aí um exemplo muito carregado: um movimento de revolta, provocado por um meio de repressão relativamente novo, e que não é a justiça penal, mas a polícia; um caso dessa colaboração técnica entre delinquentes e policiais, que se torna sistemática a partir do século XVIII, um motim em que o povo se encarrega de supliciar um condenado que escapou indevidamente ao cadafalso”. (FOUCAULT, 1987, p.59)

Dentre os autores clássicos, mencionamos a partir de Michel Montaigne e Cesare Beccaria ferrenhas críticas contrárias a aplicação do sistema premial.

Montaigne menciona que diante da adoção do sistema premial seria *um erro julgar a beleza e a grandeza de uma ação pela sua utilidade e imaginar que devemos fazer e considerar honesto tudo o que é útil* (MONTAIGNE, 2000, p. 153).

Por sua vez, o Marquês de Beccaria menciona em sua obra que a utilização do sistema premial emprega a impunidade para a apuração de um delito e: *mostra que se pode encobrir esse crime, pois que ele não o conhece; e as leis descobrem-lhe a fraqueza, implorando o socorro do próprio celerado que as violou* (BECCARIA, 2001, p. 48).

Bentham (1748-1832) mencionando empatia quanto a aplicação do instituto da delação premiada, enquanto recompensa à elucidação de delitos, se posicionou no sentido de que a execução das leis necessitam dos delatores *sendo o ofício de denunciante tão necessário e tão meritório como o de juiz* (BENTHAM, 2007, p. 72).

Nesse aspecto, vemos que, uma vez “importados” de subsistemas jurídicos alienígenas, a aplicação dos institutos emergenciais processuais no Brasil carecem de estudos sistêmicos e da análise de informações estatísticas de modo a afastar o mero simbolismo penal. Desse modo, são inúmeras as críticas no sentido de conferir descrédito à delação premiada no Brasil conforme mencionado por Fauzi Hassan Choukr. Criticando a ausência de aparato complementar e posterior a concessão do benefício da delação menciona o referido autor que: *não há estatísticas seguras que apontem para o emprego exitoso desse instrumento* (CHOUKR, 2002, p. 163).

Conforme veremos posteriormente, o instituto da delação premiada pode ser considerado enquanto meio inominado de prova (anômala) considerada enquanto medida de duvidosa legitimidade (OLIVEIRA, 2008, p. 606).

Conforme mencionado por Damásio Evangelista de Jesus a delação premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato) (JESUS, 2006, p. 9). Prossegue o autor mencionando que tal modalidade de delação se diz premiada por ser incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução da pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando (JESUS, 2006, p. 9).

Enquanto meio de obtenção de provas, justamente por acenar com um prêmio ao traidor, o instituto da delação premiada é passível de críticas pois, *embora não se trate de*

prova ilícita ou imoral, ao reverso, de prova legalmente prevista, para sua valoração não se pode ignorar o meio abjeto como foi obtida (ARANHA, 2006, p. 140).

Tecendo questionamentos críticos quanto ao aspecto ético do instituto da delação premiada Jaques de Camargo Penteado (PENTEADO, 2006) menciona que a carência ética do instituto (baseado na traição) repercute nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por influenciar no direito fundamental a liberdade (atributo da dignidade da pessoa humana) diante do exercício insuficiente do devido processo legal.

Desse modo, o instituto da delação premiada, enquanto instrumento emergencial divide opiniões e críticas, sobretudo, em seus aspectos negativos quanto a oficialização da traição (questionamento ético), seu anacronismo com a norma penal ordinária (uma vez que o próprio Código Penal qualifica ou agrava a pena para a traição) bem como, o estímulo às falsas delações capazes de ferir o princípio da proporcionalidade e a apuração da verdade processual.

4.1.1 – Heranças inquisitoriais acerca da confissão:

Dentre as críticas estabelecidas na utilização emergencial da delação premiada, verifica-se que a questão relacionada à confiabilidade da confissão do imputado delator assume relevante papel o que, por si só, sem embargo de toda estrutura principiológica processual inerente ao devido processo, desautoriza que o referido instituto sirva de prova única e inequívoca para sustentar um provimento condenatório.

A isso se deve ao fato de que, aquele que concede a delação o faz por interesse podendo dar ensejo a incriminações infundadas, abusos e contribuir para o acobertamento e impunidade da conduta delituosa de algum comparsa. Ou seja, a delação pode representar uma mera estratégia do acusado que conseguiria, conforme menciona Eugênio Pacelli de Oliveira, *delatando inocentes – em maior ou menor escala –, ver-se livre da responsabilidade que, na realidade, poderia lhe cair sobre os ombros de modo muito mais intenso que aos demais participantes* (OLIVEIRA, 2008, p. 608).

Ocorre que a matriz inquisitorial, que ainda permeia nosso ordenamento, confere especial atenção à confissão, não se olvidando do equívoco praticado no sistema inquisitório ao denominá-la *rainha das provas (probatio probatissima)* (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 598).

Os problemas decorrentes da delação cedida a título de colaboração interessada nos remetem a tal matriz inquisitorial remontando os idos de 1215 quando um cânone do IV Concílio de Latrão estabeleceu a obrigatoriedade da confissão enquanto meio de obtenção de provas e mecanismo de controle.

A confissão obrigatória tornou-se motivo de expiação e de penitência enquanto pressuposto de absolvição, *criada enquanto poderoso instrumento de controle social*³⁸ e, extraída sob tortura na Idade Média, conforme mencionado por Joaquim Cabral Netto (CABRAL NETTO, 1997, p. 117) servia enquanto alívio à consciência do juiz para que este pudesse proferir seus provimentos.

A confiança cega na delação (confissão do imputado “arrependido”) denota que o modelo efficientista na pós modernidade, preocupa-se mais com seus resultados práticos, contribuindo, segundo Luiz Flávio Gomes para a *falência da máquina investigativa do Estado* (GOMES, et al., 2007, p. 226) com a violação da isonomia constitucional em troca de mera delação – interessada – capaz de preterir qualquer atividade investigatória pertinente.

4.2 – Noções gerais e Natureza Jurídica da Delação Premiada

Etimologicamente a expressão delação tem origem no latim (*delacione*), vinculando-se à acusação ou revelação de algum tipo de delito (FERREIRA, 1997). Verifica-se que José Alexandre Marson Guidi vislumbra a delação premiada foi emergencialmente introduzida ao ordenamento jurídico pátrio enquanto instrumento de estímulo, objetivando alcançar a apuração do delito praticado em concurso de agentes seja de forma eventual ou organizada (GUIDI, 2006, p. 95). Tal instituto pode ser aplicado tanto no inquérito policial quanto em juízo, acrescentando quanto ao terceiro delatado pouco importando se este já tenha sido identificado ou não (CARVALHO, 2009, p. 98).

Em que pese reconhecer a natureza jurídica da delação premiada apenas enquanto causa de diminuição de pena, Luiz Vicente Cernicchiaro (CERNICCHIARO, 2006) menciona que a delação premiada, quanto aos seus efeitos, é um instituto de caráter

³⁸ Nilo Batista menciona que: “Oferecer ao suspeito interrogado alternativamente piedosa suavidade e aterrorização violenta é um estratagema investigatório intensamente praticado pela polícia brasileira ainda em nossos dias”. (BATISTA, 2002, p.196)

personalíssimo e que deve ser diferenciada da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d do Código Penal). A tal distinção, deve-se ao fato de que na delação premiada o esclarecimento das infrações penais, o reforço na produção probatória e a delação de terceiro, seja ele co-réu ou partícipe, são pressupostos a concessão do referido instituto, indissociáveis ao devido processo legal.

Desse modo, passando à condição de meio de prova (PRADO, 2006, p. 10), o imputado delator confessa sua participação no delito e, em troca do benefício, descrevendo todo o *iter criminis* (NUCCI, 2007, p. 257) de seus comparsas, em tese, contribui para minimizar os danos provocados pelo delito ou ainda, evita novas práticas delitivas.

Adalberto Aranha repudia a aplicação indiscriminada da delação premiada enquanto elemento único de prova acusatória como base para a condenação, justamente por considerar o instituto um “meio abjeto” (ARANHA, 2006, p.132) de produção probatória.

Dessa forma, podemos conceituar delação premiada enquanto instituto consistente na obtenção de acordo entre o imputado e o titular da ação penal com a finalidade de se obter informações relevantes e pertinentes dos comparsas do imputado em troca da concessão de benefícios previstos em lei.

Verifica-se que os mecanismos premiais – estritamente vinculados ao emergencialismo – foram inseridos na legislação penal e processual penal tendo como finalidade específica, sobretudo nos Estados Unidos e na Itália, o combate ao terrorismo político, sendo posteriormente aplicados enquanto busca do eficientismo ao combate ao crime organizado no Brasil.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO; CARVALHO, 2006, p. 79) menciona que a delação premiada se constitui enquanto meio de prova que, já se mostrou ineficaz na Inglaterra e nos Estados Unidos em virtude da carência de provas das alegações prestadas pelos imputados. Do mesmo modo, Sergio Moccia (MOCCIA, 1999, p. 78) enfatiza a relevância da informação prestada pelo imputado enquanto expressa no plano processual, contudo, constituindo afronta à lesividade nos remetendo ao que ousamos chamar, processo penal do inimigo.

No tocante ao combate ao crime organizado, Mário Sérgio Sobrinho ressalta a importância da delação enquanto meio utilitarista de obtenção de prova *por romper a lei do silêncio imposta às lideranças e aos membros das organizações criminosas em troca da concessão de benefícios* (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 47), enfatizando o referido autor a

possibilidade de aplicação do instituto na fase investigatória, cognitiva e executória do processo penal.³⁹

Ao delimitarmos a natureza jurídica da delação premial enquanto meio inominado de obtenção de prova, não se pode, entretanto, confundir o instituto da delação premiada enquanto mera colaboração premiada consoante divisão doutrinária estabelecida por Luiz Flávio Gomes (GOMES, 2005).

Verifica-se assim, que no caso da colaboração premiada o imputado pode assumir a culpa pela prática de um fato típico, antijurídico e culpável e, ao mesmo tempo, não incriminar outras pessoas fazendo jus a institutos do Direito penal material como a desistência voluntária, o arrependimento eficaz e a incidência da atenuante da confissão espontânea em juízo.

Por outro lado, a delação premiada é obtida por meio da confissão da prática de um fato típico, antijurídico e culpável, em que o imputado, confessa e delata outras pessoas em troca de benefícios como a redução de pena e, em alguns casos, o perdão judicial sendo passível, inclusive, de questionamentos de natureza ética uma vez que, conforme já mencionamos, o próprio Estado estimula a traição.

A diferenciação estabelecida pelo autor se faz pertinente uma vez que, com relação ao colaborador da justiça além de não existir *nenhum questionamento ético*⁴⁰ quanto a sua

³⁹ Em que pese as críticas ao instituto feitas por Fauzi Hassan Choukr as quais nos filiamos, quanto as limitações concessão dos benefícios da delação em sede de execução de pena, encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados a PL 7228/2006 oriundo do denominado Pacote de Segurança Pública do Senado Federal, para alteração da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas), para que, além dos benefícios constantes no Art. 15 do referido diploma, seja inserida a previsão legal estendendo o benefício da redução de pena aos condenados presos que colaborarem com qualquer investigação policial ou processo criminal. A atividade legislativa reafirma o que Leonardo Sica denomina *movimento cíclico de retroalimentação* pois fará com que a emergência gere nova emergência, dispendiosa e infrutífera vez que, tentando “colmatar lacunas” e reduzir as controvérsias acerca das inúmeras legislações emergenciais que prevêm o uso da delação premiada, conforme consta em sua justificação, é a PL-6984/2010 que dispõe sobre os benefícios e proteção aos acusados que tenham prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Tal projeto terá como finalidade a unificação legal do instituto da delação premiada com a revogação o § 4º do art. 159 do Código Penal, o § 2º do art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 1990, o art. 6º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, o § 5º do art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, os arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e o art. 41 da Lei nº 11.343, de 26 de agosto de 2006.

⁴⁰ Não muito raro, a delação premiada é vista com maus olhos por parte daqueles que acreditam que aquele instituto seja um incentivo estatal à traição ou, como queiram, à uma conduta antiética do delator, conforme denotado abaixo pelo articulista Hélio Schwartsman, da Folha de São Paulo: “O ponto de partida da delação premiada provoca a mais vívida repulsa moral. Com efeito, a História abomina traidores. O nome de Joaquim Silvério dos Reis, por exemplo, o homem que entregou o Tiradentes à Coroa Portuguesa, é até hoje sinônimo de perfídia. Pouco importa que o Brasil tenha permanecido um fiel aliado de Lisboa durante toda a sua história, ostentando um daqueles raros casos em que a “luta” que culminou na independência não produziu uma única gota de sangue. Judas Iscariotes, então, o outro grande traidor, recebeu do maior dos poetas italianos, Dante Alighieri, a mais terrível pena imaginável. Foi relegado ao mais extremo círculo infernal e, lá, ao mais

colaboração, este, fará jus às figuras premiais de cunho penal material previstas no Código Penal. Devemos assim, delimitar o instituto da delação premiada enquanto suporte à persecução penal, que para tanto, exerce influência no Processo penal.

Diante de tal contexto (delação enquanto prêmio de natureza penal material e delação enquanto prêmio de natureza processual penal) verifica-se que Sergio Moccia (MOCCIA, 1999) alerta que a utilização de mesmo “remédio jurídico”, com finalidades diferenciadas desorienta a sociedade transformando o sistema penal, segundo Leonardo Sica (SICA, 2002), em um movimento cíclico de retroalimentação onde a emergência vai gerar mais emergência.

Diante dos aspectos até aqui apresentados, em que pese alguns estudiosos reconheçam o instituto da delação premiada enquanto mera causa de diminuição de pena, nossa pesquisa é no sentido de reconhecer o referido instituto enquanto meio de prova inominado conforme veremos no tópico seguinte.

4.2.1 – Delação premiada enquanto meio de prova

A utilização desenfreada e paranóica de institutos emergenciais, como é o caso da delação premiada é plenamente criticável uma vez que, reforça o ativismo do órgão-julgador enquanto gestor da prova. Desse modo, verifica-se que o sistema acusatório deve rechaçar todos os institutos de natureza inquisitória vez que são inconstitucionais por violar o devido processo (LOPES JÚNIOR, 2008).

Não se pode olvidar que no Brasil, o sistema processual adotado enquanto direito fundamental no Estado Democrático de Direito, é o sistema acusatório. Daí a incessante busca de adequação do Código de Processo Penal de 1941 e das leis processuais penais à nova ordem constitucional vigente (PRADO, 2006).

Em decorrência da adoção desse sistema vislumbramos a clara distinção entre quem formula a acusação (Ministério Público) e quem julga (Juiz de Direito), bem como, o importante mister atribuído às partes no tocante à iniciativa probatória submetida a contraditório.

excruciante dos castigos. Ao lado de Brutus e Cássio, que tramaram o assassinato de César, Judas era torturado pessoalmente por Satanás. Pouco importa que, por algumas hermenêuticas, o discípulo maldito do Cristo tenha apenas realizado o plano divino, arquitetado desde o início dos tempos”. (SCHWARTSMAN, 2007).

Uma das principais críticas inerentes ao sistema acusatório, e que tem cedido espaço a institutos como o da delação premiada, diz respeito a inércia e imparcialidade do juiz diante da atividade incompleta das partes (LOPES JÚNIOR, 2006) fazendo com que o agente público julgador tenha que decidir com base no material defeituoso ou insuficiente que lhe foi apresentado.

A “solução” emergencialmente encontrada, e que já se revelou na inquisição enquanto gravíssimo erro (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 59), diz respeito a hipertrofia dos poderes instrutórios do juiz deflagrando o ativismo judicial e os juizados de instrução, ou seja, o juiz assume a condição de gestor da prova.

Com a ressalva de que devemos aprender com nossos erros do passado Aury Lopes oportunamente menciona que, nesses casos, o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética do processo e não destruí-la com a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado.

Partindo de tais premissas, verificamos que no Brasil o instituto da delação premiada pode ser concedido tanto na fase administrativa do inquérito policial quanto em juízo após a propositura da ação penal. Entretanto, à míngua de previsibilidade legal que regulamente de forma precisa o instituto, caberá ao magistrado a aferição discricionária dos requisitos objetivos e subjetivos para a concessão ou até mesmo da revogação do benefício.

Assim, a aplicação do instituto da delação premiada afronta o devido processo legal e o próprio sistema acusatório uma vez que, é o agir discricionário do magistrado que tomará conhecimento prévio das informações prestadas pelo delator e que posteriormente ver-se-á agraciado com o benefício que poderá ser, inclusive, a concessão do perdão judicial.

Partindo do marco teórico da teoria neo-institucionalista do processo verifica-se que diante do Estado Democrático de Direito é plenamente equivocada a transformação do processo em simples método de persecução penal de atuação da jurisdição pretoriana (vontade do juiz) *e, portanto, em força incriada e impulsora da sequência de atos procedimentais e instrumento da jurisdição a serviço de uma paz e de um bem-estar social em critérios e ideologias de uma judicatura presunçosamente justa e salvadora* (LEAL, 2008, p. 39).

Assim, verifica-se que a legislação emergencial brasileira não estabelece o suficiente regramento de ordem processual para a delação premiada, o que cria dificuldades principalmente quanto ao procedimento a ser utilizado e quanto a valoração probatória das

declarações dos co-réus que colaboram com a Justiça, gerando insegurança jurídica quanto a aplicação do instituto.

Ademais, tal situação estabelece uma perigosa confusão de papéis quanto aos destinatários do provimento a ser construído uma vez que, o delator sai da condição de acusado passando assim, a figurar enquanto testemunha de acusação, ainda que não o seja sob o ponto de vista técnico, vez que, confesso não deixará de ser acusado no processo.

O instituto da delação premiada pode ser considerado meio inominado de prova (anômala), medida de duvidosa legitimidade (OLIVEIRA, 2008, p. 606) que, para sua concessão, dependerá do agir discricionário dos agentes públicos que reconhecerão a eficácia das informações prestadas pelo delator. Justamente por isso oportuna é a reflexão de Aury Lopes ao mencionar que é no Processo Penal que os abusos e as manifestações do poder político são mais frequentes e destacadas, até pela natureza da tensão existente (poder de penar versus direito de liberdade) (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 55).

O referido autor ressaltando que a delação nada mais é do que uma traição premiada menciona a necessária observância ao contraditório, no momento em que o imputado delator, em virtude da anuência com o instituto da delação premiada, assume a função de testemunha da acusação.

Verifica-se que as informações obtidas mediante concessão do instituto processual da delação premiada se consideradas exclusivamente para sustentar um juízo condenatório, irá ferir a estrutura principiológica do devido processo legal no que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa.

Por isso, não se pode olvidar que a delação premiada não é uma simples confissão uma vez que, poderá atingir terceiros delatados e que deverão exercer o direito de defesa. O referido instituto também não pode ser considerado um mero testemunho, pois, perante o delator não foi tomado o compromisso de dizer a verdade, mesmo porque ele é pessoa não estranha ao feito e também figura no autos enquanto acusado.

Desse modo torna-se imprescindível que o depoimento do imputado delator seja submetido ao contraditório, com a oitiva daqueles indivíduos por ele delatados, não podendo o beneficiado valer-se do direito constitucional ao silêncio o qual fazia jus na condição de acusado, a despeito de frustrar o benefício concedido.

As inúmeras celeumas que se observam na utilização do instituto da delação premiada, nos remete ao temerário risco de acolhimento de provas ilicitamente obtidas (ferindo o Art. 5º, inciso LVI de nossa Constituição), ao largo de um devido processo legal

que, não deve ter desvirtuado sua aplicação em detrimento a acordos inquisitoriais celebrados de forma hermética.⁴¹

4.3 – Delação premiada no Direito comparado

4.3.1 – A Itália dos *Pentiti*:

Ao mencionar a “eterna emergência” italiana, Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2002), forte na doutrina comparada, menciona que nenhum país como a Itália vive mais dramaticamente a imposição da legislação emergencial em sobreposição à legislação ordinária na tentativa de aplacar o crime organizado. Comprovando tal afirmação o referido autor menciona a intensificada atividade legiferante pós Segunda Guerra de caráter emergencial.

No Direito italiano, nos deparamos com os denominados *collaboratori della giustizia* (colaboradores com a justiça) os *pentiti* (arrepentidos), que surgem em um contexto de legislação excepcional nas décadas de 70 e 80 enquanto ferramenta de combate ao terrorismo, a máfia e o crime organizado.

No Código de Processo Penal de 1988, em substituição ao Código Rocco de 1930 baseado no Juizado de Instrução, adotou-se o sistema processual acusatório com a divisão das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos.

Importante ressaltar que na Itália, tanto o Juiz quanto o Promotor de Justiça pertencem a mesma carreira da magistratura, contudo, mantendo a independência das funções de julgar e acusar (NASCIMENTO, 2008).

Fauzi Hassan Choukr menciona que a delação surgiu emergencialmente em um contexto de promessas de “uma nova ordem processual”, mas, que resultou no endurecimento da legislação de combate à criminalidade que colocou em tensão e desequilíbrio o binômio eficiência e garantismo (CHOUKR, 2002).

⁴¹ Cf. Julgados do Supremo Tribunal Federal onde os acordos celebrados não se submeteram ao exercício do contraditório e da ampla defesa: HC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 18.9.2007; AP 470 QO/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 23.10.2008.

Após o sequestro e morte de Aldo Moro, expoente do partido Democrata-Cristão, retoma-se na Itália o discurso positivista de ordem pública e proteção social, que foi capaz de mitigar o princípio do juiz natural com a eleição arbitrária de determinados juízes “especializados” na persecução penal que versasse sobre terrorismo e crime organizado, a exemplo dos juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, ambos assassinados em decorrência do combate à máfia⁴², especialmente designados para ação conjunta perante a *Direzione Nazionale Antimafia – DIA* (MENDRONI, 2007, p.163).

Desse modo, bem delimitado nos problemas e inconsistências estabelecidos na adoção de um instituto da *common law* em países da *civil law*, o referido autor menciona que o Código de Processo Penal de 1988 importou o modelo anglo-saxão estadunidense inserindo no ordenamento italiano diversos institutos, ampliando o enfoque do instituto da delação passando a prever um procedimento penal especial baseado na celebração de um acordo (*patteggiamento*) entre o Ministério Público e o acusado no tocante à quantidade de pena a ser aplicada, sendo tal procedimento denominado *applicazione della pena su richiesta delle parti* (aplicação da pena a requerimento das partes), existe desde a Lei n.º 689 de 24 de novembro de 1981 (MENDRONI, 2007).

Verifica-se que a figura do arrependido provocou *importantes brechas no muro da omertà* (MONTROYA, 2007, p.29), que é o código de honra que determina a lei do silêncio acerca das atividades mafiosas, quebrada pelas informações prestadas por mafiosos como Tomasso Buscetta e Salvatore Contorno, durante as investigações em que se fizeram “arrependidos” tornando-se *persona non grata*.

Traço característico das organizações criminosas, podendo ser interpretado em nossa atualidade enquanto a lei do silêncio, a *omertà* é reconhecida enquanto “código de honra” entre a máfia e o crime organizado, ou seja, o delator que quebra a *omertà* passa a ser *persona non grata* e exemplo de Tomasso Buscetta e Salvatore Contorno na Itália. (MONTROYA, 2007, p. 28).

Em sua origem na década de 70, a legislação premial italiana por meio do Decreto-Lei de 21 de março de 1978, emergencialmente contextualizado com outras legislações de

⁴² Mário Daniel Montoya apresenta noções gerais acerca da máfia, ressaltando que, nem toda a organização criminosa se insere no conceito de máfia que pode ser considerada enquanto: “uma empresa criminosa com fins lucrativos, cujos membros são recrutados por meio da iniciação ou da captação, que recorre à corrupção, à influência e à violência para obter o silêncio e a obediência de seus membros, e daqueles que não o são, para atingir seus objetivos econômicos e garantir os meios para atuar, e que possui, na maioria das vezes, uma história e uma forte implantação sociocultural local, desenvolvendo suas atividades em escala internacional.” (MONTROYA, 2007, p.3).

combate à atividade terrorista, surtiu efeito no combate a vários grupos, a exemplo das Brigadas Vermelhas (*brigata rocce*), por intermédio de processos e condenações.

A partir da Lei nº 34 de 18 de fevereiro de 1987 encerra-se o período de legislação emergencial de combate aos dissociados dos grupos terroristas introduzindo ao ordenamento a figura premial concedida a chamada *dissoziacione silenziosa* (PAZ, 2005), que não exigia, para tanto, a colaboração.

No direito italiano, existe a previsão legal de aplicação do instituto da delação premiada enquanto instrumento de combate aos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico respectivamente, nos artigos 73. 7 e 74. 7 do Decreto do Presidente da República, nº 309 de 9 de outubro de 1990, com previsão de redução de pena 1/2 a 2/3.

Com o Decreto-Lei nº 152, de 13 de março de 1991, as medidas que foram aplicadas aos *pentiti* se estenderam ao combate à máfia e ao crime organizado em geral. Certo da necessidade de proteção às informações falsas cedidas pelos *pentiti* o legislador italiano, por intermédio da Lei nº 203 passou a prever mecanismos de proteção nesse sentido, passando a aumentar a pena daquele arrependido que mente no sentido de mera obtenção do benefício, além de mitigar a coisa julgada por poder rever a condenação do arrependido *in malam partem*, quando o benefício da delação foi aplicado em consequência de falsas afirmações.

O referido instituto abrange também o delito de Associação terrorista, com previsão nos artigos 4º. e 5º. do Decreto-Lei nº 625, de 15 de dezembro de 1979, transformada na Lei nº 15, de 6 de fevereiro de 1980 (art. 1), que prevê causa de extinção da punibilidade ao arrependido colaborador, tal como previsto na Lei nº 304, de 29 de maio de 1982 que prevê medidas para defesa do ordenamento constitucional, seguida pelo Decreto de 1º. de setembro de 1982 e a Lei nº 34 de 18 de fevereiro de 1987 que prevê medidas para quem se dissocia do terrorismo.

Verifica-se assim que o *pentitismo* se contrapõe às funções típicas das penas sendo, contudo, amplamente utilizado positivamente no combate à *criminalidade terrorista* (CHOUKR, 2002, p. 81), sendo oportuno mencionar que a expressão *pentito* teve origem na mídia resumindo-se assim na assunção de culpa com a finalidade de extinção do feito enquanto benefício, instaurando-se o consenso no processo penal em contraponto ao regente princípio da legalidade da *civil law*.

Em crítica à expressão *pentito* (arrependido) Fauzi Hassan Choukr observa que grande parte dos arrependidos não poderiam assim ser chamados uma vez que não sofreram nenhuma modificação ideológica sendo que poderiam, *então, ser melhor definidos como*

persoas que, tão logo perceberam que seus fins eram inatingíveis, mudaram de atitude, adotando uma disposição mais oportunista (CHOUKR, 2002, p. 82).

Na Itália, apesar da previsão do princípio da legalidade no Código de Processo Penal, verifica-se que a acusação conta com a possibilidade de adoção do princípio do consenso, demonstrando que a oportunidade e conveniência determinam as medidas processuais de combate ao crime organizado. Desse modo o Ministério Público, diante do caso concreto, é quem vai determinar discricionariamente a possibilidade de maior ênfase investigatória em casos de grande relevo ou ainda, a possibilidade ou não de aplicação da delação premiada (MENDRONI, 2007).

Em relação à proteção às testemunhas e aos colaboradores da justiça em delitos contra a máfia, verifica-se previsão legal através do Artigo 8º. da Lei nº 5 de 15 de janeiro de 1991 e do Artigo 8º. do Decreto-Lei nº 152 de 13 de maio de 1991, (convertido na Lei nº 203, de 17 de julho de 1991), que prevê uma diminuição de pena para as condutas de dissociação.

Em abordagem crítica, verifica-se que, sem embargo das inconsistências e imprecisões sistêmicas da legislação de emergência italiana, verifica-se que as declarações dos *pentiti* chegaram a ser consideradas “a rainha das provas” *em um período de emergência penal no combate às organizações de tipo mafioso* (PEREIRA, 2009).

4.3.2 – Os Estados Unidos da América do Plea Bargaining:

Com relação aos Estados Unidos da América, oportuno mencionar que sua Constituição promulgada em 1787 que conta com 27 emendas, atribui a cada um dos Estados a autonomia em legislar acerca da matéria processual penal desde que obedeça as *Federal rules of evidence* enquanto limitação imposta pela própria Constituição. Desse modo, verifica-se que as fontes do processo penal são a Constituição Federal, a Constituição Estadual e no sistema da *common law* as decisões dos tribunais.

Assim, verifica-se que a União Federal dos Estados Unidos da América possui sistemas processuais autônomos onde a investigação criminal é feita pela Polícia sob a orientação do Ministério Público o qual possui membros eleitos pela comunidade (NASCIMENTO, 2008).

Ao contrário do que ocorreu no Brasil, em 1968 o Congresso norte-americano, em que pese a obscuridade de um rol nada taxativo, aprovou a primeira carta a respeito do crime organizado (*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*) mencionando a abrangência do termo que inclui atividades ilícitas praticadas por organizações criminosas: *disciplinadas e ligadas ao fornecimento de bens e serviços ilegais, inclusive, mas não apenas, jogo, prostituição, agiotagem, narcóticos, trabalho ilícito, e outras atividades ilícitas* (BECHARA; MANZANO, 2009, p. 155).

Nesse sentido, verifica-se que o direito norte-americano encontra respaldo na ampla discricionariiedade da acusação (*prosecutor*) no sentido de utilização do *plea bargain* a qual é definida enquanto espécie de negociação entre acusação e defesa, ou acusação e acusado, na qual o acusado se declara culpado em troca de uma redução na imputação que lhe é dirigida, ou de uma recomendação do Ministério Público relativamente à sentença a ser proferida (ALSCHULER, 1979) sendo tal acordo passível de críticas quanto a sua constitucionalidade (DRESSLER, 1997).

Ressalvada as diferenças legislativas dos Estados-membros, verifica-se que o acusado encontrará três possibilidades perante a acusação, podendo declarar-se inocente (*not guilty plea*), ou culpado (*guilty plea*) ou ainda, afirmar não desejar impugnar a acusação sem, contudo, reconhecer-se culpado (*nolo contendere plea*) (MOREIRA, 2000, p. 97).

Cumprе observar que, enquanto titular da ação penal as atribuições da acusação encontram-se hipertrofiadas naquele sistema uma vez que, o *prosecutor* pode conduzir uma investigação criminal, realizar acordos com a defesa ou o acusado ou ainda, discricionariamente, declinar da propositura da ação (GUIDI, 2006), *sem qualquer interferência do Poder Judiciário*, sendo aqui pertinente a crítica à denominação desta hipertrofia de *discricionariiedade real*.⁴³

Corroborando com esta hipertrofia, verifica-se que as declarações de culpa (*plea guilty*) são fomentadas na legislação estadunidense por intermédio do acordo prévio celebrado entre a acusação (*prosecutor*) e a defesa⁴⁴ ou diretamente com acusado, ou seja,

⁴³ Que embora reconheça a disparidade entre as partes na construção do provimento final, acolhe escopos metajurídicos enquanto função do Direito penal mencionando que: “É função do direito penal zelar pela paz da sociedade[...]” (GUIDI, 2006, p. 105).

⁴⁴ Verifica-se A Rule 11 das *Federal Rules of Criminal Procedure* que: “(c) *Plea Agreement Procedure*. (1) *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. (c) *Plea Agreement Procedure*. (1) *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions”. A acusação e a defesa do acusado ou o acusado, quando agindo sozinho, pode participar em discussões com vistas a alcançar um acordo. A Corte não precisa participar dessas discussões. (Tradução

verifica-se que a promotoria age de forma jurídico-política (MENDRONI, 2007), com respaldo no princípio da oportunidade, considerando discricionariamente as chances e possibilidades de êxito ou ainda, com base na ideologia da política criminal, determinar o interesse da propositura da ação.

Uma vez aceita a proposta da acusação, o colaborador poderá ser inserido no programa de proteção às testemunhas (*witness profession program*) no qual *poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro ou outra profissão* (BECHARA; MANZANO, 2009, p. 163).

Reflexo latente dos anseios da sociedade do medo, verifica-se neste sistema da *common law*, que o *plea bargaining* afasta o processo de seu julgamento com a utilização de acordos previamente estabelecidos considerado enquanto *contrato celebrado com o Estado* que, em 90% dos casos criminais, segundo as estatísticas (O’HEAR, 2007), são finalizados por intermédio de um *plea bargain* (SANDEFUR, 2007).

A referida estatística não só é capaz de denotar o afastamento das partes da genuína função desempenhada pelo Estado (jurisdição) como também, serve de amparo aos ensejos emergenciais de resposta da sociedade.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a delação premiada serve de meio de prova na persecução penal tanto na fase do inquérito policial quanto em juízo, o instituto estadunidense do *plea bargaining* não exige necessariamente a imputação de um terceiro para sua aplicação, abrindo espaço para a busca da verdade transacionada entre acusação e defesa em fase pré processual (FERREIRA, 1999).

Assim o que se busca no *plea bargaining* é estabelecer um consenso, por meio de um acordo celebrado entre acusado e acusação, acerca da *verdade dos fatos e da culpabilidade do acusado* (FERREIRA, 1999, p. 61).

Nesse contexto, o instituto do *plea bargain* divide opiniões onde de um lado, vislumbra-se uma opinião pública que tende a acreditar que a “negociação” trata os acusados com pouco rigor e, do outro lado, nos deparamos com teóricos que afirmam que a “negociação” elaborada nos escritórios da promotoria pública normalmente tratam os acusados de forma arrogante e muito áspera (HOWE, 2007).

Além disso, não se pode olvidar que é a acusação quem previamente define quem é culpado ou não, sendo fator de extrema relevância o fato de que a figura do *prosecutor*, não

muito raro, na busca de sua reeleição ou ascensão política (HOWE, 2007), transforma o processo penal, em uma desidiosa análise de custo benefício, em instrumento de exclusão social, intermediadas por “propostas” de cunho extremamente coercitivo (LANGER, 2006).

4.3.3 – A Inglaterra das *supergrass*

A figura do colaborador processual passou a ser admitida na Inglaterra, em 1775 quanto, na aplicação do Direito consuetudinário do caso *The King versus Rudd*⁴⁵, os julgadores permitiram que a acusada se valesse de seu depoimento, reconhecido enquanto testemunho da coroa (*crown witness*), com a finalidade de delatar seus comparsas em troca de isenção de pena (PEREIRA; HÖHN JÚNIOR, 2009).

No caso do sistema acusatório da Inglaterra, importa mencionar que o foco de tensão política entre ingleses e a Irlanda do Norte que também assumiu caráter religioso, foi preponderante segundo Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2002) no fomento à legislação emergencial de combate ao terrorismo a exemplo do *supergrass*, método de persecução penal enquanto instituto assemelhado ao *pentito* italiano.

Ressaltado a importância da corroboração do depoimento do imputado delator com demais provas produzidas, denominado *corroboration* (PEREIRA; HÖHN JÚNIOR, 2009, p. 217), verifica-se que condenação com base exclusivamente no depoimento da testemunha da coroa não é aceita.

A legislação inglesa que versa sobre o combate ao crime organizado, denominada *Serious Organised Crime and Police Act 2005*⁴⁶, além de possuir capítulo próprio

⁴⁵ No mês de março de 1775, diante da falsificação de três títulos em nome de William Adair, levantou-se a suspeita contra Margaret Caroline Rudd, Robert Perreau e seu irmão Daniel Perreau, sendo que este vivia com Margaret. Durante seu depoimento perante o juiz de paz, Margaret Rudd confessou a falsificação de um dos títulos, contudo, imputou a Daniel Perreau a conduta que de ter a coagido a falsificar o referido documento mediante ameaça de morte, exercida com emprego de um canivete. Os magistrados, concebendo tais afirmativas enquanto uma confissão da culpa de Margaret Rudd a admitiram enquanto testemunha da coroa para que a mesma prestasse demais esclarecimentos e informações no sentido de incriminar seus comparsas em todas as condutas delitivas por eles perpetradas. Diante das informações concedidas pela testemunha da coroa, Daniel Perreau e Robert Perreau foram executados na quarta-feira do dia 17 de janeiro de 1776. LEACH, Thomas. *Cases in crown Law. Determined by the twelve judges by The Court of King's Bench*. 4 ed. Vol. I, London: 1815, p. 115-133.

⁴⁶ A referida legislação também prevê a utilização do *restricted use undertaking*, consistente na formalização de que as informações prestadas pelo colaborador não serão utilizadas contra ele enquanto meio irrestrito de

conferindo proteção a vítimas e testemunhas, prevê em seu capítulo 2.71, o instituto denominado *immunity from prosecution*, o qual possibilita ao promotor, para efeitos de investigação ou repressão a qualquer infração penal, conceder a qualquer pessoa a imunidade de acusação, mediante um aviso de imunidade, em troca de informações úteis à apuração de delitos.

Ao mencionar a colaboração com a justiça por parte dos *supergrass*, Fauzi Hassan Choukr analisa que, diante da ineficiência do aparato estatal perante fatos emergentes, surgem diversos mecanismos extravagantes que contam com o aumento da colaboração da sociedade como é o caso da legislação premial, não se olvidando que as críticas de cunho ético, moral e religioso também foram feitas no mencionado ordenamento. Dentre todas as nefastas consequências decorrentes da emergencialidade inglesa, operou-se gradativamente a mitigação da estrutura acusatória do sistema introduzindo *valores marcadamente inquisitivos sem, entretanto, formalmente destruir a instituição do jury* (CHOUKR, 2002, p. 109).

4.3.4 – A Espanha dos delincuentes arrependidos

Verifica-se na legislação espanhola a recepção de normas de natureza penal e processual penal que se relacionam com o que se chama delinquentes arrependidos (*delincuentes arrepentidos*), como sendo aqueles indivíduos que, abandonam suas atividades e confessam suas ações delitivas, revelando a identidade de seus comparsas oriundos de sociedade para fins ilícitos (GUIDI, 2006).

Adotando de modo quase idêntico a legislação de combate a criminalidade da Itália, a legislação espanhola sequer cuidou de delimitar o que venha a se considerar, para efeito de concessão premial, a figura do terrorista colaborador (CHOUKR, 2002) mantendo, contudo, a vetusta figura do juiz de instrução responsável pelo desenvolvimento da atividade do sumário (CHOUKR, 2006).

No Direito espanhol a *Ley Orgánica* n.º 19 de 1994, (Art. 1.1) regula a proteção às testemunhas, sem contudo, abranger os chamados colaboradores da justiça, permitindo que a

referida proteção seja estendida aos familiares e pessoas com vínculos afetivos com a testemunha em caso de grave perigo (Art. 1.2) (MACHADO; JOSÉ, 2009, p. 148).

Quanto ao imputado colaborador, verifica-se, a título de exemplo a possibilidade de concessão de benefícios às figuras míticas do terrorista arrependido e para o traficante de substâncias ilícitas (*estupefacientes*) que, abandonarem suas atividades delitivas, se apresentando às autoridades confessando sua conduta, colaborando de forma ativa para impedimento de novos delitos e para a prisão dos demais acusados⁴⁷.

Por sua vez, a *Ley Orgánica* n.º 07, de 30/06/2003, que trata de medidas de reforma para o cumprimento íntegro e efetivo das penas, prevê institutos de natureza premial para a legislação referente à fase de execução penal sendo que tais institutos guardam vínculo com a execução propriamente dita ao prever a classificação ou progressão de regime bem como, a obtenção da liberdade condicional.

Desse modo, verifica-se que no Direito espanhol, sem embargo aos constantes ataques de grupos terroristas (v.g. os ataques provocados pelo grupo ETA - *Euzkadi Ta Askatasuna*, Pátria Basca e Liberdade), a emergencialidade instaurada pelo pânico ao terror e pelo tráfico de substâncias ilícitas inseriu medidas promocionais de cunho premial na legislação ordinária, tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal. De forma crítica, Frederico Valdez Pereira (PEREIRA, 2009) menciona a dificuldade de concessão de benefícios aos colaboradores arrependidos, tendo em vista o excessivo rigor dos requisitos objetivos.

4.3.5 – A Alemanha das *Kronzeugenregelung*

Estritamente vinculada à tradição processual italiana, a legislação alemã também possui uma fase investigatória coordenada pelo Ministério Público (*Staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren*) enquanto destinatário e dirigente específico. Uma vez encerrado o procedimento investigatório, a acusação possui a discricionariedade vinculada acerca da propositura da ação penal, sendo que, a legislação correlata sustenta a provisoriedade deste arquivamento (CHOUKR, 2006).

⁴⁷ Cf. Art. 359.3 Art. 368 e Art. 376 do Código Penal Espanhol, disponível em: <http://www.juareztares.com/textos/codigoespanhol.pdf> Acesso em 12 de dezembro de 2010.

Desse modo, verifica-se que o princípio informador da atuação do Ministério Público é o da oportunidade regrada, uma vez que, a regra geral é a observância do princípio da legalidade, entretanto, existem casos expressos no Código de Processo Penal alemão (StPO) que autoriza ao Promotor de Justiça deixar de propor a ação penal.⁴⁸

Ressaltando que o Direito processual penal nada mais é do que o Direito constitucional aplicado, Winfried Hassemer ao se posicionar de forma crítica no tocante o enrijecimento do poder de polícia e do Direito penal, diante do ideológico medo da criminalidade organizada, afirma que as autoridades de segurança pública da Alemanha contam com forte aparato legal *enquanto poderosos instrumentos coercitivos* (HASSEMER, 2008, p. 271-272), como é o caso das testemunhas da coroa (*Kronzeugenregelung*) que, em troca da revelação da prática de um delito e de seus autores recebem o benefício da redução de pena ou até mesmo o perdão judicial.

A título de exemplo, podemos citar o Código Penal alemão StGB (*Strafgesetzbuch*), mais precisamente no § 129 n. 5, onde se tem a previsão legal das *Kronzeugenregelung* consistente na possibilidade de aplicação de uma atenuante de pena ou perdão judicial caso o imputado voluntariamente empreenda sérios esforços para impedir a continuação da associação ou a prática delitiva, ou voluntariamente divulgando o seus conhecimentos, consiga evitar em tempo hábil uma prática delituosa.

Podemos exemplificar ainda as previsões específicas para os arrependidos, especificamente na Lei de Entorpecentes, BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*) de 28 de maio de 1981 que, em seus §31 e §31 a, facultam ao órgão julgador atenuar a pena ou declarar seu perdão judicial em favor do imputado colaborador, sendo tal norma, conforme mencionado por Isabel Sánchez García de Paz (PAZ, 2005), amplamente utilizada no combate às substâncias de uso proscrito.

⁴⁸ Em casos de delitos de menor potencial ofensivo (§153 StPO); prescindir provisoriamente da acusação no caso de suficiente reparação de danos (§153a StPO); prescindir da acusação em casos em que não poderia, em tese, não aplicar a pena, ou ainda, desistir da ação (§153b StPO); deixar de processar os crimes praticados por estrangeiros (§153c StPO); deixar de processar por motivos políticos (§153d StPO) e prescindir da acusação em caso de arrependimento eficaz (§153e StPO). (MENDRONI, 2007, p. 136).

4.4 – Delação premiada e legislação emergencial correlata no Brasil:

O fenômeno emergencial, conforme mencionamos manifesta-se em intensificada atividade legislativa de resposta possibilitando, inclusive, a manutenção inquisitorial *de seus meios investigativos de exceção* (CHOUKR, 2006, p. 171). O referido autor faz importante reflexão no sentido de que a cultura emergencial tem perdido sua característica de temporariedade, se protraindo no tempo, a exemplo da lei dos crimes hediondos que conta com mais de vinte anos e, recentemente passou por modificações.

Uma vez instaurado no sistema penal brasileiro, conforme demonstraremos no presente tópico, a cultura da emergência se antagoniza com a cultura da normalidade (legislação ordinária) – deixando a pecha de ineficiente ao ordenamento jurídico comum – provocando a ruptura de um sistema penal galgado no Estado Democrático de Direito.

Este referencial legislativo emergencial, em sua grande maioria é ambíguo e confuso, abre margens à discricionariedade dos agentes públicos (delegado de polícia, promotor de justiça, magistrado) deixando ao encargo da consciência destes a possibilidade de aplicação dos “instrumentos de persecução penal” com o “escopo” de alcançar à mítica pacificação social.

Exemplificando, a legislação penal de emergência, ao revés de vincular a atividade do Ministério Público ao princípio da obrigatoriedade, que prevalece enquanto princípio informador da atuação do *Parquet* em países da *civil law* acata o princípio da oportunidade (ideologicamente dito regrado ou mitigado) onde, conforme mencionado por Marcelo Batlouni Mendroni (MENDRONI, 2007, p.136) poderá o Promotor diante do caso concreto discricionariamente desistir de processar determinado imputado concedendo-lhe um prêmio.

A título de ilustração do panorama emergencial no Brasil, passamos agora a enumerar a legislação penal especial de nosso ordenamento jurídico que, resguardadas as suas peculiaridades, possibilitam a aplicação do instituto da delação premiada⁴⁹, sendo que o referencial legislativo confirma que *a produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo* (CHOUKR, 2007). Resumindo, no Brasil a atividade emergencial de resposta se mantém hígida na manutenção

⁴⁹ Por ser objeto do presente trabalho, nos atemos apenas ao instituto da delação premiada, não se podendo olvidar diversos institutos emergenciais a exemplo, dentre outros, da utilização de agentes infiltrados, a intervenção da polícia federal e a prisão temporária.

de discursos prioritariamente estratégicos e autoritários transformando o ordenamento jurídico em causa de justificação.

De início, com relação às leis que trazem a previsão do instituto, podemos ressaltar que todas elas possuem enquanto “prêmio” concedido ao imputado colaborador, a redução de pena na proporção de um a dois terços ou até mesmo o perdão judicial conforme passamos a analisar.

4.4.1 - Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90):

A repressão aos denominados crimes hediondos teve início com a Constituição Federal de 1988, a qual determinou a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia prática para a prática dos delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, além dos delitos de terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Após a promulgação da Constituição, o Congresso Nacional deu início a inúmeros projetos de lei, objetivando regulamentar a matéria, uma vez que o Art. 5º inciso XLIII da Constituição deu ensejo a uma lei complementar. Nessa tônica verifica-se que o constituinte tinha, por certo, uma preocupação com os crimes hediondos (repugnantes) exigindo maior rigor do legislador ordinário (NUCCI, 2007).

Expressão relevante da legislação de emergência no Brasil, a denominada Leis dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) que, originariamente vedava a concessão de anistia, graça e indulto, bem como, determinava o cumprimento de pena em regime integralmente fechado, também possibilitou, em seu Art. 8º⁵⁰, a concessão do benefício da delação premiada àqueles que foram imputados da prática de delitos do rol taxativo, e sempre alargado, da lei, além dos delitos de Formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), prática da tortura (Lei 9.455/97), tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06) ou terrorismo (Lei 7.170/83).

A lei dos crimes hediondos, a título de recrudescimento da emergencial da lei penal, fez inserir a delação premiada no Código Penal, especificamente no delito de Extorsão

⁵⁰ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. BRASIL. Lei 8.072/90.

mediante sequestro (Art. 159 § 4º⁵¹), contudo, a nosso ver, se equivocou o legislador reformista quanto a restrição de aplicação do instituto apenas ao “co-autor” preterindo a figura do partícipe.

Dado o anacronismo da referida legislação com princípios basilares como, por exemplo, o princípio da individualização da pena, a Lei 8.072/90 sofreu alteração pela Lei 11.464/07 influenciada por histórico acórdão do Supremo Tribunal Federal que modificou o entendimento da Corte Constitucional no que diz respeito a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena e a possibilidade de concessão de liberdade provisória. A decisão do STF (HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado em 23.02.2006) reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos.

Em verdadeiro conflito estabelecido entre o poder constituinte derivado e o poder constituinte originário conforme mencionado por Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, 2002), o referido diploma e suas inúmeras restrições e mitigações previstas emergencialmente é solo fértil para a instauração de institutos de fortes traços inquisitórios, como é o caso da delação premiada, que se faz resistente, a despeito da ausência de estatísticas que apontem o êxito do instituto (CHOUKR, 2002).

Assim, basta mencionar que o delito é hediondo. E se necessário, basta inserir o delito no rol dos delitos hediondos por intermédio do mítico clamor midiático. *Lei e Ordem* se faz presente em nosso ordenamento.

Desse modo, a função preventiva é transfigurada no caso da obtenção de informações cedidas pelo delator possibilitando o emprego imediato e certo da prisão preventiva, que desencadeará um pedido de revogação ideologicamente negado em nome da manutenção da “ordem pública” deixando à evidência as vísceras do simbolismo penal a partir do momento em que o meio de obtenção de provas (oriunda da delação premiada) *interessa menos do que a satisfação momentânea da prisão* (CHOUKR, 2002, p. 150).

⁵¹ Art. 159 § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. BRASIL. Código Penal Brasileiro Decreto-Lei 2.848/40.

4.4.2 - Lei dos crimes contra a Ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei 8.137/90)

A Lei 8.137/90, com as alterações trazidas pela Lei 9.080/95, comina delitos contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, trazendo no parágrafo único do seu Art. 16⁵² a previsão de aplicação do instituto da delação premiada.

Em que pese a (dis)função do direito penal consagrada pela referida legislação transformando-o em instituição coercitiva cobradora de tributos, fato que, por si só representa artífice da busca efficientista e utilitarista da pena (MACHADO, 2009), verifica-se que nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que confessar espontaneamente revelando às autoridades todo o *modus operandi* de seus comparsas terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Conforme mencionado por alguns autores (GUIDI, 2009; CARVALHO, 2009), a Lei 10.149/00, que alterou e acrescentou dispositivos à Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, transformando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia e, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê enquanto modalidade de instituto premial, o denominado “acordo de leniência”. Ao modificar a Lei 8.884/94 o referido diploma alterou o Art. 45B⁵³ possibilitando o referido acordo desde que o imputado delator informe a identificação dos demais co-autores da infração, ou obtenha maiores informações, podendo inclusive, utilizar de documentos que comprovem a infração sob investigação.

⁵² Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) BRASIL. Lei 8.137/90.

⁵³ Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração[...] BRASIL, Lei 9.080/95.

4.4.1 - Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86):

O fenômeno emergencial que se instaurou a partir de 1974, decorrente de uma sucessão de liquidação de empresas e tratativas comerciais mal explicadas envolvendo instituições financeiras “escandalizou o país”.

Direcionando seu *target* ao locupletamento ilícito dos administradores destas empresas, uma vez que eles não eram responsabilizados penalmente (CASTILHO, 1998), a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional serviu de mecanismo de resposta com a quebra da fragmentariedade em “superação” a Lei 6.024/74.

Assim, emergencialmente definindo as condutas delituosas perpetradas contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/86, também com a redação alterada pela Lei 9.080/95, prevê a aplicação do instituto da delação premiada em seu Art. 25, § 2º⁵⁴, prevendo a redução de pena de um a dois terços.

4.4.3 – Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95):

Sem a cominação específica de tipos penais, nem tão pouco, o balizamento legal do que venha a ser considerado crime organizado, a Lei 9.034/95 modificada pela Lei 10.217/01, regula a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por tais “organizações criminosas”, prevendo a aplicação do instituto da delação premiada.

Tal legislação, além de ter tentado resgatar às escâncaras a figura do juiz inquisidor⁵⁵, dispôs sobre a utilização de diversos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas sendo assim, oportuna a crítica

⁵⁴ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) BRASIL. Lei 7.492/86.

⁵⁵ Lembrando que o furor de nosso também legislador inquisidor foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF (ADIn n.1.570/DF) uma vez que, a Lei 9.034/95, buscando inspiração em Mussolini, especificamente no Art. 3º, conferiu ao juiz a prerrogativa de colher suas próprias provas que servirão de elementos de convicção em latente e flagrante inconstitucionalidade já declarada.

de Zaffaroni no referencial de crime organizado enquanto *categoria frustrada* (ZAFFARONI, 1996).

A tal crítica, deve-se ao fato de que o “crime organizado” serve de denominação de diversos e incertos delitos tão divulgado através da mídia, das obras de ficção e sustentado por todos os membros estatais do sistema penal (polícia, Ministério Público, juízes), cada qual com *objetivos próprios* (ZAFFARONI, 1996, p. 45).

Remanescendo em seu teor inquisitório, ao mencionar a possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada, no Art. 6º⁵⁶ do referido diploma, sem tecer maiores detalhes ou sistematizações no ato de sua aplicação, nos deparamos com a perigosa margem discricionária conferida ao órgão julgador uma vez que, é o juiz quem decidirá se a informação prestada pelo delator foi, ou não foi eficaz.

Desse modo a Lei 9.034/95 foi capaz de subverter o modelo acusatório estabelecendo nefasta confusão entre quem investiga, que acusa e quem julga ao atribuir poderes investigatórios ao órgão julgador dificultando a busca pela verdade material (CHOUKR, 2002, p. 164).

4.4.3 – Lei de Lavagem de bens e capitais (Lei 9.613/98):

Lei 9.613/98 também dispendo sobre o Sistema Financeiro, a lei brasileira de fiscalização de movimento de ativos financeiros, coloquialmente utilizando o termo “lavagem e ocultação de bens”. O termo “lavagem” foi originariamente importado dos Estados Unidos da América da década de 20, quando a máfia abriu diversas lavanderias para servir de fachada aos negócios ilícitos *money laundering* (NUCCI, 2007, p. 714).

Nesta legislação temos a previsão do instituto da delação premiada no parágrafo quinto do Art. 1º⁵⁷ com a possibilidade de redução de pena de um a dois terços com a possibilidade de modificação do regime do cumprimento de pena.

⁵⁶ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. BRASIL. Lei 9.034/95.

⁵⁷ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades,

Tal legislação se apresentou enquanto necessária adequação legislativa à Convenção de Viena de 1988 que determinou a seus signatários obrigatoriedade de criminalizar a “lavagem de dinheiro” derivada do tráfico de entorpecentes, bem como, determinar a criação de normas facilitadoras da cooperação judicial possibilitando a extradição e o confisco de bens oriundos do tráfico.

Assim, a pertinente crítica decorrente da discricionariedade consagrada por parte da legislação emergencial, inspirada na “guerra declarada” ao crime organizado pelos Estados Unidos da América, também se aplica ao referido diploma uma vez que, o órgão julgador *poderá* deixar de aplicar a pena ou ainda, substituí-la por pena restritiva de direitos.

4.4.4 – Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99):

A Lei 9.807/99 estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispondo sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação e ao processo.

Exemplo da invasão emergencial no âmbito da cultura da normalidade (legislação ordinária) (CHOUKR, 2002), o referido diploma não possui a limitação material proposta pelo rol taxativo dos delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos, sendo que o instituto da delação premiada, deixando de ser mecanismo de exceção, possibilita a aplicação do instituto a qualquer delito.

Questionável aspecto no tocante à utilização do instituto da delação premiada são as questões referentes às garantias e a proteção do acusado colaborador e de seus familiares. Uma vez descoberta a figura do delator este, pela quebra da *omertà*, passa a ser visto pelos criminosos enquanto traidor, não podendo deixar de mencionar que a omissão estatal nesta proteção trará consequências nefastas.

prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. BRASIL. Lei 9.613/98.

Além disso, tal legislação foi mais além de todas aquelas que mencionam o instituto da delação premiada no Brasil ao prever a possibilidade de concessão do perdão judicial ao acusado colaborador.

A aplicação do perdão judicial, além de representar inovação estranha ao sistema premial, desencadeou diversas dúvidas quanto a sua aplicação uma vez que, sua concessão só se materializará em sede de aplicação de sentença. Desse modo, aquele investigado delator, deverá aguardar uma sentença, de natureza jurídica também questionável (CHOUKR, 2002) a qual reconheça a existência do delito, contudo, determina a extinção de punibilidade.

Nesse sentido, a referida norma faz previsão da concessão do benefício da delação premiada em seu Capítulo II, de estigmatizante título denominado “Da proteção aos réus colaboradores”, em duas hipóteses, no Art. 13 e no Art. 14⁵⁸.

Enquanto requisitos para a concessão do instituto premial, deve o indiciado ou acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal 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 (quando possível).

4.4.5 – Lei de Drogas (Lei 11.343/06):

A doutrinariamente mencionada Lei de Tóxicos (Lei 10.409/02), editada em “resposta” à Lei 6.368/76, é exemplo de sucessivas modificações emergenciais legislativas em face do *inimigo*. Assim, a Lei 10.409/02, “antenada” nas tendências emergenciais,

⁵⁸ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal 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, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”. BRASIL. Lei 9.0613/98.

passou a mencionar a possibilidade de aplicação do instituto da delação nos parágrafos segundo e terceiro de seu Art. 32⁵⁹.

Uma vez revogada a anacrônica e emergencial Lei 10.409/02, na doutrinarmente e “politicamente correta” denominada Lei de drogas (Lei 11.343/06) o legislador manteve o instituto da delação no Art. 41⁶⁰ sendo também alvo de pertinentes críticas.

A guisa de exemplo mencionamos a crítica de Luiz Flávio Gomes (GOMES et al., 2007) no questionável privilégio concedido pelo legislador brasileiro ao colaborador da justiça ao invocar razões de política-criminal utilitaristas (razões utilitárias) que, nos últimos tempos, estão preponderando sobre princípios éticos ou dogmáticos.

4.5 – A delação premiada na Inconfidência mineira:

Se posicionando de forma crítica diante da implantação e aplicação do instituto da delação premiada no Brasil, enquanto mecanismo excepcional de técnica de governo Natália Oliveira de Carvalho (CARVALHO, 2009, p. 74) menciona que o resgate e aplicação de institutos desta natureza acarreta o resgate ao Absolutismo em afronta aos cânones da Democracia.

A pertinente reflexão inevitavelmente nos remeteu aos acontecimentos decorrentes do combate travado pela coroa portuguesa em face da denominada Inconfidência Mineira, movimento revolucionário que teve início em 1778, que tinha como objetivo a independência do Brasil.

Desse modo, a aplicação do instituto da delação premiada, concedido a Joaquim Silvério dos Reis, resultou na condenação do Alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, ao enforcamento e esquartejamento.

⁵⁹ A já revogada Lei 10.409/02 mencionava respectivamente nos parágrafos segundo e terceiro do vetado Art. 32 que: “§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça. § 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão”. BRASIL. Lei 10.409/02.

⁶⁰ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. BRASIL. Lei 11.343/06.

Conforme analisamos anteriormente, a delação premiada no Brasil se fez presente com a vigência do Livro V das Ordenações Filipinas que em matéria penal, vigorou de 1603 até o advento do Código Criminal de 1830 sendo que, assim como na atualidade, tal instituto se colocou a serviço de desvirtuamento do Direito Penal e do Processo Penal uma vez que, Joaquim Silvério dos Reis, em troca de benefícios concedidos pela coroa, delatou todos os inconfidentes, culminando no fim do conflito e na execução de Tiradentes, em 21 de abril de 1792.

Verifica-se assim, que a “importação” emergencial de institutos de natureza penal e processual penal que permeia nossa tradição advém de nossas raízes enquanto colônia de exploração submetida aos desmandos da Coroa, onde os súditos aplaudem os institutos de natureza emergencial, não causando espécie, conforme mencionado por Nilo Batista⁶¹, que algum vereador do município mineiro de Tiradentes, em pleno século XXI, encontre estímulos legais para um projeto de lei capaz de alterar o nome da cidade para Joaquim Silvério dos Reis em verdadeiro desvirtuamento ético.

Em relação à Inconfidência Mineira, as falsas promessas atribuídas ao uso da delação restaram comprovadas conforme mencionado por Eduardo Almeida Reis⁶², uma vez que, aos delatores daquele período, o instituto, longe de representar o arrependimento e a mudança de postura dos agentes serviu de cômoda e acovardada obtenção de vantagem (REIS, 1979).

Constatou-se assim que, reforçando a confiabilidade cega do uso da delação enquanto facilitador investigatório, a manifestação de Joaquim Silvério dos Reis teve como consequência a instauração de duas *devassas* que, segundo Pierangelli, *eram inquirições para informações dos delitos que se classificavam em devassas gerais e devassas especiais* (PIERANGELLI, 1983, p. 65).

Desse modo, as devassas foram instauradas, uma no Estado de Minas Gerais e outra no Rio de Janeiro. Como ambas destinavam-se à apuração dos mesmos fatos criou-se grande desordem e prejuízo para as investigações. Conflito de competência encerrado somente com a intervenção da Rainha, dona Maria I, a qual determinou fosse feita a devassa somente por

⁶¹ Em prefácio ao livro de Natália Oliveira de Carvalho. CARVALHO, Natália de Oliveira. *A Delação Premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. XVI.

⁶² Menciona o referido autor que: “[...] um dos conjurados, que andava enforcado, teve a brilhante idéia de se livrar dos apuros financeiros enforcando seus colegas. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve da Fazenda Real o perdão de uma dívida de 172:763\$919, oriunda de um contrato de entradas mal-sucedido. Quase ao mesmo tempo da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luís Antônio Furtado de Mendonça: O portuga Basílio de Brito Malheiro do Lago e o açoriano Inácio Correia Pamplona.” (REIS, 1979, p. 52).

relação do Rio de Janeiro. Desse modo, D. Maria I expediu duas Cartas Régias no intuito de lhe preservar a soberania e, segundo suas próprias palavras, *o alto supremo poder que Deus tem me confiado* (TOSTO; LOPES, 2007, p. 59-63).

O martírio dos procedimentos penais da busca de confissão mediante tortura enquanto meio probatório naquele período se fez latente uma vez que, em virtude de tais acusações, Tiradentes foi submetido a 11 (onze) interrogatórios e, em todos esses interrogatórios não delatou ou sequer mencionou alguma prova de organização da conjuração mineira (TOSTO; LOPES, 2007).

Já no quarto interrogatório a que fora submetido na Fortaleza da Ilha das Cobras em 18 de janeiro de 1790 Tiradentes, por meio de confissão, assumiu a responsabilidade pelo movimento.

Após a sua “confissão” Tiradentes fora condenado sendo que, no Acórdão⁶³ que decidiu por sua condenação restou claro o caráter cruel e intimidativo das penas previstas nas Ordenações.

Desse modo, coadunamos com René Ariel Dotti ao afirmar que desde o tempo da descoberta, nosso país vivencia os “regimes fantásticos de terror punitivo” (DOTTI, 2003, p. 28) que transformou a pena e o suplício em agente político onde o próprio Estado corrobora com o fomento à traição com a finalidade de obtenção célere de provas, transformando a condenação em verdadeiros espetáculos deste terror punitivo.

⁶³ “Portanto condenam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que, com barão e pregão, seja levado pelas ruas públicas desta cidade ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica onde, no lugar mais público será pregada em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas, e os mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma, declaram o réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memória a infâmia abominável réu[...]”TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo de Tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, 2007, p. 64.

5 – CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho desenvolver um estudo sistematizado, quanto às influências da cultura emergencial e seu reflexo no processo penal enquanto deflagrador do instituto da delação premiada, ressaltando a importância do Processo Constitucional na consolidação do Estado Democrático de Direito, que leve à reflexão e ao questionamento sobre as modificações emergenciais, dentro de uma visão globalizada e histórica, sobretudo, em um período em que o Brasil passa por inúmeras modificações em sua legislação de âmbito processual como panacéia ao desrespeito à coisa pública e a democracia. Nessa perspectiva chegamos às seguintes conclusões:

1) A perspectiva do *devido processo legal*, estabelecida como referencial principiológico e diretivo, garantidor dos direitos fundamentais, deve ultrapassar a concepção histórica da Magna Carta inglesa.

2) Considerando o princípio do devido processo legal, processualizado pelos direitos fundamentais, oportuna é a crítica estabelecida pela teoria neo-institucionalista do processo ao afirmar que o devido processo legal não poderá ser cambiável ao alvitre do intérprete, nem tão pouco, servir de instrumento de pacificação social enquanto escopo metajurídico do processo.

3) Após a Segunda Guerra Mundial, diante dos estreitos laços que se estabeleceram entre Constituição e Processo e a declaração dos princípios constitucionais, acompanha-se significativa ruptura do princípio do devido processo legal, no controle do exercício do poder, pela imposição de limites com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais.

4) Por não se adequar às conquistas oriundas do direito fundamental ao devido processo legal, verifica-se que a escola do processo como relação jurídica mostra-se insuficiente e inadequada ao modelo democrático de processo, por não garantir a adequada isonomia das partes e a possibilidade de participação dos interessados na construção do provimento final.

5) O desdobramento do devido processo legal substantivo, em diversas garantias processuais, se apresenta na qualidade de legitimador do exercício da jurisdição, por adquirir a função de limitar a atuação do Estado, traduzindo-se na defesa a qualquer ato atentatório aos direitos fundamentais, tal como denomina a doutrina, em obediência ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*).

6) Verifica-se pertinente ao presente trabalho, mencionar que os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais são atos estatais imperativos, que refletem a manifestação do poder político do Estado, que, em hipótese alguma poderá ser arbitrário mas, delimitado, exercido e controlado sob a rigorosa disciplina constitucional principiológica do devido processo constitucional.

7) Verificou-se que, o Processo Constitucional, é uma estrutura normativa de garantia de direitos fundamentais e, não pode se restringir tão somente ao processo jurisdicional alcançando também o processo legislativo, o processo administrativo e ainda as relações entre particulares evitando a influência de medidas de exceção capazes de instaurar o Direito Penal do Inimigo.

8) Discordamos de parte da doutrina que se posiciona no sentido limitador do processo constitucional ao afirmar que a jurisdição constitucional é matéria que pertence especificamente ao direito constitucional, ao direito processual civil e ao direito processual penal, ou ainda, que, mesmo reconhecendo uma unidade processual, atribui a infeliz e confusa dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional processual como se possível fosse – no Estado Democrático de Direito – posicionar o direito processual dentro ou a partir da Constituição ou por meio de legislação infraconstitucional como se fossem ramos distintos do direito processual.

9) Corroborando com esta estrutura garantista da Constituição brasileira de 1988, importante mencionar que, na condição de garantia efetiva dos direitos fundamentais o controle de constitucionalidade assume relevante papel, juntamente com as diversas ações constitucionais instituídas com o fito de assegurar a tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais.

10) Nesse contexto, o processo constitucional, assume importante missão na (re)construção do Estado Democrático de Direito, uma vez que sua estrutura principiológica garante a legitimação popular enquanto titulares e fonte do poder que devem se sobrepor a qualquer visão utilitarista do Direito e do Processo Penal.

11) Assim, coadunamos com os ensinamentos de Winfried Hassemer que ressalta que o Direito processual penal nada mais é do que o Direito constitucional aplicado, podendo assim, nos posicionar de forma crítica no tocante o enrijecimento do poder de polícia e do Direito penal, diante do ideológicos medos que são capazes de atribuir às autoridades de segurança pública o forte aparato legal enquanto poderosos instrumentos coercitivos.

12) O Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição, ao prever a estrutura principiológica de proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos encontra-se em rota de colisão com a vertente de uma estrutura galgada em fenômenos emergencialistas atuando em resgate ao punitivismo e a correção das mazelas sociais por intermédio de um Processo penal provocado na busca de resposta e resgate à paz social por meio de uma legislação de exceção e das modificações das regras do jogo.

13) O antagonismo estabelecido entre o devido processo legal constitucionalmente adequado e a cultura emergencial surge com a disseminação do pânico e da idéia de crise enquanto possibilidade de se provocar a derrogação da estrutura principiológica constitucional em face de uma suposta e falaciosa necessidade de resposta ao fenômeno emergente, tendo como consequência a demonstrar a fraqueza da estrutura ordinária da normalidade perante a crise capaz, assim, de sustentar a legitimação da adoção de medidas excepcionais.

14) Ocorre que a cultura emergencial perde seu caráter temporário sendo incorporada à cultura da normalidade por meio do enrijecimento da legislação penal e processual penal, que possuem como ponto de contato, o desprezo pelas garantias constitucionais.

15) Tomando como referencial o instituto da delação premiada, podemos constatar que atualmente o sistema repressivo encontra-se permeado pela cultura emergencialista em face de uma *propaganda guerra civil instaurada* sendo inevitável a comparação feita com relação à suspensão de dispositivos constitucionais, referentes a direitos fundamentais, previstos na Constituição de Weimar – por período superior a dez anos – capazes de ratificar os horrores provocados por Hitler e seu Tribunal Constitucional.

16) Constatou-se falaciosa a concepção de resgate da “normalidade” instaurado à partir da cultura emergencial, bem como, a resposta estatal dada no sentido de corrigir os agentes dos delitos capaz tão somente de induzir ao simbolismo penal, por adquirir um perfil adversarial considerando o acusado enquanto inimigo do Estado.

17) Constatou-se enquanto perigosa consequência, que o emergencialismo no Processo penal é capaz de institucionalizar a tortura, reforçar a inquisitorialidade e a intolerância estabelecida perante o inimigo do Estado, ideologicamente eleito normalmente sob a influência dos veículos de comunicação de massa.

18) Verificou-se na cultura da emergencialidade a forte tendência em resgatar institutos de forte teor inquisitorial por meio dos “métodos” introduzidos ao sistema penal

como o uso da tortura enquanto meio de obtenção da confissão, o elogio à delação, a execução do agente do delito enquanto espetáculo, não muito raro, mantendo para este desiderato o órgão julgador enquanto gestor da prova.

19) Desse modo, verificou-se que o emergencialismo, estabelecido enquanto cultura, de modo preocupante, tende a provocar a mistura de papéis dentro e fora do processo penal – a exemplo do juiz como gestor dos meios de prova (investigando e julgando), e da influência ideológica do clamor social – provocando a antecipação da pena em acerto com os veículos de comunicação de massa, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extra-institucionais.

20) O fenômeno quase patológico do emergencialismo que vislumbramos no Processo penal na atualidade, por via oblíqua, se presta ao papel de conferir respaldo aos denominados escopos metajurídicos, tão propalados pela escola instrumentalista do processo, por meio de intervenções e estratégias políticas mitigadoras de garantias fundamentais capazes de alcançar a paz social no *combate ao inimigo*.

21) O desvirtuamento da cultura emergencial no Brasil resulta na importação e na adaptação impensada de institutos alienígenas conflitantes tanto com o devido processo legal, quanto com o sistema romano-germânico da *civil law* como é o exemplo do instituto da delação premiada no Brasil, resgatado em nosso ordenamento quatrocentos anos após as Ordenações Filipinas.

22) Verificou-se nesse contexto, a busca pelo eficientismo penal onde o Processo penal torna-se expressão máxima enquanto resultado de uma política criminal de cunho inquisitório e repressivo capaz de respaldar a máxima racionalista de que *os fins justificam os meios*.

23) Desse modo, enquanto consequência da adoção do regime emergencial, verificou-se a desordem estabelecida entre a coexistência nada pacífica e em composição desordenada, de diversos subsistemas – emergencialmente coexistentes ao processo ordinário – capazes, inclusive de estabelecer conflitos e inconsistências quanto ao ordenamento jurídico abrindo margem à discricionariedade a exemplo das celeumas estabelecidas perante o que se denomina Crime Organizado no Brasil, bem como, as questões relacionadas ao delitos tidos como Hediondos e suas consequências.

24) A situação de inquietude e pânico midiaticamente instaurados no âmbito da sociedade, abre margem à adoção das medidas emergenciais na busca da mítica *verdade real*

em resgate a ideológica concepção de que a segurança social deve se sobrepôr à liberdade individual dos eleitos.

25) Ao analisarmos os resultados práticos da Operação Rio pudemos constatar que o emergencialismo, instaurado na sociedade do medo, pode ir além das reformas pontuais ou da atividade legiferante hipertrofiada, por meio de um agir ideológico tático – bélico – capaz de fazer com que o próprio devido processo penal ordinário labore em empreitadas de natureza inconstitucional.

26) As inúmeras exceções emergencialmente implementadas no Processo penal sob a influência midiática, passa a reconhecer os agentes de delitos enquanto *inimigos* da sociedade fato que se apresentou em desconformidade sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

27) O Direito penal do inimigo (*Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*) criação de Günter Jakobs, se mostrou antagônico ao modelo constitucional de processo uma vez que releva e despreza os princípios fundamentais da dignidade humana, declarando verdadeiro “estado de guerra” ao eleito *inimigo*, considerando-o em relação de antagonismo com o Estado, relegando ao Processo penal o exercício da função punitiva, enquanto ferramenta adequada do combate ao inimigo eleito em nefasto resgate ao direito penal de autor.

28) Nesse sentido, verificou-se que o processo penal assume o papel utilitarista de operacionalizar o Direito penal do inimigo servindo de instrumento na aplicação de penas eminentemente exemplares e sem proporcionalidade ao fato cometido com a punição, inclusive, com a punição aos atos preparatórios do crime.

29) Verificamos que a teoria de Jakobs destoa da estrutura principiológica do Estado Democrático de Direito uma vez que em consequência da “objetificação” da não pessoa (inimigo) nos deparamos com a proliferação do autoritarismo de um Processo penal hipertrofiado na discricionariedade de agentes públicos.

30) Desse modo, verificamos que o vislumbamento socialmente provocado com concessão prêmios àquele *inimigo* que, mesmo sendo coisa, se mostra fiel ao Direito por meio do instituto importado, e aqui denominado delação premiada, demonstrou-se plenamente antagônico ao Estado Democrático de Direito.

31) Verificado enquanto perigoso meio de prova, o instituto da delação premiada confere fortes precedentes de afastamento do devido processo legal, guardando traços característicos da matriz inquisitorial onde, o acordo celebrado não demanda maior zelo com a investigação e com a construção paritária e isonômica do provimento judicial.

32) A importação e utilização impensada do referido instituto é permeada de confusão quanto ao papel desempenhado pelos agentes públicos a exemplo do órgão público julgador, que diante da discrepante inconstitucionalidade declarada na Lei do Crime Organizado, poderia manter-se na condição de inquisidor e gestor da prova, podendo ainda hoje, determinar discricionariamente a relevância das informações prestadas pelo imputado delator.

33) Ademais, na presente dissertação nos deparamos com a ausência de estudos sérios, capazes de comprovar a eficácia da delação premiada a autorizar sua implementação desenfreada e possibilidade de utilização em todos os tipos de delito.

34) Verificou-se no presente trabalho o que já advertiu Lênio Luiz Streck quanto a ausência no Brasil da construção de um sentimento constitucional-concretizante enquanto salvaguarda contra o ativismo judicial ou contra qualquer ato emergencial atentatório aos direitos fundamentais materializado em reformas pontuais, discursos ideológicos ou ainda, na adoção de institutos de forte teor inquisitorial.

35) Constatou-se desse modo, a necessidade efetiva e não falaciosa de uma reforma séria e completa do Processo Penal como um todo harmônico, obediente e interpretado de acordo com o modelo constitucional de processo de processo constitucionalizado, que deve servir de escudo protetivo capaz de respaldar o modelo acusatório de processo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *In: Columbia Law Review*, v. 79, n. 1, January, 1979.

AMERICAS WATCH. Human Rights Watch/Americas. Operação Rio. *In: A violência multifacetada: estudos sobre violência e segurança pública*. César Barros Leal e Heitor Piedade Júnior Org. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transacional. *Revista de Processo*. v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo Saraiva 2006.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ASSIS, Machado de. *Machado para a juventude: contos A*. Rio de Janeiro: Lia: INL, 19-. 217p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. *Revista Forense* v. 337, p. 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 93-194.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf Acesso em 11 de julho de 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.331-345.

BARROS, Flaviane Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e n. 11719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro - I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BECHARA, Ramazzini Fábio; MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. Crime Organizado e Terrorismo nos Estados Unidos da América. In: *Crime Organizado: aspectos processuais*. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Org. São Paulo: RT 2009.

BENTHAM, Jeremias. *As recompensas em matéria penal*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio, Biblioteca Clássica, São Paulo: Rideel, 2007.

BINDER, Alberto M.. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do direito político. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. v.8, p. 107-122. Belo Horizonte, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc Acesso em 05 de julho de 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 7, ns 13 e 14, p. 150-163. Belo Horizonte, 1º e 2º sem/2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A reforma do judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Ano XXXV, nº 80, p. 147-161. Belo Horizonte, jan. a jun. /2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.8, nº 16, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem/2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GUALLUPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, p. 653-663.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e DINIZ NEPOMUCENO, Luciana (Coords.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217-252.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias e DINIZ NEPOMUCENO, Luciana (Coords.) *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 407-496.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CABRAL NETTO, Joaquim. *Instituições de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 5 – parte I, Padova, 1950.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLLETTI, Mauro. *Juizes legisladores? [Giudici Legislatori?]* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Brasília), BELO HORIZONTE/MG, v. 1, p. 78, 1999.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. e WUNDERLICH, Alexandre. O suplício de Tântalo e a Lei 11.792/03 In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Ano 11 – Nº 134 – Janeiro de 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 3, ns. 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem/2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). *Constituição e processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.367-399.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Organização Criminosa. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, COSTA, José de Faria; SILVA, Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 193-198.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Comentários às técnicas investigativas da legislação emergencial - A colaboração à brasileira com a Justiça: A Lei 9.807*. 2007. Site Nova Criminologia. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=1261>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 3-55.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O devido processo legal (penal) e o poder judiciário. In: *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Org. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 75-84, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221-231.

COUTURE, Eduardo J.. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires, Depalma, 1979, v. I.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e segurança: entre pombos e falcões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2003.

DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Procedure*. 2 ed. Nova Iorque: Mathew Bender & Co., INC, 1997.

ECO, Umberto. *Como de faz uma tese?* Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1997.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares*. AMORIM, Maria Estela; LIMA, Roberto Kant; BURGOS, Marcelo Baumann Org. Niterói: Intertexto, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

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

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica e jurisdição constitucional. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: Monografias e teses jurídicas*. 2.ed. atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GARLAND, David. *A cultura do controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10282>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Ano VI, n. 34, Porto Alegre: Síntese, Outubro/Novembro, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. et al. Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternof. São Paulo: Martins fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins fontes, 2002.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, COSTA, José de Faria; SILVA, Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 627-657.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 76-86; out./dez. 1995.

GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros 2001.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. Lemos & Cruz Publicações Jurídicas São Paulo 2006.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e Tradução André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura política*. Tradução: Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, formas e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOWE, Scott W. The Value of Plea Bargaining. In: *Oklahoma Law Review*. Vol. 55, n. 4., p. 599. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926201 Acesso em 15 de novembro de 2010.

JESUS, Damásio de. Delação Premiada. In: *Revista Justilex*. Brasília, ano IV, n. 50, p. 26-27, fevereiro de 2006.

LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: The practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. In: *American Journal of Criminal Law*, Vol. 33, p. 225, 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931669 Acesso em 10 de dezembro de 2010.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

LEACH, Thomas. *Cases in crown Law. Determined by the twelve judges by The Court of King's Bench*. 4 ed. Vol. I, London: 1815.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil. In: *Revista da Pós Graduação da PUC Minas*, Belo Horizonte/MG, v. 1, 1998, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a Partir do Estado Democrático de Direito. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. I. p. 13-25.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Relativização inconstitucional da coisa julgada: Temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. In: GUALLUPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, p. 665-676.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LIMA, Roberto Kant de. *Da inquirição ao júri, do Trial by jury a plea bargaining: modelos para produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/EUA)*. Tese Prof. Titular de Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1995.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual. Vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético. In: *Direito Penal em tempos de crise*. Org. Lênio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: Uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. *In: Revista de Estudos Criminais*. Ano IX, n. 34. Porto Alegre: Nota Dez, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Marco Antônio Pinheiro; JOSÉ, Maria Jamile. Crime Organizado e Terrorismo na Espanha. *In: Crime Organizado: aspectos processuais*. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Org. São Paulo: RT 2009

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 6, n. 2, p. 81-88, jul./dez. 1994.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Imputação genérica e renúncia à prova nos crimes tributários. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 129, junho 2006. São Paulo: Dialética 2006. p. 90-96.

MARTÍN, Luiz Gracia. Sobre a negação da condição de pessoa como paradigma do “direito penal do inimigo”. *In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coords.). Constituição e processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Derecho Penal” del enemigo y delitos de terrorismo. *In: Jueces para la Democracia*. Madrid. 2002.

MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿“derecho penal” del enemigo? *In: Direito Penal em tempos de crise*. Org. Lênio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 15-46.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTIRES COELHO, Inocência e GONET BRANCO, Paulo Gustavo.. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. rev. ampl. 4ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTIRES COELHO, Inocêncio e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2 ed. São Paulo: Atlas 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 5.ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora. 1996, t.I.

MOCCIA, Sergio. Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1999. p. 74-75.

MONTAIGNE, Michel. *Ensaaios*. Tradução de Sérgio Millet. , v. 2, São Paulo: Nova Cultura, 2000.

MONTOYA, Mário Daniel. *Máfia e Crime Organizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 103, jul./set. 2000.

MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite*. Conselho da Justiça Federal. Brasília 2004, disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero26/artigo09.pdf> Acesso em 15 de dezembro de 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Adilson Oliveira. *Dos pressupostos processuais penais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

O'HEAR, Michael M. Plea bargaining and procedural justice. Indeed, despite the strenuous objections plea bargaining seems to be growing only more entrenched over time. In: *Marquette Law School Legal Studies Paper*. No. 07-02 (April 2007). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931669. Acesso em 10 de dezembro de 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORTOLAN, M. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano: precedida de la historia de la legislación romana y de una generalización del derecho romano*. 2 v. Madrid: Librería de Leocadio López, 1884.

PAZ, Isabel Sánchez García de. El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003). In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, n. 07-05, p. 05:1-05:33. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-05 (2005), 22 may] Acesso em 12 de dezembro de 2010.

PELUSO, Vinícius de Toledo. “Legislação penal do pânico” como resposta à crise de segurança pública. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Ano 14 – Nº 163 – Junho de 2006.

PENTEADO, Jaques Camargo. Delação Premiada. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira*, COSTA, José de Faria; SILVA, Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 627-657.

PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JÚNIOR, Ivo Anselmo. O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra. In: *Crime Organizado: aspectos processuais*. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Org. São Paulo: RT 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 17, n. 77, março-abril, 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultrix, 2006.

POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. 5.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

POSTERLI, Renato. *Violência Urbana: abordagem multifatorial da criminogênese*. Belo Horizonte: Inédita 2000.

PRADO, Geraldo. A reforma processual penal brasileira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 10, n. 40, outubro-dezembro de 2002, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 143-154.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REIS, Eduardo Almeida, *De Colombo a Kubitschek: Histórias do Brasil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.

ROSA, Alexandre Moraes da, Garantias constitucionais: Um discurso que não seduz. In: *Constituição e processo: A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Coordenação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito político*. Tradução Pietro Nasseti. 3 ed. São Paulo: Martin Claret. 2010.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANDEFUR, Timothy. *In defense of plea bargaining*. CATO Institute. Disponível em: <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-8.pdf>, Acesso em 02 de novembro de 2010.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. O bem e o mal no sistema penal ou: sobre jogar criança pela janela. In: *Sistema punitivo: obscenidades e resistências*. Org. Denival Francisco da Silva. Goiânia: Kelps, 2010.

SCHWARTSMAN, Hélio. Delação Premiada. Site do Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/pensata/helioschwartzman/ult510u356139.shtml> Acesso em 11 de Dezembro de 2009.

SÉRGIO SOBRINHO, Mario. O crime organizado no Brasil. In: *Crime Organizado: aspectos processuais*. FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. Org. São Paulo: RT 2009.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas a prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. Medidas de Emergência, violência e Crime Organizado. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Ano 11 – N.º 126 – Maio de 2003. p. 07.

SILVA, Denival Francisco da. A sociedade do medo: a influência nefasta dos meios de comunicação de massa sobre o sistema penal. In: *Sistema punitivo: obscenidades e resistências*. Org. Denival Francisco da Silva. Goiânia: Kelps, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. 1.ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. Processo penal egoístico e criminalização da pobreza. *In: Sistema punitivo: obscenidades e resistências*. Org. Denival Francisco da Silva. Goiânia: Kelps, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Patrus Ananias. Processo Constitucional e Devido Processo Legal. *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos Continuados de Teoria do Processo*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. I. p. 25-42.

STRECK, Lênio Luiz. *Constituição ou Barbárie?* 10/07/2007 Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10 acesso em: 1º. de julho de 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas, *In: STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19-39.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar A. R. C.. *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2009.

TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guimarães M. *O processo de Tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, 2007.

VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 1992.

VIANO, Emilio C. Medidas extraordinárias para tiempos extraordinários: política criminal tras el 11.09.2001, *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, n. 52, janeiro-fevereiro de 2005, São Paulo: Revistas dos Tribunais p. 286-308.

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM*, jan-mar/2004, n. 46. São Paulo: RT, 2004.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão punitiva nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Trad. Sérgio Lamarão 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Instituto Carioca de Criminologia, jan-jul, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, 5 ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control social de los ‘extraños’. *In: Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005, p. 626 e 632.