

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA - TJERJ

JACY GOMES DO COUTO JUNIOR

**A VOLUNTARIEDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA FRENTE AO ESTADO DE PERIGO
IDENTIFICADO NO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Rio de Janeiro

2019

JACY GOMES DO COUTO JUNIOR

A VOLUNTARIEDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA FRENTE AO ESTADO DE PERIGO IDENTIFICADO NO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Monografia de conclusão de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal apresentada à Escola de Administração Judiciária (TJERJ).

Orientador: Desembargador Cláudio Luis Braga dell'Orto

Rio de Janeiro

2019

JACY GOMES DO COUTO JUNIOR

A VOLUNTARIEDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA FRENTE AO ESTADO DE PERIGO IDENTIFICADO NO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), como requisito parcial do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Aprovado em 07 de janeiro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luciano da Silva Barreto

Prof. Dr. José Maria Panoeiro

RESUMO

Este estudo objetiva compreender o efeito do cárcere do Sistema Prisional Brasileiro - que foi declarado em “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo Supremo Tribunal Federal - na voluntariedade necessária do preso, ou pessoa na iminência de o ser, para a efetivação do acordo de delação premiada. A vontade é analisada em seu conteúdo psicológico e jurídico, tendo em vista ser fundamental no negócio jurídico processual. A homologação do acordo de delação premiada pelo juiz é vista sob o prisma da análise da liberdade de manifestação da vontade, partindo do pressuposto de que o estado estrutural patológico de nossas prisões gera encarcerados vulneráveis jurídica e psicologicamente.

Palavras-chaves: Colaboração premiada. Voluntariedade. Estado de Coisas Inconstitucional. Negócio jurídico processual.

Abstract:

This study aims to analyze the incarceration effects of the Brazilian Prison System – which was declared as an “Unconstitutional State of Affairs” by the Brazilian Supreme Court – on prisoners whose willingness is clearly necessary to accomplish a delational agreement. The will is analyzed in its psychological and legal concept, since free will is fundamental for the bargain on the judicial process. The possibility of an approval of the bargain by the judge is examined by the analysis of concepts like liberty and free will, assuming that our prisons got structural issues, creating legally and psychologically vulnerable detainees.

Key words: Awarded bargain. Willingness. “Unconstitutional state of Affairs”. Judicial process bargain.

SUMÁRIO

1				
INTRODUÇÃO.....				
2				DELAÇÃO
PREMIADA.....				
2.1		HISTÓRICO	DE	USO
INSTITUTO.....				DO
2.2				DIREITO
COMPARADO.....				
2.2.1				ESTADOS
UNIDOS.....				
2.2.2				
ITÁLIA.....				
2.2.3		ESPAÑA	E	OUTROS
PAÍSES.....				
3				
VOLUNTARIEDADE.....				
3.1	A VONTADE E O NEGÓCIO JURÍDICO.....			
3.2	OS EFEITOS DO VÍCIO DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NO ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA.....			
3.3	O CÁRCERE E A VONTADE.....			

**4 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO.....**

.....

**5
CONCLUSÃO.....**

**6
BIBLIOGRAFIA.....**

1 - INTRODUÇÃO

O objeto da presente monografia é a análise da influência do estado de coisa inconstitucional do sistema prisional brasileiro (ADPF nº 347/DF) no requisito essencial da voluntariedade da colaboração premiada (um dos meios de investigação criminal preconizados na Lei 12.850/2013), sob um enfoque crítico no tocante à constitucionalidade de seus termos e atos frente aos princípios da dignidade humana e da eficiência da administração pública.

Iniciaremos analisando o instituto da colaboração premiada em seus aspectos simbólico e punitivista, justificados por uma pretensa eficiência estatal frente ao crime, em contraposição às exigências do moderno Estado Democrático de Direito que não prescinde da dignidade da pessoa humana ainda que tal pessoa esteja em situação de conflito com a lei penal, buscando a compreensão da delação premiada em seu contorno de constitucionalidade conjuntamente ao olhar histórico, sociológico, psicológico e de política criminal.

Procuraremos identificar os parâmetros obrigatórios a serem observados nos casos concretos, avaliando as posturas principiológicas inafastáveis de cada parte envolvida no acordo de colaboração premiada, descrevendo os atos práticos que as exprimem, objetivando especificamente uma publicação futura que sirva como linha de conduta para os operadores do direito atuantes na árdua missão de equilibrar eficiência estatal com respeito ao cidadão em conflito com a lei, no que diz respeito à voluntariedade da colaboração premiada.

Analisaremos de forma resumida a origem e aplicação do instituto em outros ordenamentos jurídicos, como espanhol, americano e italiano. Após procuraremos sua conceituação, natureza jurídica, críticas e, por fim sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Seguiremos com uma explanação do momento adequado para a celebração do negócio jurídico, requisitos para a concessão do benefício, a voluntariedade, os prêmios legais possíveis, o valor probatório das delações, os

direitos do colaborador, os trâmites necessários ao acordo, os crimes ocorridos no curso da investigação ou da obtenção das provas e a participação de cada envolvido, em especial o magistrado.

Após essa rápida análise inicial, adentraremos os tópicos “Voluntariedade”, “Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro” e “Influência do estado de coisa inconstitucional do sistema prisional brasileiro na voluntariedade do colaborador submetido ou não a ele”. Por fim, encerraremos com uma “Conclusão” em que procuraremos abrir a questão aos doutos debates.

Propomos, assim, as seguintes questões: 1) O delator preso ou em vias de sê-lo em um sistema prisional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como em ECI (estado de coisa inconstitucional) possui liberdade de manifestação de sua vontade para colaborar com a investigação contra si mesmo e seus comparsas em troca de benefícios que visam retirá-lo dessa situação inconstitucional? 2) Não é flagrante que o direito a não estar submetido a uma inconstitucionalidade preexiste a qualquer pretensão benefício? 3) Deve o Magistrado homologar o acordo de colaboração premiada de um ser humano premido pelo medo de ser submetido a uma situação de inconstitucionalidade pelo Estado que deveria protegê-lo dela?

2 - COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 - Histórico de uso do instituto

Sendo atualmente um meio de investigação amplamente utilizado no Brasil, a colaboração premiada é de uso antigo no cenário mundial. Teria origem no Direito Romano, no governo de Sila com a “Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis” para coibir os crimes de lesa majestade.¹ Frederico Valdez Pereira coloca seu surgimento e desenvolvimento nos ordenamentos jurídicos inspirados no modelo anglo-saxão, onde a maior influência vem do sistema inglês denominado Common Law.² De toda forma, com o passar do tempo, a colaboração premiada teve seu uso para diversas finalidades.

O Direito Canônico aplicou a colaboração premiada durante a Idade Média, no período da Inquisição, como meio de investigação de pessoas suspeitas de práticas hereges.³ Inversamente aos dias atuais, o valor da confissão e delação era considerado maior quanto menor fosse a espontaneidade. Considerava-se que o suspeito era uma pessoa inclinada a mentira para prejudicar terceiros se sua confissão fosse espontânea, mas se as informações fossem obtidas por meio de tortura teriam selo de confiabilidade.

No período do Iluminismo o Direito Penal foi sofrendo uma secularização, e os ensinamentos e influências eclesiásticas foram sendo paulatinamente afastadas do

¹ PAZ, Izabel Sánchez Garcia de. El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Pág. 02.

² PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. Vol. 77. 2009. Pág. 178.

³ GONZÁLEZ, Ana Lúcia Atumpf. A delação Premiada na Legislação Brasileira. Porto Alegre. 2010. Pág. 15. Disponível em: <<http://www.lume.ufrs.br/handle/10183/27024>> Acessado no dia 02/04/2019.

processo penal. O Estado manteve o domínio exclusivo do Direito Penal material e processual, mas com enfoque não religioso.⁴ Nessa época, Beccaria justificava a concessão de prêmios aos colaboradores com a necessidade de se prevenir a prática de infrações penais graves, estimulando a massa popular com o medo de que os maiores criminosos não fossem descobertos.⁵ Estimulou-se e recompensou-se a colaboração com as autoridades criminais, dentro dessa visão iluminista.

O Código de Napoleão a colaboração premiada continuou sendo usada, agora nos momentos preventivos e repressivos dos crimes contra a segurança do Estado.⁶

Com a chegada do século XX surge nos Estados Unidos a justiça penal negociada, onde a figura do colaborador tornou-se da maior importância.⁷ Ele, o colaborador, foi elevado a instrumento eficaz de combate ao crime organizado com a aplicação de acordos de impunidade entre Procuradores Federais e criminosos investigados, onde estes confessavam sua participação na organização criminosa e forneciam informações que levavam ao desmantelamento da empresa criminosa e à punição de seus componentes. Segundo Albert W. Alschuler, inicialmente foram celebrados acordos entre autoridades antitruste locais e integrantes de cartéis antes de começada qualquer investigação, era o denominado “Leniency Program” (Programa de Leniência).⁸

Já Walter Barbosa Bittar afirma que o emprego da colaboração premiada (plea bargaining) intensificou-se nos Estados Unidos após a Guerra Civil quando a Suprema Corte, no ano de 1878, admitiu que os órgãos de acusação pudessem celebrar acordos de impunidade com autores e partícipes de crimes em troca de seus testemunhos.⁹ Além de tal admissão pela Suprema Corte, o período apresentava um aumento de casos de corrupção envolvendo Advogados, Promotores e Juízes, e o

4 MARQUES, Antônio Sérgio Peixoto. A Colaboração Premiada: Um Braço da Justiça Penal Negociada. Pág. 03. Disponível <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150224114225.pdf> Acessado no dia 02/04/2019.

5 BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Torrieri Guimarães. 7ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. Pág. 44.

6 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. São Paulo. RT. 2002. Pág. 546.

7 MARQUES, Antônio Sérgio Peixoto. Idem. Pág. 04.

8 BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. Pág. 17.

9 BITTAR, Walter Barbosa. Idem. Pág. 26.

interesse de policiais em ficarem famosos com a resolução de casos importantes. Mas a utilização do instituto era tímida, tendo em vista que alguns Tribunais de Segunda Instância resistiam em admiti-lo como meio de obtenção de prova. Só a partir de 1970 a “plea bargaining” foi realmente aceita, com a pacificação do tema promovido pela Suprema Corte Americana.

Ainda no século XX, a partir da década de 1970, notabiliza-se o combate do Judiciário Italiano contra a Máfia que assolava o país. Conforme Luiz Flávio Gomes:

“Na Itália, Leonardo Vitale (Palermo, junho 27, 1941 - Palermo, 2 de dezembro de 1984) foi um membro da máfia siciliana Cosa Nostra, tendo sido um dos primeiros a se tornar colaborador, ou pentito, embora originalmente suas confissões não tenham sido levadas a sério. Foi considerado mentalmente insano. Após delações de outro membro da máfia siciliana chamado Tommaso Buscetta, veio a ser morto. Tommaso Buscetta revelou ao juiz italiano Giovanni Falcone (especializado em processos contra mafiosos) a estrutura interna da organização, desmantelando a máfia siciliana Cosa Nostra (da qual Tommaso era membro). Após isso, o juiz Falcone foi assassinado pelo mafioso Giovanni Brusca, quando estava passando por uma estrada que foi dinamitada com explosivos instalados criminosamente.”¹⁰

Também no século XX, temos que citar a larga utilização da colaboração premiada nas ditaduras instaladas especialmente na América Latina, sendo que, na verdade, o meio mais usado foi a tortura direta.

Atualmente, o instituto vem tendo ampla utilização, especialmente após o “11 de setembro” já que o medo da ameaça terrorista real legitimou o emprego de diversas técnicas de investigação, dentre elas a colaboração premiada. Estados Unidos, Itália,

10 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, Aspectos Teóricos e Práticos e Análise da Lei 12.850/2013. Salvador. JusPODIVM. 2015. Pág. 209.

Alemanha e Espanha estão entre os locais onde o instituto é reconhecido. Tratados internacionais foram elaborados onde a colaboração premiada vem prevista expressamente como meio de alcançar os diversos objetivos propostos. A ONU (Organização das Nações Unidas) e o GAFI/TAFT (Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), estão entre tais organismos internacionais a legitimarem a colaboração premiada, podendo ser citadas a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada (Convenção de Palermo) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

O Brasil não poderia ficar de fora de tal tendência mundial atual, sendo certo que o instituto já encontrara guarida em nossa legislação desde os tempos de Colônia, onde a histórica delação de Joaquim Silvério dos Reis pôs fim à Inconfidência Mineira, resultando na morte de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. Retorna ao nosso ordenamento na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), e encontra sua completa definição e delineamento com a Lei nº 12.850/2013, Lei de Combate às Organizações Criminosas, objeto de nosso estudo.

Já aqui cabe um esclarecimento: a Inconfidência Mineira não foi desbaratada pela delação de Joaquim Silvério dos Reis. Quando da efetivação da delação a trama já era sabida pelo Governador e Tiradentes inclusive fugira para a cidade do Rio de Janeiro, onde se escondia e onde acabou sendo preso. O Visconde de Barbacena determinara a suspensão da “derrama” e tinha em mãos, sem destinação, o valor para pagamento a um qualquer delator, o que foi conseguido com o acordo com Joaquim Silvério dos Reis. Essa inversão de ordem: desbaratamento do grupo inconfidente e delação posterior, põe em dúvida a intenção tanto do delator quanto do governador, deixando-nos deduzir que ambos tinham motivos e procedimentos espúrios na efetivação do acordo de delação premiada.

2.2 - Direito Comparado

2.2.1 - Estados Unidos

Atualmente as autoridades Estadunidenses utilizam amplamente a “plea bargaining” por conta da celeridade na resolução dos casos, visto que representa celeridade na resolução dos mesmos, e simplicidade no procedimento, já que pautado em um processo de negociação entre o Estado acusador, o réu e seu Defensor, podendo gerar uma confissão de culpa e a imediata prolação de uma sentença com fixação de pena mais branda ao acusado.

“O processo criminal americano pode ser resumido da seguinte forma: inicia-se com o oferecimento da acusação (complaint), o qual pode assumir dois caminhos: o da Acusação (indictment), para os crimes mais graves (felonies) punidos com pena de morte ou pena superior a um ano (em regra), e o da Informação (information), para as contravenções e os delitos punidos com pena não superior a um ano (menor gravidade).¹¹

Na Acusação (indictment), a peça acusatória será submetida à análise do Grande Juri (grand jury), composto por 16 a 23 pessoas, que decidirá sobre a aprovação, ou não, da acusação (true bill). Aceita a acusação, o caso será levado a julgamento. Na sequência, haverá uma audiência prévia de julgamento (arraignment), na qual o acusado será indagado acerca da sua culpa ou inocência (plea of guilty or not guilty). É nesse momento que se fala da “plea bargaining”, que consiste em uma negociação entre a acusação e a defesa, podendo resultar na confissão de culpa (guilty plea) ou na declaração de que o arguido não pretende discutir a questão da culpa (nolo contendere).¹²

Não havendo acordo entre a acusação e a defesa, o processo avança para a fase de confronto probatório (discovery), com o consequente julgamento que se fará pelo magistrado (bench trial) ou pelo júri (jury trial), salientando que a Sexta Emenda da Constituição Americana prevê o direito de ser julgado pelo júri nos crimes apenados com pena de prisão superior a seis meses, permitindo, no entanto, que o acusado renuncie esse direito e seja julgado pelo magistrado.

Na Informação (information), a tramitação seguirá, praticamente, o mesmo

11 MARQUES, Antônio Sérgio Peixoto. Idem. Pág. 05/06.

12 Idem.

caminho da Acusação, com a diferença de que o juízo de admissibilidade acusatória se dará perante o magistrado, não havendo necessidade de se ouvir o Grande Júri a respeito da temática.”¹³

A declaração de culpa pressupõe uma negociação entre acusado e acusador, em que o primeiro confessa sua participação no crime e dá informações consideradas relevantes pelo órgão acusador, em troca de uma pena menor ou mesmo responder por crime diverso e menos grave do que o cometido.¹⁴ Ou seja, a acusação tem a faculdade de negociar a culpa do acusado. No modelo de justiça criminal americano, o Estado, através de seu órgão acusador tem grande liberdade, onde é permitida a negociação da pena (sentence bargaining) ou a própria imputação (charge bargaining) em troca de confissão e da delação de outras pessoas, seja na investigação ou na persecução penal, sendo permitido inclusive um pedido de perdão em troca da colaboração (approvment).¹⁵

Constata-se que o modelo americano em termos de processo penal difere diametralmente do brasileiro, já que o primeiro prevê ampla discricionariedade ao Ministério Público quanto ao oferecimento ou não da denúncia e mesmo na definição da infração penal que será imputada ao infrator, enquanto nosso modelo prevê a obrigatoriedade como princípio no que tange à persecução penal por meio da devida ação.

2.2.2 - Itália

No sistema processual italiano a colaboração premiada teve o início de sua utilização com a necessidade da repressão da atividade terrorista, especificamente às atividades da “Brigadas Vermelhas”. Com o fim da União Soviética, tal grupo terrorista viu-se fragilizado e o Estado Italiano aproveitou-se para miná-lo internamente com a aplicação massiva de benefícios legais aos criminosos que rompessem a lei do silêncio. As leis que serviram a tais propósitos foram as 34/87 e 152/91, que

13 Idem.

14 BITTAR, Walter Barbosa. Idem.

15 MARQUES, Antônio Sérgio Peixoto. Idem. Pag. 06.

estenderam os benefícios aos delitos de organização criminosa e tráfico de drogas.¹⁶

A partir desse momento, cresceu em número o interesse de pessoas na colaboração com o Estado, prestando informações em troca dos prêmios legais e da proteção do poder público frente ao alto risco às suas vidas e a de seus familiares.¹⁷ Tiveram destaque os acordos de Mario Chiesa, que levou à prisão várias pessoas ligadas a partidos políticos acusadas de corrupção, e o já citado acordo de Tommaso Buscetta, celebrado com o Juiz Giovanni Falcone, o qual levou ao desmantelamento da Máfia Cosa Nostra, com base na Sicília.¹⁸

A colaboração premiada do ordenamento legal penal italiano é dividida em quatro fases distintas: sancionatório, processual, tutorial e penitenciário. Na fase sancionatória os colaboradores e testemunhas dispõem de benefícios e os que facilitam a associação mafiosa são sancionados com aumento de pena. Na fase processual foram estabelecidos critérios de valoração dos depoimentos dos pentiti (arrepentidos), onde se examina a credibilidade do declarante (*attendibilità soggettiva*), avaliando sua personalidade, condição socioeconômica e familiar, passado, relacionamento com outros colaboradores e as origens remota e próxima de sua decisão de confessar a própria responsabilidade e de acusar coautores e cúmplices; efetua-se um controle sobre a consistência e características de suas declarações (*attendibilità intrinseca*), quanto a precisão, coerência, constância e **espontaneidade**; e, ainda, uma individualização das verificações externas para suporte da verdade de suas declarações (*riscontri esteri*). Na fase tutorial foram estabelecidas medidas protetivas aos colaboradores e seus familiares. Por fim, na fase penitenciária adotou-se um sistema duplo-binário em que são concedidos benefícios aos colaboradores e restrições à possibilidade de se obterem benefícios penitenciários aos mafiosos irredutíveis.¹⁹²⁰

16 GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. A Delação Premiada na Legislação Brasileira. Porto Alegre. 2010. Pág. 18

17 MUSCO, Enzo. Los Colaboradores de La Justicia Entre el Pentitismo y La Calumnia: Problemas y Perspectivas. Revista Penal nº 2. Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca e Universidad de Castilla-la Mancha. Editorial Práxis. Pág. 35

18 FONSECA, C. B. G. et al. A Colaboração Premiada Compensa?. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado. Agosto 2015. Págs. 06/07. Disponível em <www.senado.leg.br/estudos> Acesso em 10/04/2019.

19 BITTAR, walter Barbosa. Idem. Pág. 14/19.

20 SPANGHER, Giorgio. Codice di Procedura Penale Ragionato. Roma. Neldiritto. 2013. Pág. 192/193.

Percebe-se que o sistema utilizado pelo Código de Processo Penal italiano não difere diametralmente, como o americano, da sistemática processual penal brasileira.

2.2.3 - Espanha e outros países

Na Espanha a colaboração premiada também foi fruto do combate aos atos terroristas, no caso, praticados pelos grupos separatistas ETA (Pária Basca e Liberdade) e GRAPO (Grupos de Resistência Antifascistas Primeiro de Outubro). Com o passar do tempo, os benefícios aos colaboradores foram estendidos a outras infrações penais, tais como as que dizem respeito à prática de tráfico de drogas. Para que faça jus aos benefícios de colaboração premiada o colaborador terá que abandonar as atividades criminosas, ajudar a impedir que o grupo venha a cometer novos delitos ou auxiliar na identificação e captura dos demais criminosos ou contribuir na obtenção de provas contra a organização criminosa.²¹ A necessidade da confissão dos delitos pelo colaborador era prevista inicialmente, mas foi abandonada na legislação mais moderna. A colaboração premiada na Espanha prevê a **espontaneidade** como requisito.

Seguem, em linhas gerais, esses procedimentos a Alemanha, Colômbia, Portugal, Chile e Argentina.

2.3 - Direito Brasileiro/Lei 12.850 de 2013

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil de 1595 a 1830, abarcando o período colonial e os anos iniciais após a proclamação da independência. Tal legislação previa a colaboração premiada, ainda que não com esse nome, para os autores de crime de lesa majestade, assim entendido o “conselho ou federação” contra o rei, ou seja, a

21 GOMES, Geder Luiz Rocha. A Delação Premiada em Sede de Execução Penal. Disponível em http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Dela+%BA+%Fao.Premiada.Execu+%BA%Fao.Penal.Geder.Rocha.pdf> Acessado em 10/04/2019.

associação com finalidade de provocar revolta contra o rei.²² Além desse caso, incentivava a delação de alguns tipos penais por outros criminosos que não participassem de seu cometimento, mas que fossem autores de crimes de menor gravidade, aplicando uma proporcionalidade segundo padrões da época. Previa-se expressamente o perdão real para o partícipe que não fosse o “principal tratador” do crime de lesa majestade, além de prêmio a não partícipe que delatasse, auxiliando a identificação e prisão de criminosos.²³ Essa a legislação utilizada no julgamento da Inconfidência Mineira.

Em 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império do Brasil que não previu qualquer instituto similar à colaboração premiada, voltando ela a aparecer de forma indireta apenas no Código Penal de 1941 nas figuras da atenuante da confissão espontânea (Art. 65, III, d), da atenuante que beneficia quem busca espontânea e eficazmente, logo após o crime, evitar ou minorar as consequências (Art. 65, III, b), do arrependimento eficaz (Art. 15) e do arrependimento posterior (Art. 16). Em tais institutos a vontade do criminoso aparece com os termos “espontaneamente” e “voluntariamente”.

A partir do final do século passado, o legislador intensificou a previsão de prêmios aos colaboradores. Vejamos:

1) Na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/1990), o Art. 8º trouxe a dedução de um a dois terços da pena do participante ou associado que denunciasse o bando ou a quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento. Tal dispositivo ainda se encontra vigente, com aplicação aos crimes considerados hediondos e seus equiparados onde se aplique a associação criminosa;

2) Em 1995 a Lei 9080/1995 introduziu modificações na Lei de Crimes Financeiros (Lei 7492/1986), Art. 25, e na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de consumo (Lei 8137/1990), Art. 16, modificações essas que previram redução de pena de um a dois terços a quem, em caso de quadrilha ou coautoria, confesse espontaneamente e revele à autoridade policial ou judicial toda a

22 PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2004. Pág. 100.

23 PORTUGAL. Ordenações Filipinas de 1595. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>> Acessado em 10/04/2019.

trama delituosa;

3) Em 1998 a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9613/1998) dispôs sobre colaboração premiada em seu Art. 1º, § 5º, com a possibilidade de concessão de benefícios àquele que venha a fornecer informações que conduzam à apuração de infrações penais, identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime;

4) A Lei de Proteção à Testemunha (Lei 9807/1999) trouxe medidas de proteção endereçadas às vítimas ou testemunhas de crimes que estejam expostas a perigo por colaborarem com a investigação ou com o processo;

5) Já no presente século, a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), em seu Art. 41 previu redução da pena de um a dois terços para o indiciado ou acusado que colabore voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal.

Em todos os dispositivos legais mencionados a “**vontade**” do colaborador tem primazia em sua forma de **espontaneidade** ou **voluntariedade**.

Com o aumento da criminalidade em geral, o colapso na demanda de nosso sistema judicial criminal, o aumento das atividades de organizações criminosas, e a pressão internacional com vistas ao combate ao crime organizado internacional, o Estado Brasileiro se vê premido a buscar um ajuste legislativo visando a eficiência da persecução penal que foi consubstanciado na Lei 12.850/2013. Seguem abaixo alguns gráficos do CNJ reunidos por Anderson Paiva que dão conta do gargalo de eficiência a que está submetido o Poder Judiciário.

A crise da Justiça Criminal Brasileira

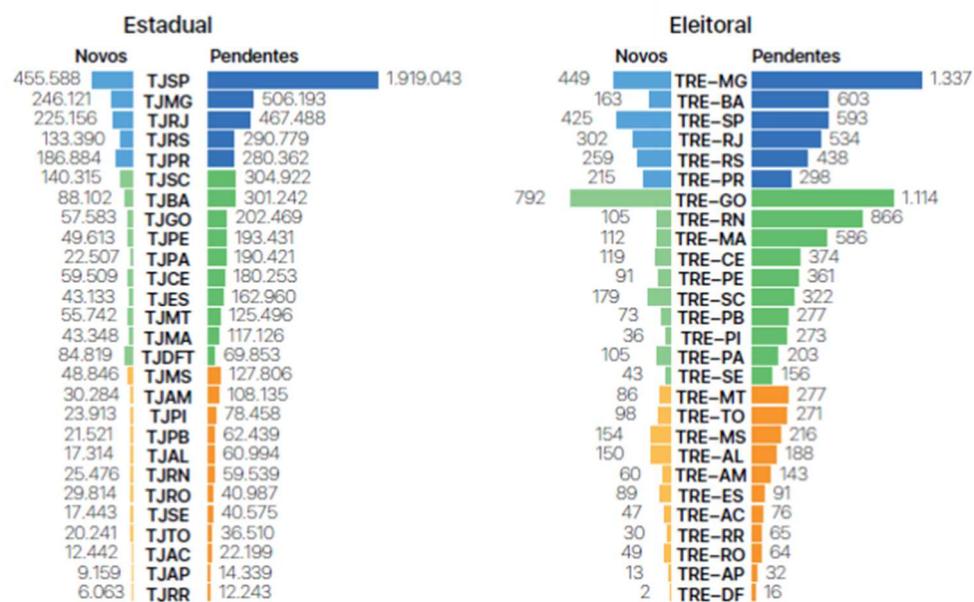
O volume de processos criminais

- Em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de casos novos criminais:
- 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau
 - 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau
 - 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais,
 - 576 mil (21,1%) no 2º grau e
 - 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores.
- A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 69,4% da demanda; na área criminal essa representatividade aumenta para 91,5%.
 - Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. p. 152-157. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>

Figura 126: Série histórica dos casos novos e pendentes criminais, excluídas as execuções penais



Figura 127: Casos novos e pendentes criminais, excluídas as execuções penais, por tribunal, em 2017



Professor: Anderson de Paiva Gabriel
@ANDERSONPAIVAG

Justiça em números 2018 - CNJ

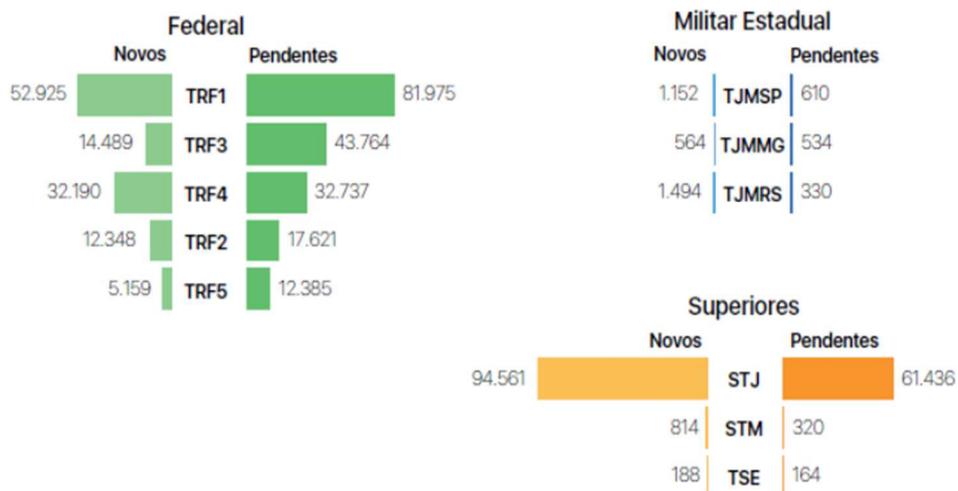
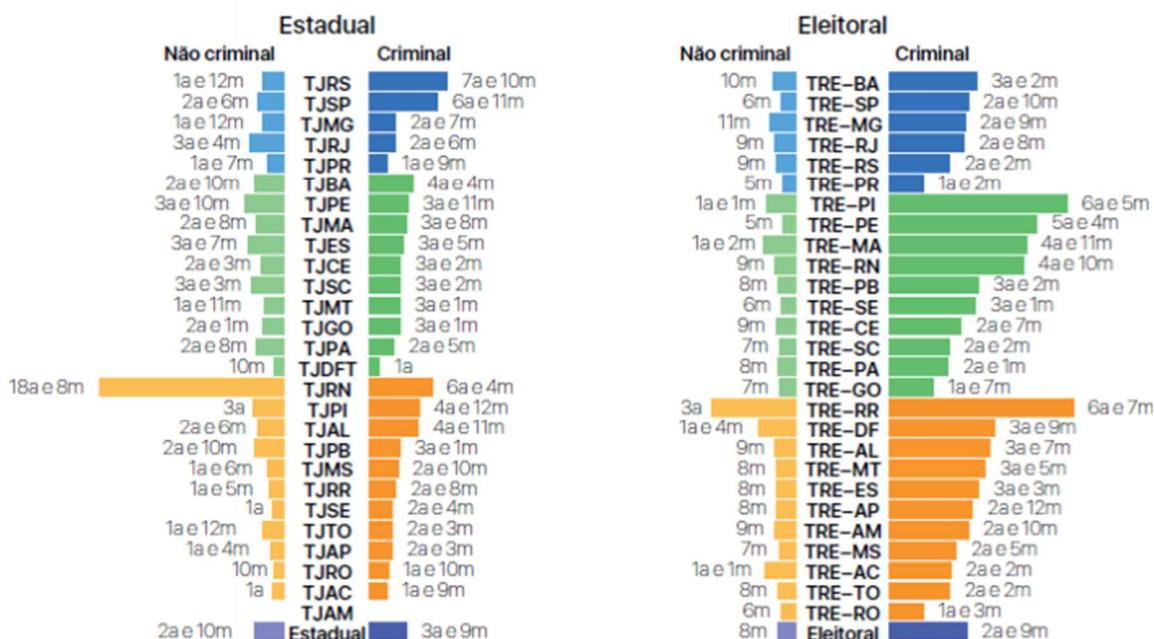


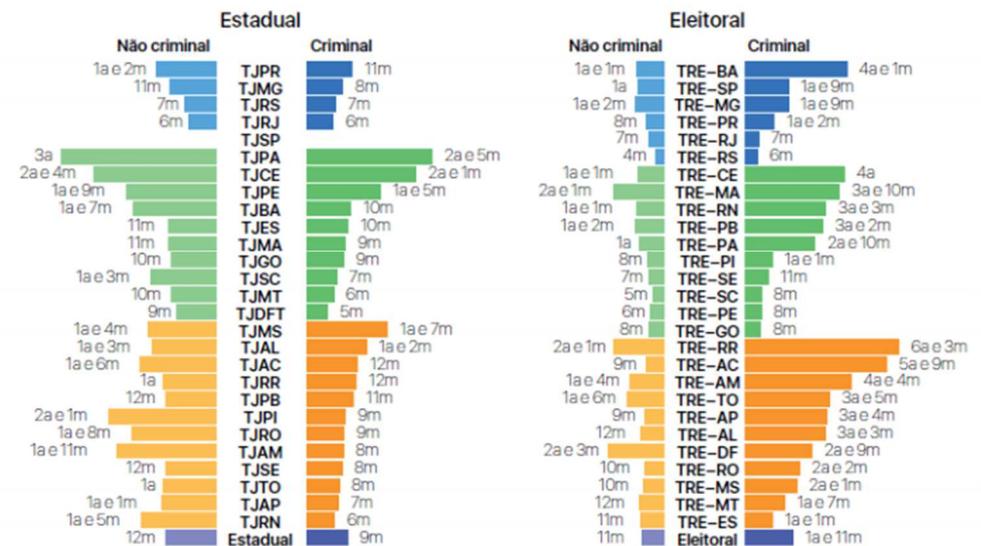
Figura 130: Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau, por tribunal, em 2017



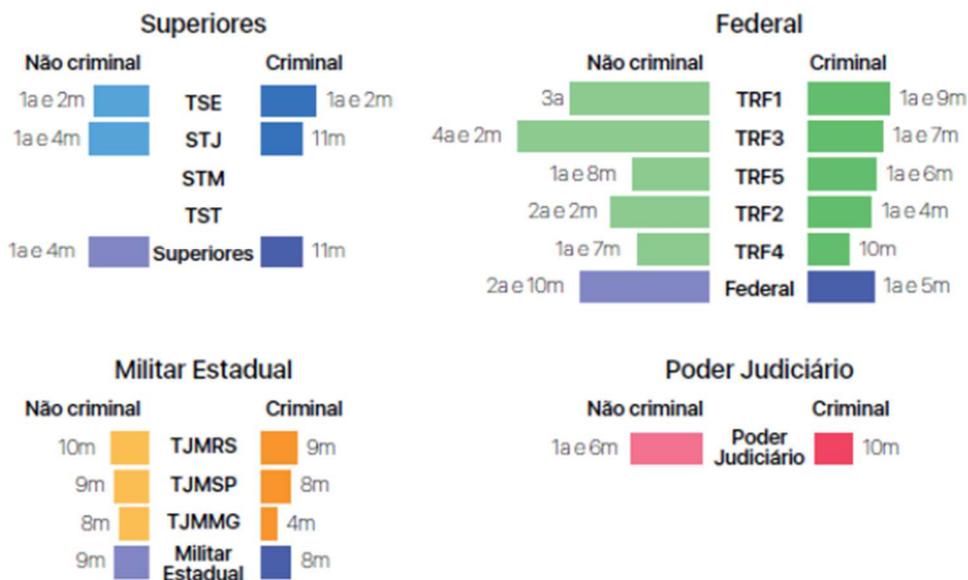
Justiça em números 2018 - CNJ



Figura 129: Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados no 2º grau e nos Tribunais Superiores, por tribunal, em 2017



Justiça em números 2018 - CNJ



O Congresso Nacional, como dissemos, responde a tal quadro de agravamento

de demanda judiciária, dentre várias medidas, com a promulgação da referida Lei de Organização Criminosa, onde se busca a modernização do sistema investigativo e dos meios de obtenção de prova, introduzindo-se uma sistematização da colaboração premiada. Os dados apontam claramente o objetivo econômico da Lei de Organização Criminosa, onde o que se almeja é o resultado rápido, efetivo e com o menor custo ao sistema de persecução penal. Ou seja, há uma ponderação negocial envolvendo a escassez das finanças públicas frente ao alto custo do enfrentamento da criminalidade organizada. O colaborador representa tempo e dinheiro economizados.

3 - VOLUNTARIEDADE

3.1 - A vontade e o negócio jurídico

O texto da Lei 12.850/2013 preceitua:

“Da Colaboração

Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou

mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput , o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das **negociações** realizadas entre as partes para a formalização do **acordo** de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o **acordo** na forma do § 6º , o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e **voluntariedade**, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da **proposta**, caso

em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do **acordo** homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de **negociação**, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos

demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Art. 6º O termo de **acordo** da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da **proposta** do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de **aceitação** do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Art. 7º O pedido de homologação do **acordo** será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma

de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O **acordo** de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.”²⁴

O Art. 4º da Lei de Organização Criminosa afirma que a colaboração premiada deve ser **voluntária** e eficaz, ou seja, a decisão de colaborar com as investigações ou com o processo criminal deve ser feita de maneira livre, sem qualquer constrangimento, mesmo que a iniciativa para tal atitude tenha partido de conselhos ou incentivos de terceiros. Ou seja, a legislação não requer espontaneidade, mas não abre mão da voluntariedade, aqui entendida em sua acepção de liberdade de escolha.

O termos “**proposta**”, “**acordo**”, “**negociação**” e “**aceitação**” remetem ao encontro de vontades contratual entre o MP ou a Autoridade Policial de um lado e o colaborador de outro, aquele primeiro como titular da ação penal e este último como interessado no prêmio processual. O Ministério Público flexibiliza o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o colaborador abre mão de seus direitos de permanecer calado e não produzir prova contra si mesmo. De um lado o poder/dever do Estado na persecução penal e de outro um cidadão infrator da lei penal. Não há como olvidar o desequilíbrio entre as partes: o aparato estatal contratando com o cidadão como que de igual para igual. Ainda assim, como o resultado final aponta um benefício ao colaborador, pode ser visto o acordo como uma tutela educativa do Estado para com seu súdito, a quem procura levar a um patamar superior de ética e respeito às regras da vida em comunidade.

Aqui surge uma questão: a vontade manifestada pelo colaborador não pode ter sido viciada sob pena de ilegalidade e nulidade da prova assim obtida, Art. 5º, LVI da Constituição Federal, pois, aproximando-se a colaboração premiada do sistema

24 Lei 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013. Acessada no sítio http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm em 10/04/2019.

negocial penal anglo-saxão, traz institutos civilistas para o acordo entre o Ministério Público e o colaborador a ponto de tais acordos estarem no dia de hoje sendo revestidos de forma e conteúdo de verdadeiros contratos entre duas partes. Em tal diapasão, não se pode olvidar que quando o Juiz é chamado a homologar tal acordo em seu aspecto de legalidade, regularidade e voluntariedade já não deve vislumbrar apenas sob a ótica da Legislação Penal, Processual Penal e de Execução Penal mas também de institutos básicos do Direito Obrigacional Civil, visto que nessa esfera é que se encontram as normas atinentes ao negócio jurídico, interagindo numa interpretação integrativa sobretudo na legalidade da formação da vontade negocial, levando em conta a legalidade estrita a que o Estado, em sua acepção ampla, está vinculado.

Assim, temos que estudar a importância da vontade no negócio jurídico. Observe-se que a manifestação da vontade como forma de gerar regras com eficácia jurídica semelhante à norma legal é antiga, vinda dos textos romanos que afirmavam que a manifestação de vontade livre teria o poder de criar direito. Tal princípio ainda consta atualmente nos Códigos Civis Italiano (art. 1.372) e Espanhol (art. 1.091). A importância da vontade no negócio jurídico é apontada por Savigny (Willenstheorie) a ponto de se referir a ele como “declaração de vontade”. Seguindo Savigny, construiu-se a teoria que vê no negócio jurídico a vontade privada com finalidade de perseguir um efeito jurídico, a teoria chamada “as consequências jurídicas” (“Rechtsfolgentheorie”).²⁵

Como crítica à doutrina de Savigny, afirmou-se que não há como dirigir a vontade das partes aos efeitos jurídicos previstos no ordenamento jurídico, mas sim a um resultado social ou econômico, não jurídico (“Grundfolgentheorie”).²⁶ Afirma-se aqui: a natureza jurídica de um ato não pode depender do conhecimento jurídico de quem o pratica. Orlando Gomes²⁷ centra o negócio jurídico no intento prático do declarante, e, ao atribuir valor aos efeitos práticos e sociais do negócio jurídico em vez dos efeitos jurídicos, atende-se à verdadeira vontade dos declarantes e evita-se o aproveitamento de uma figura jurídica para atingir seus efeitos jurídicos sem atender aos seus

25 Pandekten, I, § 69.

26 LENEL. Parteiabsicht, J. J., XIX, Pág. 189; DANZ; THON. Rechtsnorm und Subjektives. Pág. 365.

27 ORLANDO GOMES. Introdução ao Direito Civil. 1995. nº 176. Pág. 223.

requisitos, fugindo da responsabilidade do negócio jurídico que corresponde aos efeitos práticos e sociais do ato realizado. Assim, não há que se ter em conta apenas uma vontade dirigida a um determinado fim jurídico, mas deve-se ir além e buscar o fim prático almejado pelas partes, e a este enquadrar na correta referência jurídica.

Betti,²⁸ em sua “teoria da declaração como preceito”, afirma que o negócio jurídico é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros: ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo. Ele afirma que se deve procurar saber: 1) como é o negócio jurídico (sua antinomia entre “mens” e forma); 2) o que é o negócio jurídico (seu conteúdo encontrado na declaração e no comportamento); 3) por que é o negócio jurídico (sua causa revelada na função econômico-social).

Conforme ensinamento de Brebbia:²⁹ “para que haja vontade exteriorizada se necessita, pois, não só que haja transcendido o foro íntimo do agente, mas também que essa exteriorização possa ser captada por outras pessoas, destinatárias diretas ou indiretas da manifestação.”. É assim que a vontade entra no negócio jurídico, através de uma manifestação de vontade. E quando há divergência entre a vontade interna do sujeito e a sua declaração? E se ela, a declaração, diz mais do que quis internamente o declarante, ou menos, ou, de forma totalmente contrária, não revela o motivo determinante? Estaremos diante da formação viciada da vontade, pela divergência inconsciente ou consciente do sujeito, por não existir uma declaração. Apesar de o nosso sistema afirmar que o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante (art. 140 do CC), leva em conta hipóteses em que há divergência entre a vontade e a declaração de vontade. Seriam os casos de erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão.³⁰ O erro é o desconhecimento ou o falso conhecimento das coisas; o dolo é a indução a erro através de palavras ou maquinações insidiosas por parte de um dos contratantes; a coação afeta a liberdade do sujeito, podendo ser física (vis absoluta) ou moral (vis compulsiva); e o estado de perigo como um tipo de coação moral insidiosa em que uma das partes usa a necessidade por que passa o outro contratante e que o primeiro tem conhecimento.

28 BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. 1969. Tomo II. Nº 25. Pág. 107 – 111.

29 BREBBIA, Roberto H.. Hechos y Actos Jurídicos. 1979. Tomo I, Pág. 224.

30 OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. - 2ª Ed. Rev. Atual. - Rio de Janeiro: Forense. 2018. Pág. 594.

O erro é o conhecimento falso, onde se julga verdadeiro aquilo que é falso ou falso aquilo que é verdadeiro. Segundo Clóvis Beviláqua,³¹ é o conhecimento falso sobre a substância da natureza do negócio jurídico, do seu objeto ou da pessoa com quem se negocia. Ignorância é o desconhecimento sobre a substância da natureza do negócio jurídico, do seu objeto ou da pessoa com quem se negocia. Para que seja reconhecido como vício da vontade, deve-se conciliar o erro usando conjuntamente a teoria da vontade e a teoria da declaração, não se arrimando exclusivamente em uma delas. De fato, ninguém deve ficar vinculado a um negócio jurídico se sua vontade não se formou livre e espontaneamente, mas pelo princípio da autorresponsabilidade, se tal pessoa podia ou devia ser mais diligente na compreensão dos termos de sua declaração de vontade responderá por sua eficácia. O erro deve ser substancial,³² como o que recaia sobre a natureza do negócio (error in negotio), em que o declarante acredita estar celebrando um determinado negócio jurídico quando na realidade está celebrando negócio de natureza diversa. Também será considerado substancial ser dizer respeito ao objeto do negócio (error in corpore), seja quanto a sua substância ou a sua qualidade, incidindo sobre a designação do desejado. Será o erro considerado substancial se for quanto à pessoa (error in persona), onde se tem um conhecimento falso sobre a identidade da outra parte contratante ou sobre suas qualidades essenciais. Deve-se considerar essencial o erro sobre pessoa ou coisa indicada pelo declarante se for impossível sua determinação. Reconhece-se como essencial o erro de direito desde que não implique recusa à aplicação da lei e seja o motivo único ou principal do negócio jurídico. O erro deve ser escusável, adotando-se um critério subjetivo na verificação da escusabilidade ou não do erro. Deve ser reconhecível pelo outro contraente (princípio da recognoscibilidade ou da confiança)

O dolo é conceituado por Sílvio Rodrigues³³ como toda ação ou omissão intencional, através de ardil ou manobras fraudulentas, que induzem a pessoa com quem se celebra um negócio jurídico em erro ou engano, visando a causar-lhe prejuízo em benefício próprio ou de terceiro. O dolo é o erro induzido por um dos contraentes do negócio jurídico. O dolo tem seus requisitos, a começar pela intenção de enganar o outro contraente, o “animus decipiendi”, que se verifica através dos ardis, malícia e

31 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição Histórica. 1976. Vol. I, Pág. 334.

32 RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil – Parte Geral. 2007. Vol. 1. nº 99. Pág. 188.

33 RODRIGUES, Sílvio. Idem. Nº 104. Pág. 253.

maquinações fraudulentas direcionadas com consciência da falsidade da representação e a previsão de que tais atitudes são capazes de induzir a outra parte em erro ou engano. O segundo requisito é que tal indução do outro contraente a erro aconteça efetivamente, levando-se em conta a situação em concreto, a personalidade e as características dos contraentes, as circunstâncias que rodeiam a conduta dolosa, com a finalidade de verificar se ela efetivamente foi capaz de induzir o seu destinatário a erro. O terceiro requisito é a causação de prejuízo ao outro contraente, podendo ser uma lesão a um direito subjetivo. O quarto requisito é o dolo angariar benefício para seu autor ou terceiro. E, por fim, o quinto requisito é que o dolo deve ser a causa determinante da realização do negócio jurídico, devendo ser dolo principal (*dolus causam dans*). Necessário apontar o dolo negativo consistente numa omissão ou reticência dolosa, onde seu autor silencia sobre fatos ou circunstâncias cujo conhecimento levaria a outra parte a desistir da celebração do negócio.³⁴

Interessam-nos de forma especial, no presente estudo, a coação e o estado de perigo por terem por fundamento o medo e não mais o engano como no caso do erro e do dolo.

A coação, segundo Humberto Theodoro Júnior,³⁵ consiste no exercício de uma ameaça injusta sobre uma pessoa, para persuadi-la a celebrar um negócio jurídico que não celebraria ou, pelo menos, celebrá-lo-ia em condições diferentes, se não estivesse sob o temor da ameaça. Ou seja, é uma pressão exercida para lograr de alguém uma determinada conduta. Há que se distinguir entre coação física (*vis absoluta*) e coação moral (*vis compulsiva*), pois na primeira sequer há consentimento enquanto na segunda há um consentimento viciado em virtude da ameaça. Vale dizer que na violência moral existe um vício de vontade, pois ela é exercida sobre o ânimo e não sobre o corpo, como na violência física (*est animo, non corpori, illata*). Na coação física, como não há consentimento, o negócio é inexistente. O fundamento da coação é o medo imposto por uma ação humana oriunda de uma das partes ou terceiro envolvido. Para que a coação vicie o consentimento deve ser a causa do negócio jurídico, ou seja, provocar uma alteração no normal processo de formação da

34 NETO, Inácio de Carvalho. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 2012. vol. 1. Pág. 342.

35 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil. 2003. Vol. III. Tomo I. Nº 80. Pág. 165.

vontade, sendo a intimidação o motivo determinante da celebração do negócio jurídico maculado. Deve haver um nexo entre a ameaça e a manifestação da vontade, permanecendo o temor durante o tempo da celebração do acordo. Há que ser grave a ameaça, um verdadeiro mal de transcendência, já que “metus” em latim significa medo de morte, ou de tormento do corpo, ou de perda de membro do corpo, ou de perda da liberdade ou das cartas infamantes, implicando uma intensidade considerável (metus atroz). Também deve dizer respeito a ameaça de um mal injusto, como ato ilícito ou abuso de direito, sendo este uma ameaça que tenha por base um móvel antijurídico ou imoral, aproveitando-se o sujeito do exercício de um direito para praticar uma verdadeira chantagem. A ameaça deve ser contemporânea à celebração do negócio jurídico, atual ou iminente, mas uma iminência não necessariamente prestes a acontecer, podendo ser futura, desde que incuta na vítima o temor de um mal inelutável, inexorável. Por fim, a ameaça deve recair sobre a pessoa do ameaçado, em sua integridade física e moral, assim como de sua família ou de seus bens.

Estado de perigo é um dos vícios do consentimento que consiste no fato de alguém assumir obrigação excessivamente onerosa, para salvar de grave dano conhecido pela outra parte, o declarante ou pessoa de sua família.³⁶ O sujeito encontra-se premido pela necessidade de salvar-se a si ou a outrem de perigo iminente, motivo pelo qual celebra negócio jurídico assumindo obrigações exorbitantes. O estado de perigo pode advir de um fato natural ou de uma ação humana, ação essa que não foi criada com a intenção de extorquir da vítima a manifestação de vontade de celebrar o negócio jurídico, sem a intenção dessa específica intenção de coagir. Contudo, se a pessoa contratou premida dessas circunstâncias, sua vontade não é livre. O favorecido não praticou ameaça, mas aproveitou-se de um risco. O estado de necessidade, consistente em perigo de dano tanto para a pessoa do declarante, como de um membro de sua família ou mesmo de um terceiro, é o primeiro requisito para que seja reconhecido o estado de perigo. O segundo requisito é que o perigo seja atual ou iminente, ou seja esteja acontecendo ou prestes a acontecer. O terceiro requisito é que o dano seja de natureza grave, levando-se em conta as condições físicas e psíquicas da vítima, podendo ser putativo, bastando que o declarante pense que está em perigo, pois é esse o móvel de sua participação em um negócio desvantajoso. O quarto requisito é que o perigo de dano

36 TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral. 2012. Vol. I. Pág. 372.

incida sobre a pessoa do declarante, de alguém de sua família ou mesmo de outra pessoa, podendo dizer respeito tanto à vida, à saúde, à integridade física ou mesmo a honra do declarante, de membro de sua família ou de outra pessoa. O quinto requisito é que a outra parte saiba do estado de perigo em que se encontre a vítima, o chamado dolo de aproveitamento, em que o outro contratante aproveita-se do estado de perigo em que se encontra a vítima para exigir-lhe, em virtude disso, uma obrigação exorbitante, agindo com má-fé presumida. O sexto e último requisito do estado de perigo vem a ser a assunção de obrigação excessivamente onerosa em virtude do mesmo estado de perigo.

3.2 - Os efeitos do vício de manifestação da vontade no acordo de delação premiada

Configurado o vício de manifestação da vontade no acordo de delação premiada, seja por erro, dolo, coação ou estado de perigo a ilegalidade de tal acordo torna-se evidente se o Estado for identificado como agente indutor do vício, sob qualquer forma, fazendo incidir de forma direta o art. 5º, inciso LVI da Carta Magna que consagra a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos. Se o Estado identifica erro na formação da vontade do colaborador, não pode se omitir: deve procurar exaustivamente esclarecer todo o contexto envolvido e, se verificar uma incapacidade cognitiva no colaborador não tem o direito de prosseguir nas tratativas do acordo. Se em algum momento pode-se observar dolo dos agentes envolvidos nas tratativas, considerado assim como a indução ao erro ou omissão frente ao mesmo, deve ser desfeito o acordo. Se a coação por parte de algum agente representante do Estado for detectada em qualquer de suas formas, todo o processo de negociação estará viciado.

Situação idêntica, porém mais complexa, ocorre com a configuração do estado de perigo. O risco de dano pode ser externo às atividades estatais como no caso de ameaças de maior ou menor intensidade vindas do seu grupo criminoso ou de grupo criminoso rival que tenha acesso ao delator ou à sua família, seja no sistema penitenciário ou fora dele. Também pode ser um risco de dano envolvendo agentes

estatais, como no caso de corrupção de funcionários públicos, ou pode ser um risco de dano advindo da própria estrutura física penitenciária, onde o colaborador esteja ou tenha probabilidade de estar em ambiente insalubre e infectado por doenças, ou ainda esteja ou tenha probabilidade de estar em locais com alto risco de rebeliões com assassinatos de presos por rivalidade ou objetivando mera diminuição de presos por cela.

Seja diretamente o Estado através de algum agente corrupto ou indiretamente por omissão das garantias mínimas ao encarcerado, vemos o Estado como gerador, por ação ou omissão, do risco de dano ao mesmo tempo em que é o negociador que sabe do estado de perigo por que passa o colaborador. Quanto maior esse risco de dano do encarcerado mais a figura que se apresenta estará próxima ao constrangimento puramente físico ou moral irresistível, que excluem ou dominam a vontade, tornando o colaborador como apenas um instrumento da vontade do outro contratante. Formase uma simulação absoluta onde a vontade real do delator é livrar seu corpo (habeas corpus), e a vontade do Estado é de aproveitar-se do estado de necessidade em que se encontra o encarcerado. Simulação absoluta gera ato inexistente.

Sendo o acordo de delação premiada um meio de obtenção de provas, encontra limites na Constituição e na Lei. O princípio da liberdade probatória não é absoluto, devendo o intuito da busca da verdade real e a amplitude probatória estar contida nos marcos legais. É inimaginável uma persecução criminal ilimitada, sem contornos, onde os fins justificassem os meios, inclusive admitindo provas ilícitas.³⁷ Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, reforçando as garantias constitucionais, e eliminando os trapaceiros, tão desrespeitadores das regras quanto aqueles a quem procuram sancionar.³⁸

Nosso sistema não aceita que em nome da justiça ou de valores sociais seja o acusado punido de qualquer maneira, sem acatamento do devido processo legal; é indispensável que as regras do jogo de produção de provas sejam observadas. A prova é dita proibida ou vedada toda vez que sua produção implicar violação da lei ou de princípios de direito material ou processual: são as provas ilícitas e ilegítimas,

37 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2003. Pág. 414.

38 TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. 10ª Ed. Salvador. Jus Podium. 2015. Pág. 570.

respectivamente.

Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI:

“- são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

Código de Processo Penal, art. 157:

“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

[\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”.

O que se busca aqui é evitar a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectado o vício na prova como tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que ela seja desentranhada, e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes acompanhar tal expediente. Aury Lopes Jr. argumenta que “não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo!) que

ele fez”.³⁹

Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo também ser desentranhado dos autos (teoria dos frutos da árvore envenenada - fruits of the poisonous tree – ou teoria da ilicitude por derivação). Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro. Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho aduzem que “na posição mais sensíveis às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo”.⁴⁰

Uma das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada é a teoria da prova absolutamente independente ou teoria da fonte independente (‘independent source’ limitation) onde afirma-se que se existirem outras provas no processo, independentes da prova ilícita produzida, não se deve falar em contaminação. O processo poderá ser aproveitado se existirem outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, aptas a certificar a autoria e a materialidade delituosa.⁴¹ Não havendo nexos de causalidade entre a prova ilícita e as demais, o sistema de contaminação não se efetiva.

Outra exceção é a teoria da descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente (‘inevitable discovery’ limitation) onde afirma-se que se a prova que circunstancialmente decorre da prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. O que se deseja é impedir a contaminação de provas decorrentes de uma outra prova ilícita, caso o descobrimento da derivada seja inevitável. O nexo entre elas existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo se a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei, sendo apenas uma questão de tempo.⁴²

Temos também a teoria da contaminação expurgada (‘purged taint’ limitation) ou, como também é conhecida teoria da conexão atenuada (‘attenuated connection’

39 LOPES JR., Aury. Direito Processual e Sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. Pág. 573.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 7ª ed. São Paulo. RT. 2001. Pág. 137.

41 SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. Pág. 505.

42 Idem.

limitation) onde afirma-se que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada pode ser tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação; esta seria expungida. O liame causal (relação de causalidade) existente entre a prova ilícita e a derivada é de ser frágil em razão de circunstâncias relacionadas ao tempo, ao espaço ou à força determinante da prova primária relativamente à secundária. O que significa que a força determinante da prova ilícita para o conhecimento da derivada é pequena frente a outros fatores lícitos, não maculando por completo a prova secundária.

Por fim, temos que mencionar quais atores processuais podem avocar o ocorrido vício na manifestação da vontade do colaborador. O próprio colaborador, sem dúvida, junto ao juiz natural da causa, provocando o acontecimento da audiência prevista por ocasião da homologação do acordo de delação premiada. Também o Ministério Público em seu papel de “custos legis”, fiscal da lei, assim que identificar a ocorrência da ilegalidade da vontade viciada. O juiz, de ofício, logo que se convencer da distorção entre a vontade do colaborador e a manifestação da vontade formalizada no acordo. E, também, os supostos delatados como prejudicados por provas produzidas por meio ilegal ou derivadas de tais provas, tendo em vista que o delator pode estar ainda com sua vontade subjugada, seja consciente ou inconscientemente.

3.3 - O CÁRCERE E A VONTADE

O cárcere é uma realidade do mundo dos fatos. Quando precedido de uma persecução penal regular e determinado judicialmente, ganha o nome de prisão preventiva ou pena privativa de liberdade. O processo penal o legitima. Quando faltam esses requisitos, chama-se cárcere privado. É crime. Mas a base fática é uma mesma: um ser humano tem sua liberdade de locomoção reduzida a um mínimo que lhe garanta a sobrevivência. Deste modo, a vítima de um crime de cárcere privado e o autor de um crime preso legalmente estarão em situações similares no mundo dos fatos. E, sendo os dois personagens uma mesma base de análise, um ser humano, os efeitos sobre ambos serão iguais.

Estudos psiquiátricos feitos com vítimas de cárcere privado demonstram que tais pessoas desenvolvem sofrimento emocional, traumas e danos psíquicos, mesmo

quando encarceradas por curtos períodos. Dentre algumas modificações psicológicas que afetam tais pessoas estão o Transtorno de Estresse Pós-Traumático e a Síndrome de Estocolmo.

O Transtorno de Estresse Pós-Traumático foi analisado pelo Doutor Eduardo Ferreira Santos no trabalho intitulado “Avaliação da magnitude do transtorno de estresse em vítimas de sequestro”⁴³, onde afirma que o ato de sequestrar é suficientemente capaz de provocar nas vítimas danos morais e psicológicos, que podem manifestar-se de forma imediata ou tardia. O Manual de Classificação Internacional de doenças descreve que para a configuração do Transtorno de Estresse Pós-Traumático “o paciente deve ter sido exposto a um evento ou situação estressante (de curta ou longa duração) de natureza excepcionalmente ameaçadora ou catastrófica, a qual provavelmente causaria invasiva em quase todas as pessoas”. Julio Bobes Garcia, catedrático de psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de Oviedo, esclarece que: “...la situación estresante se refiere a aquellas em las que el individuo está em peligro grave, o em las que puedan estarlo em su pareja, hijos, familiares cercanos o amigos...”. Os sintomas presentes nas vítimas consistem basicamente em uma recordação persistente do evento traumático, ausência de responsividade e excitação mental.

No ano de 1973, dois assaltantes invadiram um banco em Estocolmo - Suécia. Após a chegada da polícia, os dois assaltantes fizeram quatro funcionários do banco como reféns, por seis dias. Quando os policiais fizeram o procedimento para libertação das vítimas, elas não aceitaram a ajuda das autoridades e usaram seus próprios corpos como forma de proteger a integridade física dos assaltantes. Estudos realizados a partir de tal situação chegaram ao contorno do transtorno psíquico que os acometera, que ficou conhecida como a Síndrome de Estocolmo. A Síndrome de Estocolmo pode ser definida como a implementação de certas condutas estranhas que demonstram a existência de um elo afetivo envolvendo a vítima com seu carcereiro. É uma resposta emocional produzida na vítima pelo cárcere, consubstanciada em sua total falta de defesa e na sua situação de extrema vulnerabilidade. Sentimentos de amor e ódio pelo carcereiro; gratidão exagerada por qualquer bondade demonstrada

43 SANTOS, Eduardo Ferreira. **Avaliação da magnitude do transtorno de estresse em vítimas de sequestro**. 2006. Tese (Doutorado em Patologia) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/T.5.2006.tde-24012007-164026. Acesso em: 2019-12-03

pelo agressor; negação ou racionalização da violência sofrida; visão de mundo a partir da ótica do agressor; percepção das pessoas que querem ajudar como más e das agressoras como boas; e, medo, muito medo; eis alguns dos sintomas dessa enfermidade. Ou seja, pode-se afirmar que quando uma pessoa é retida contra sua vontade, buscará desenvolver laços de afetividade como forma de sobrevivência. Estudo realizado por Emílio Meluk, em 1998 (*El secuestro, una muerte suspendida*) descreve os efeitos psicológicos do sequestro em suas vítimas, ressaltando que o refém, a partir do momento em que a Síndrome de Estocolmo se manifesta, se identifica com os propósitos dos sequestradores e expressa sentimentos de simpatia, sem que tenha um propósito deliberado ou um objetivo explícito. Alguns pesquisadores sustentam que, para que o desenvolvimento da síndrome seja favorável, é necessário que o sequestrado não seja agredido, violentado e que não sofra maus-tratos por parte de seus algozes, pois, se assim for ele não desenvolverá laços afetivos, ou seja, a agressividade deve ser gerada pela própria estrutura dos eventos para que a mente inconsciente identifique no carcereiro a fonte de sobrevivência. Além disso, as manifestações da enfermidade prolongam-se por um determinado período após a libertação da vítima, mas poderão ser superadas com ajuda profissional.

Como fica fácil de se perceber o cativo não atinge apenas o corpo do encarcerado, ele se impõe principalmente em sua mente. Os processos psíquicos patológicos instalam-se nos mais variados graus de intensidade, sendo de alta relevância a percepção de que um dos principais sintomas da Síndrome de Estocolmo seja exatamente a adesão afetiva do cativo ao seu agressor em um processo inconsciente de luta pela sobrevivência. O cativo adere mentalmente ao seu carcereiro **colaborando** com suas atividades.

Sigmund Freud explica o modelo estrutural da personalidade distinguindo três partes que a constituiriam: o “id”, o “ego”, e o “superego”. O “id” funciona pelo “princípio do prazer”, que significa o querer de tudo aquilo que possa satisfazer o momento, desconsiderando as dificuldades e obstáculos. O “ego” funciona pelo “princípio da realidade”, que percebe a existência de outras pessoas, seus desejos e necessidades, freando o comportamento egoísta e impulsivo, fazendo uma mediação entre tal comportamento e a moral. O “superego” funciona exatamente com a moral e os valores adquiridos e introjetados em nós pela sociedade e pelos nossos pais, fazendo um julgamento entre o certo e o errado. Em uma pessoa saudável, Freud identifica o

“ego” como sendo o mais forte, pois ele considera a realidade da situação, atendendo às necessidades do “id”, mas garantindo que o “superego” não seja perturbado. Resumindo: nem a rigidez moral nem o prazer desenfreado. No caso do delator, a escolha normal seria entre sua necessidade de liberdade e os valores de sua sociedade criminosa, e a escolha patológica surgiria quando se instala a necessidade de não morrer nas mãos da sociedade criminosa dentro ou fora do cárcere, ou quando surge a anomalia da necessidade de não morrer nas mãos do sistema penitenciário.

4 - ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

Nesse exato momento revela-se a anomalia existente nos cárceres brasileiros. O Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347/2015, anotou a ocorrência de violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica no sistema prisional brasileiro, conforme transcrição abaixo de parte do Informativo nº 798, de 7 a 11 de setembro de 2015.

PLENÁRIO

Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 6

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-

Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado

que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347)

Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental - 8

O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das

existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o

papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. O Tribunal, no que se refere às alíneas “a”, “c” e “d”, ponderou se tratar de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos juízes. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea “a”, por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como resultado, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria mais recomendável atuar na formação do magistrado, para reduzir a cultura do encarceramento. No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária

na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347)

As palavras são fortes, mas a realidade subjacente é muito superior no que tange à degradação humana presente no sistema prisional brasileiro.

A Constituição Federal determina ao Estado Brasileiro, em sua acepção ampla, em seu art. 5º, incisos XLVII, XLVIII e XLIX que:

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;"

A Lei de Execuções Penais determina ao Estado Brasileiro, em sua acepção ampla, em seu art. 88 que:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).”

Contudo, o Estado Brasileiro não cumpre sua própria Constituição e, por omissões ou ações, mantém seres humanos em cubículos de concreto, quando não em contêineres de metal, não individuais, superlotados por não garantirem os 6 m² individuais, onde a temperatura em grande parte do dia passa de 50° C, sem aeração suficiente que garanta a cota de oxigênio mínimo, sem entrada de luz solar, normalmente com uma única latrina onde todos tem que satisfazer suas necessidades. Além dessas condições estruturais, que já seriam criminosas se fossem aplicadas a um animal, as penitenciárias brasileiras admitem e convivem com a existência de facções criminosas no seu ambiente interno, chegando mesmo a classificar a entrada dos prisioneiros por tais facções. Motins de presos, que se matam por rivalidade entre facções ou para simplesmente diminuir o número de presos entulhados como material inservível em depósitos sujos e insalubres, são frequentes e ocupam os noticiários jornalísticos. Ele, o Estado é o garantidor da vida, saúde, integridade física e mental dos encarcerados em seu sistema penitenciário, e, quando tais bens são danificados, deve o Estado responder objetivamente.

No RE592581/RS o Ministro Ricardo Lewandowski expõe de modo magistral e realístico sua percepção da tragédia que vivem diariamente os encarcerados no Brasil:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA

ADMINISTRAÇÃO. (...) O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica de efetivação desses direitos fundamentais. (...) Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. (...) Pois a 'reserva do possível', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos. (...)" (fls. 377-378 – grifos meus).

E o voto segue:

4. Algumas notas históricas

Como se descreve na obra História das prisões no Brasil, que toma de empréstimo expressão de Olavo Bilac, as primeiras prisões então consideradas “modernas” já nasceram “tortas e quebradas”, constituindo, pois, um problema mais do que secular no Brasil. Muito embora a Constituição de 1824, bem como o Código Criminal de 1830, tenham introduzido uma concepção mais “aggiornata” acerca da pena de prisão em nosso País, o que se percebeu ao longo do tempo foi uma completa ausência de propostas no sentido de criar-se estabelecimentos prisionais adequados, que pudessem, ainda que minimamente, dar efetividade aos comandos legais previstos naqueles textos normativos. Interessantemente, a Constituição Política do Império já consignava, em seu art. 179, XXI, que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas e que haveria diversas casas para separação dos apenados, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes, além de ter abolido, no inciso XIX daquele mesmo dispositivo, “os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”. Por sua vez, o Código Criminal do Império trouxe a previsão de pena privativa de liberdade, acrescida de atividades laborais para a maior parte dos crimes, redefinindo a função das prisões, que passariam, a partir de então, a ser “(...) não mais um lugar de passagem à espera da sentença final, decretada geralmente em forma de multa, degredo, morte ou trabalhos públicos, mas [passariam a adquirir] um papel importante na organização da sociedade brasileira na primeira metade do século XIX”. Partindo-se da premissa de que a pena teria a função de separar temporariamente o criminoso da sociedade e, depois de cumprida,

requalificá-lo para que nela pudesse regressar, foram construídas, desde a metade do século XIX, “Casas de Correção” nas principais cidades brasileiras, pensadas como estabelecimentos fechados, voltados para disciplina, educação e trabalho, “já que o desvio do indivíduo era interpretado, muitas vezes, como falta de instrução e ignorância”. Ocorre que, mesmo naquela época, os problemas carcerários já se mostravam preocupantes, porquanto as manchetes dos jornais noticiavam, com frequência, rebeliões, fugas em massa, maus-tratos de detentos, além de denúncias de corrupção por parte de administradores das prisões, escancarando a desorganização e o abandono dessas Casas de Correção. O relatório elaborado por uma comissão designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, nos idos de 1905, após visita à Casa de Correção do Estado do Rio de Janeiro, além de veicular críticas às condições físicas e de higiene daqueles estabelecimentos, explicitava ainda o seguinte: “O que a Comissão encontrou, e denuncia a V. Ex., foi um depósito de presos, onde tudo é primitivo e desordenado, praticado sem plano, sem conhecimento do que seja sistema penitenciário que tem de ser executado em todas as suas partes, sem discrepância, harmonicamente, para poder atingir seus elevados e humanitários fins (...) E para que fique bem firmado na memória de V. Ex. o que a Comissão pensa, em resumo, ela dirá: A Casa de Correção não tem administração, não tem sistema, não tem moralidade ou melhor: Não há Casa de Correção”. Essa era no passado, e continua sendo no presente, só que em escala ampliada, a situação de nosso sistema prisional.

Continua o voto de forma trágica:

5. Panorama atual das prisões brasileiras

Ouso assinalar, desde logo, que até o mais desinformado dos cidadãos possui algum conhecimento acerca do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, o que faz com que tal problema ultrapasse as fronteiras do Rio Grande do Sul, constituindo, de resto, antiga mazela nacional. O senso comum não nega - ao contrário, reafirma - que o histórico das condições prisionais no Brasil é de insofismável precariedade. Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios. Esse evidente caos institucional, à toda evidência, compromete a efetividade do sistema prisional como instrumento de reabilitação social dos detentos, a começar pela carência crônica de vagas, que faz com que os estabelecimentos carcerários sejam verdadeiros “depósitos” de pessoas. De acordo com o relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em junho de 2014, o déficit de espaço nas prisões brasileiras ultrapassou a soma de 230 mil vagas, fato que constitui uma das principais causas que contribuem para o agravamento da crise no sistema. Os fatores negativos acima descritos, fartamente veiculados pelos meios de comunicação, longe de representarem qualquer sensacionalismo midiático, revelam o cenário dantesco a que são submetidos os presidiários em nosso País. Abundam relatos de detentos confinados em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias; de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalam diversos “andares” de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação

prevista; de total promiscuidade entre custodiados primários e reincidentes e, ainda, entre presos provisórios e condenados definitivamente; de rebeliões em que agentes penitenciários e internos são feridos ou assassinados com inusitada crueldade, não raro mediante decapitações. Ressalto que, longe de buscar escandalizar, o escopo dessa abordagem é apenas contextualizar a discussão travada nestes autos e evidenciar uma realidade que deve ser enfrentada com medidas efetivas, não só por esta Suprema Corte, em particular, e pelo Judiciário, como um todo, mas também pelas demais instituições públicas e mesmo privadas, direta ou indiretamente, envolvidas na questão.

6. Descida ao Inferno de Dante

Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados brasileiros. A partir delas, esse cenário de horror começou a ser melhor conhecido dentro e fora do Judiciário, especialmente depois da realização dos denominados “Mutirões Carcerários”, instituídos em 2008 pelo referido órgão. Permito-me extrair, a título ilustrativo, excerto do relatório de inspeções realizadas em estabelecimentos penais e socioeducativos no Estado do Espírito Santo, em maio de 2009, abaixo transcrito: “(...) No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço. O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece

qualquer divisão entre os presos. (...) No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio. Em Novo Horizonte há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto. Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósito de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento. Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol. (...) Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas. (...) Ainda na mesma DPJ [Vila Velha] havia um preso seriamente ferido que sangrava muito. O sangue escorria no chão por baixo dos demais presos. (...) No Presídio Modular, embora afirme o diretor que o direito à visita era permitido, as visitas só ocorriam no parlatório, um espaço entre grades de segurança destinado a receber visitas para os detentos. A dificuldade, contudo, era que essas grades só permitem o contato visual, sem ao um menos (sic) um cumprimento, aperto de mão, etc. (...) Com tais restrições e sem acesso à televisão, rádio ou jornal, os presos não têm contato com o mundo exterior. Muitos não acompanham notícia alguma. Os presos provisórios não votam. Em nenhum estabelecimento havia biblioteca – não lêem, não estudam,

não têm atividade recreativa, ficam o tempo todo ociosos. A frase mais ouvida dos diretores dos estabelecimentos era a de que os presos apenas permaneciam presos porque eles (os presos) assim o desejavam. As condições para fugas e rebeliões são sempre renovadas”. Relativamente aos estabelecimentos destinados à internação de menores da mencionada unidade da federação, segue o relato: “É grave a situação das instituições sócio-educacionais, sem qualquer separação de idade e compleição física. Não há separação entre educandos maiores e menores. Na Unidade de Internação Sócio-Educativa alguns deles dividiam o mesmo espaço em contêineres a céu aberto. (...) Duas dessas caixas metálicas estavam expostas ao sol, sem banheiros e sem água encanada. Nessas condições, eram obrigados a defecar e urinar dentro do próprio contêiner e, ao início do dia, o piso era lavado e os excrementos depositados ao lado das caixas metálicas. O cheiro é repulsivo. Uma das celas estava fora de prumo e os excrementos dos adolescentes ficavam acumulados como um córrego no canto sulcado do caixote. Alguns adolescentes vomitavam. (...) Falta-lhes, ainda, tratamento condigno. Vários menores estão em contêineres. Dois desses módulos estão expostos às intempéries climáticas. Sob o sol, o calor dentro da caixa chega a 50°” (grifos meus). A propósito, notícia de 17/11/2009, veiculada em portal da rede mundial de computadores, registrou que duas celas do Departamento de Polícia Judiciária – DPJ, de Vila Velha, tiveram de ser temporariamente interditadas, pois estavam cheias de fezes, sujeira e muito lixo.

7. Excursionando pelo Hades

Tomo ainda como exemplo dessa verdadeira chaga institucional a situação descrita no relatório das visitas de

inspeção realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, no Estado do Rio Grande do Sul, entre os dias 13 e 14 de julho e 10 e 11 de agosto de 2009 15: “(...) O Presídio Central de Porto Alegre – PCPA - destina-se à custódia de presos em regime fechado e provisórios, do sexo masculino, contendo 4.807 presos na data da inspeção (13 de julho). A capacidade do estabelecimento é de 2.069 presos, sendo que as celas possuem diferentes metragens (6 a 19,96 m²). (...) A estrutura predial dos estabelecimentos visitados está em péssimas condições, necessitando de reformas estruturais, hidráulicas, elétricas e sanitárias. (...) As infiltrações nas paredes são visíveis, inclusive nas alas recentemente inauguradas. O presídio possui extensa área onde é lançado o lixo a céu aberto, onde escorre água e esgoto o dia todo, contribuindo para a proliferação de insetos e pragas. Durante a inspeção, foram vistas várias ratazanas percorrendo o pátio e as paredes externas das galerias. Os Promotores de Justiça que nos acompanhavam relataram que o Ministério Público já propôs ação civil pública em face do Estado visando à retirada do lixo do local, mas as decisões judiciais ainda não haviam sido cumpridas. Ademais, os quatro novos pavilhões construídos no final do ano de 2008, com capacidade para 492 vagas, não resolveram a questão da superlotação carcerária. Presos provisórios e condenados dividem mesmas celas e pátio de banho de sol, em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 84, da Lei de Execução Penal. (...) Visita ao Albergue Padre Pio Buck: (...) As condições são subumanas, constatando-se uma desagradável superlotação, péssimas instalações 27 físicas (especialmente elétricas e hidráulicas), que, inclusive, põem em iminente risco a vida, a incolumidade física e a saúde dos que ali se encontram ‘enjaulados’. É

comum ver ‘gambiarras’ em todos os alojamentos visitados, já que toda a parte elétrica está descoberta e possui ligações indevidas. Os internos têm por costume usar fogões elétricos, que além de serem ligados por fios descoberto, cruzam a cela, ficam muito próximos das colchas, toalhas e roupas, o que, por um mínimo descuido, pode ocasionar uma tragédia” (grifos meus). Embora tenha pinçado como exemplos os relatórios de inspeções referentes aos Estados do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, é de sabença geral que a realidade do sistema prisional brasileiro, como um todo, não difere substancialmente do que neles foi constatado.

Essa é uma descrição constante em voto de Ministro de nossa Suprema Corte, onde nossa crença na humanidade afunda em lodaçais de desânimo.

O ano de 2017 foi marcado por casos graves de violência nas prisões brasileiras, tendo ocorrido uma luta entre facções rivais com atuação intramuros das penitenciárias dos Estados do Amazonas e Roraima, luta esta que resultou em 126 mortes, a maioria delas por decapitação. Contudo, os relatórios do CNJ já demonstravam o caos em que viviam os presos por todo o país, nos quais se verificava um déficit de mais de 200.000 vagas. Um ambiente de tortura, estupro, preconceito, problemas sanitários, corrupção, tráfico, agressões e homicídios. Tudo dentro de uma estrutura física insatisfatória e insalubre, criando um micromundo de horror que já foi denunciado por organizações nacionais e internacionais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. O ministro decano do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello já destacou o “descaso, negligência e total indiferença do Estado”⁴⁴, afirmando que “a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia”. Há pouco tempo José Eduardo Martins Cardoso, então Ministro da Justiça, deu a seguinte declaração: “Do fundo do meu coração, se fosse

44 SARMENTO, Daniel. As Masmorras Medievais e o Supremo. In: JOTA. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>. Acesso em dez.2019.

para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer.”.

O Estado de Coisa Inconstitucional é o instituto que melhor delinea os contornos de nossa realidade carcerária. Esta teoria nasceu dos “structural remedies” dos Estados Unidos, em especial no caso de Marbury X Madison, diante da omissão dos grupos responsáveis pela inclusão dos negros nas escolas do sul dos Estados Unidos, em que a Suprema Corte Norte Americana adotou uma posição ativista que buscava direcionar as políticas públicas a serem implantadas e controlar mais firmemente essa aplicação⁴⁵. A Corte Constitucional Colombiana o reconheceu pela primeira vez em 1997 quando estava em jogo a aplicação de direitos previdenciários professores colombianos (Sentencia de Unificacion nº 559/1997); em um segundo contexto, a questão penitenciária colombiana, após provocação envolvendo as penitenciárias de Medellín e Bogotá (Sentencia de Tutela nº 153/1998); e, em um terceiro contexto, necessitou enfrentar a violação massiva de direitos fundamentais junto às populações deslocadas em razão da violência no país (sentencia T-025/2004). Tais enfrentamentos jurisdicionais, definiram os requisitos cumulativos do que hoje é conhecido como Estado de Coisa Inconstitucional. O primeiro deles é a existência de um litígio estrutural, não bastando a mera proteção ineficiente para o reconhecimento do ECI. O segundo é a existência de um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, não bastando afrontas pontuais. O terceiro é a deliberada omissão dos Poderes Públicos em fazer frente ao contexto estrutural de massiva violação de direitos. Assim, o problema a ser enfrentado deve ter uma expressão caótica que afeta a todos no estado de direito, direta ou indiretamente.

A pena propõe-se como solução para o problema da criminalidade, mas sua execução, agora, torna-se um novo e, talvez, maior problema. Ferrajolli, em seu livro “Direito e Razão”⁴⁶, afirma que “a história das penas é mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos”. Desnecessário prolongar-se sobre as pontuações de Beccaria e Foucault, os quais criticaram as penas e os sistemas penitenciários, um em época distante e outro mais contemporaneamente.

45 LIMA, Luiz eduardo Bonfim. O estado de Coisas Inconstitucional no contexto da crise Carcerária Brasileira. Revista Jus Navigandi. ISSN 1518-4862. Teresina. Ano 24. nº 5771. 20 abr 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67628>. Acesso em 9 dez. 2019.

46 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. Pág. 310.

Limitamo-nos à nossa legislação pátria e atual. Quando o cidadão comete um fato típico, ilícito e culpável, possibilita-se ao Estado exercer o “jus puniendi”. Contudo, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, a teoria mista ou unificadora da pena. E o Art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) inicia assim:

“Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

“Harmônica integração social do condenado” passa pela conservação de todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso.

5 - CONCLUSÃO

A negociação processual é uma realidade que vem se impondo. O Código de Processo Civil de 2015 prevê no Art. 3º a cláusula de eleição de foro, no Art. 373, § único, a fixação de calendário processual para a prática dos atos processuais (Art. 191), a renúncia da parte ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (Art. 225), a suspensão convencional do processo (Art. 313, II), a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevante para a decisão de mérito na fase de saneamento (Art. 357, § 2º), a distribuição convencional do ônus da prova, a mediação, a arbitragem, e, mais especificamente, a cláusula geral de negociação processual insculpida no Art. 190, caput e seu parágrafo único, inovam o ordenamento jurídico brasileiro ao possibilitar acordos procedimentais, ajustados conforme a vontade e interesse das partes.

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus

ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

O Processo Penal já vinha evoluindo nessa direção, conforme mostramos no capítulo referente à colaboração premiada, com a introdução de institutos voltados mais precipuamente para a confissão e delação premiadas, que objetivam a colaboração com a persecução penal, e que culminaram na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) onde foi delineado um contorno de negócio processual.

Contudo, conforme se vê na Legislação Processual Civil, e nos casos em que os bens protegidos são disponíveis, nem mesmo ali abriu-se mão do controle por parte do juiz sobre os casos de nulidade, abusividade de cláusulas ou se for caso de vulnerabilidade de alguma das partes.

Todo nosso estudo nos trouxe a esse ponto em que confirmamos que o encarcerado, na quase totalidade dos cárceres do sistema prisional brasileiro é, de fato e de direito, uma parte vulnerável ou mais que isso: um ser humano doente e com sua capacidade volitiva muito reduzida. Então, passamos a responder os questionamentos que nos fizemos na introdução do estudo.

O delator preso ou em vias de sê-lo em um sistema prisional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como em ECI (estado de coisa inconstitucional) possui liberdade de manifestação de sua vontade para colaborar com a investigação contra si mesmo e seus comparsas em troca de benefícios que visam retirá-lo dessa situação inconstitucional? Apesar de ser “não” a resposta geral, há que se observar o caso concreto do encarceramento do pretense delator. Primeiramente, o Ministério Público, numa fase anterior à negociação dos termos do acordo de delação premiada, como

garantidor da ordem jurídica, deve enxergar de onde vem, por onde tenha passado ou para onde provavelmente irá tal preso no contexto do sistema carcerário. Se for de, ou para, unidades que não cumpram estritamente os requisitos estruturais mínimos da Lei de Execuções Penais (Art. 82 a Art. 104), ou que contenham divisões em facções criminosas toleradas pelo Poder Público, ou que tenham sido palco de rebeliões, tal preso não deve ser admitido à delação por presunção de estar em estado de perigo (Art. 156 do Código Civil) e, portanto, com sua vontade premida pelas condições inconstitucionais a que foi, está ou será submetido.

Não é flagrante que o direito a não estar submetido a uma inconstitucionalidade preexiste a qualquer pretensão benefício de delação premiada? Sim, nem mesmo é benefício ser retirado de tal sistema de pavor: é um direito do cidadão e dever do Estado. Assim, dar o que se deve não cria crédito, extingue débito. Um sistema criminal que deve a dignidade mínima a seus encarcerados não tem o que oferecer. Só quando e onde o Estado cumprir sua própria legislação será admitida uma negociação honesta.

Deve o Magistrado homologar o acordo de colaboração premiada de um ser humano premido pelo medo de ser submetido a uma situação de inconstitucionalidade pelo Estado que deveria protegê-lo dela? Não. A ilegalidade é flagrante, na medida em que a manifestação de vontade do colaborador está viciada, e o Magistrado não deve homologar esse acordo. Estado de perigo é um dos vícios do consentimento que consiste no fato de alguém assumir obrigação excessivamente onerosa, para salvar-se de grave dano, atual ou iminente, conhecido pela outra parte. Chegamos, então, ao ponto central de nosso estudo: o ser humano comete um crime; está encarcerado ou em vias de sê-lo em uma unidade do sistema prisional brasileiro; ele deve cumprir sua pena privativa de liberdade nos estritos parâmetros constitucionais e legais: é seu dever e seu direito; tem como sua situação atual ou iminente um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional gerado por ação ou omissão do próprio Estado que o encarcerou; o Estado reconhece através de sua Suprema Corte que a situação desse homem, dentro do sistema prisional, é de vítima de crueldade advinda desse mesmo Estado e, contrariamente a cessar a crueldade ou retirá-lo de tal contexto pelo simples fato de que a ninguém deve-se submeter a uma pena cruel, propõe-lhe a melhora das condições ou a soltura se ele confessar e colaborar na investigação contra si mesmo e seus corrêus. Está livre a manifestação de vontade do colaborador

no acordo celebrado se foi premido por circunstâncias inconstitucionais e ilegais geradas pelo outro contratante que é o próprio Estado que se omite tendo dever de agir? O Magistrado ao se deparar com o ato de homologação de um acordo de delação premiada tem por dever atentar para a regularidade, legalidade e voluntariedade de tal acordo, conforme preceitua a Lei 12.850/2013, e além disso, aplicar o Art. 190, § único do CPC. Deve olhar para aquele homem diante de si e indagar o grau de liberdade psíquica envolvida no acordo celebrado, perceber o grau de vulnerabilidade de tal pessoa, avaliando o contexto prisional concreto de onde esse homem está querendo emergir ou não submergir.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/1990). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/1998). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei Antitóxicos (Lei 11.343/2006). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. BRASIL, Lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>

. GOMES, Luiz Flávio. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação:

questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Luiz Flávio gomes, Marcelo Rodrigues da Silva. - Salvador: Jus PODIVM, 2015.

. NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa. 3. ed. rev. atual. e ampl. - {2. reimpr.}. Rio de Janeiro : Forense, 2017.

- . NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 2. 8. ed. Rio de Janeiro. 2014.
- . BRITO, Michele Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade - 2. tiragem. Belo Horizonte : D'Plácido, 2017.
- . JAKOBS, Günther. Direito penal no inimigo: noções e críticas. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luíz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre : Livraria do Advogado. ed. 2007.
- . PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento, 2. ed., Curitiba: Juruá, 2013.
- . FERRO, Ana Luiza Almeida. Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira, Gustavo dos Reis Gazzola. Curitiba: Juruá, 2014.
- . CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado – comentários à nova lei sobre o crime organizado – lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm. 2013.
- . ARRUDA, Rejane Alves de. Org. Ricardo Souza Pereira. Organização Criminosa – comentários à lei 12.850, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.
- . MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado: anotações à lei 9.034/1995 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- . CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade Organizada e Globalização Desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos editora. 2014.
- . FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6. Ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2007.
- . ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categoria fristrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, ano 1. V.1, 1996.
- . RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. Estudos de Processo

Penal. São Paulo: Scortecci. 2011.

. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei do crime organizado – lei 12.850/2013. Porto Alegre: Magister. 2014.

. LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2. ed. Bahia: Jus Podivm. 2014.

. ROSA, Alexandre de Moraes da. Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2. ed. Rio de Janeiro: 2014.

. MORO, Sérgio. Crime de Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. RBCCRim, n. 42, jan-mar. 1994.

. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado – lei 12.850/13. São Paulo: Atlas. 2014.

. PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada – legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá. 2013.

. JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. Crime organizado e a lei 12.850/13. São Paulo: Verbatim. 2014.

. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

. Manual de Colaboração Premiada, redigido, em sua proposta original, pelo juiz federal Rafael Wolff e revisado pela ENCCLA-Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro.

. REIS, Lorena Vieira dos. Colaboração premiada : análise teórica e prática. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5455, 8 jun. 2018. Disponível em <<https://www.jus.com.br/artigos/63449>>

. BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em <<https://www.luisrobertobarroso.com.br>>

. LIMA, José Antônio Farah Lopes de. Delação Premiada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos. Disponível em <<https://www.ambientelegal.com.br>>