

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA

**O REGIME DE VERIFICAÇÃO DA “DELAÇÃO PREMIADA”
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA

O REGIME DE VERIFICAÇÃO DA “DELAÇÃO PREMIADA”
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PORTO ALEGRE/RS

2019

THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA

O REGIME DE VERIFICAÇÃO DA “DELAÇÃO PREMIADA”

NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral

PORTO ALEGRE/RS

2019

THEODORO BALDUCCI DE OLIVEIRA

O REGIME DE VERIFICAÇÃO DA “DELAÇÃO PREMIADA”
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada com Voto de Louvor em 17 de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

Universidade Federal do Paraná – UFPR – Brasil

Ficha Catalográfica

O48r Oliveira, Theodoro Balducci de

O Regime de Verificação da "delação premiada" no processo penal brasileiro / Theodoro Balducci de Oliveira . – 2019.

153 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral.

1. delação premiada. 2. saber inquisitório. 3. cristianismo. 4. governamentalidade. 5. neoliberalismo. I. Amaral, Augusto Jobim do.
II. Título.

AGRADECIMENTOS

Cursar o Mestrado em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) era um sonho de muito tempo, que se realizou certamente no período mais difícil da minha vida. Eu não teria sido capaz de chegar até esta etapa do curso – com a conclusão dos créditos e depósito desta dissertação – sem o auxílio, a ajuda e o carinho que obtive de pessoas muito especiais dentro da própria PUCRS. Fossem outras, talvez eu tivesse interrompido o mestrado em algum momento, possivelmente logo no início.

Realmente, eu não teria cursado este mestrado sem o apoio da querida Professora Dra. Ruth Gauer, que tão bem me acolheu na aula inaugural e ao longo de toda esta trajetória. Tampouco poderia fazê-lo sem a atenção e a paciência do Professor Dr. Augusto Jobim do Amaral, que me orientou e me incentivou a cada instante, mostrando-se sempre solícito e afável, sempre com um sorriso no rosto. Como verdadeiro orientador, o Professor Augusto soube extrair o que eu poderia entregar de melhor em cada fase do mestrado. Tenho por ele uma profunda admiração, pessoal e intelectual.

Sem o carinho e a amizade da Márcia Lopes, que me fez lembrar dos prazos de matrícula a cada semestre e de tantos outros compromissos acadêmicos, inevitavelmente algo teria ficado para trás: ou a data para entrega de algum trabalho ou documento ou, no mínimo, meus cabelos ou sanidade. Com sua tranquilidade e gentileza, a Márcia fez tudo ser mais fácil. E o Uillian Vargas também: grande cara, que tinha sempre uma boa e acalentadora palavra de apoio. Talvez ele não sabia o quanto tais palavras de aconchego tenham sido importantes nos momentos mais críticos.

Os amigos e colegas de mestrado também foram essenciais. Sem o companheirismo de Tiago Bunning, Marcos Melo, Gustavo Alberine Pereira e Fernando Vechi, com quem dividi o Apartamento 9 na primeira parte do curso, e sem a amizade de Hélder Furtado Mendes, Ítalo Rabelo, Manoel Alves Júnior e Christian Tombini, este mestrado não teria o mesmo colorido. Com eles aprendi muito, conheci autores novos, discuti premissas e melhorei minha capacidade de raciocínio.

Por tudo isso, eu os agradeço, do fundo do meu coração. Agradeço também a todos os professores do programa, especialmente aos Professores Drs. Nereu Giacomolli, Ricardo J. Gloeckner, Aury Lopes Jr. e Giovani Saavedra.

Reservo um agradecimento especial ao Professor Dr. Fabio Roberto D'Avila, homem que desde a primeira aula passei a admirar: como pessoa, como acadêmico e, mais recentemente, como advogado criminal. Suas palavras e atitudes me inspiram a ser sempre melhor: um melhor pai, um melhor aluno e um melhor advogado criminal. Agradeço, ainda, ao Professor Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira, a quem também admiro em todos os aspectos da vida. Sou realmente um privilegiado por tê-los como sócios e amigos.

Nada disso, porém, teria sido possível sem o apoio diuturno e a incansável dedicação da minha companheira, esposa, melhor amiga e eterna namorada Greyce Miriê Tisaka de Oliveira. Ela é a verdadeira heroína por trás desta história e a razão de eu ter conseguido caminhar até aqui. A Greyce não apenas me deu o suporte necessário para a consecução do meu sonho, como cuidou, lá em São Paulo/SP, de tudo sozinha durante todo o período do mestrado. E os desafios não foram poucos. Ela, melhor do que ninguém – melhor do que eu mesmo –, conhece a extensão de cada um deles. Eu a agradeço, neste momento, e a agradecerei por toda a minha vida.

Mas não só. A ela também dedico este trabalho. Cada uma de suas linhas foi e é uma conquista nossa, como casal. Se pude escrevê-las é por que a Greyce estava cuidando e amando e se dedicando às nossas filhas, Helena e Bianca, que dão sentido a tudo isso. A elas também agradeço (pelos abraços e sorrisos calorosos) e, mais do que isso, dedico este trabalho, que tanto tempo subtraiu de nossa convivência em um momento da infância que não volta e não pode ser compensado. Eu as amo mais do que tudo.

Por fim, agradeço aos meus pais, que souberam me apoiar mesmo afirmando que era uma loucura cursar este mestrado, longe de casa, naquele momento. Hoje eles sabem que eu fiz a coisa certa.

A todos eles, meu muito obrigado!

RESUMO

A delação premiada é fruto de sociedades confessionais orientadas por um saber inquisitório, despreocupado com a veracidade de seu conteúdo. Introjetada na subjetividade ocidental por meio do cristianismo como instrumento de governamentalidade, judicializada por meio da penitência tarifada e secularizada pela crença na ameaça de um ser onipotente, a confissão rapidamente se torna um eficaz mecanismo de controle e submissão, além de legitimação do poder punitivo, que rapidamente desenvolve sua forma qualificada: a delação premiada. Nas sociedades neoliberais contemporâneas, por sua vez, a delação premiada se desenvolve por meio de um discurso utilitarista e mercantilizado, que reduz garantias fundamentais a meras *commodities* e o processo penal, especialmente no Brasil, a mera etapa de legitimação de condenações dos delatados, independentemente de qualquer prova. Ao entrar como verdade no processo penal brasileiro, a delação premiada atua como verdadeira instância redutora de complexidade, apresentando ao juiz e à sociedade uma sedutora narrativa que não admite contraprova e conduzindo a condenações materialmente injustas.

Palavras-chave: delação premiada; saber inquisitório; cristianismo; governamentalidade; neoliberalismo.

ABSTRACT

Turn state's evidence emerges as a result of confessional societies based on inquisitorial knowledge unconcerned from the accuracy of its substance. Inherent to western civilization's subjectivity thanks to the use of Christianity as an instrument of governmentality, judicialized through charged penance and secularized by the belief in treats coming from an omnipotent being, confession increasingly becomes an effective mechanism of control and submission, aside from the legitimization of punitive power, that rapidly evolves to its qualified mode: turn state's evidence. In contemporary neoliberal societies, on the other hand, turn state's evidence is developed by means of an utilitarian and commercialized speech which reduces basic guarantees to mere commodities and criminal procedure, specially in Brazil, to simply legitimizing a step towards the conviction of the denounced regardless any evidence. When it arises as the the truth in Brazilian criminal procedure, turn state's evidence performs as an actual instance reducing complexity and bring forward to the judge and to society a seductive narrative that does not admit counterproof and which ultimately leads to materially unjust convictions.

Keywords: turn state's evidence; inquisitorial knowledge; Cristianity; governmentality; neoliberalism.

“A lei tem ouvidos pra te delatar

Nas pedras do teu próprio lar”

(Chico Buarque – Hino de Duran)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 AS PRÁTICAS DELATÓRIAS E O PAPEL DA CONFISSÃO	
1.1 A confissão nas instituições e a despreocupação com o dizer veraz.....	16
1.2 Confissão como instrumento de governamentalidade: um tributo ao cristianismo.....	26
1.2.1 A confissão e as duas grandes obrigações de verdade próprias do cristianismo: verdade de si e verdade do texto (dogma).....	36
1.2.2 A judicialização da confissão na Igreja romana: a penitência tarifada.....	37
1.2.3 A confissão perante o discurso canônico e sua fluidez secular.....	44
1.3 A confissão enquanto prática judiciária: a Inquisição e o método inquisitório.....	48
1.3.1 A <i>Cruzada Albigense</i> e a origem da Inquisição medieval.....	49
1.3.2 A Inquisição: tortura, confissão e delação em uma lógica irretorquível.....	56
1.3.3 O inquérito e método inquisitório: uma nova maneira de saber.....	61
1.4 A sanção legitimada pela confissão: as provas tarifadas e a enunciação da verdade.....	69

2	UM PROCESSO PENAL DE MERCADO: OS EFEITOS DO UTILITARISMO EFICIENTISTA	
2.1	Neoliberalismo e pós-democracia: os novos usos da confissão.....	72
2.2	<i>Plea bargain</i> , delação premiada e seus desdobramentos neoliberais.....	85
2.2.1	O delator como empresário de si mesmo (e objeto do processo).....	92
2.2.2	A disfuncionalidade dos atores judiciais na negociação da delação premiada e o reforço do inquisitorialismo processual penal brasileiro.....	96
2.2.3	A depreciação das garantias fundamentais como consequência necessária da delação premiada.....	103
2.3	O regime de verificação delatatório no processo penal brasileiro.....	105
2.3.1	Delação premiada como verdade e a ruptura com a incerteza no processo penal inquisitório: o regime de verificação em <i>Édipo-Rei</i>	109
2.3.2	A falácia da necessidade de prova corroborativa da versão do delator para a condenação do delatado.....	116
2.3.3	O processo penal como golpe de cena (reduzora em sua complexidade).....	126
	CONCLUSÃO.....	131
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134

INTRODUÇÃO

“Alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum.”¹ Com estas palavras Franz Kafka principia *O processo*, obra seminal, tão representativa do século XX e que traduz a mais fina expressão do adjetivo *kafkiano*: “uma situação complexa sem saída.”² E que leva, exatamente por tal razão, o protagonista em algum momento a se conformar e a se deixar marcar pela ignomínia dos culpados. “Como um cão”, diz Josef K., afinal, com os olhos se apagando frente aos carrascos que lhe executavam a sentença. “Era como se a vergonha devesse sobreviver a ele”, encerra na sequência o autor tcheco,³ em um coice revelador da insaciedade do poder punitivo (mesmo ante a pena capital) em certos processos penais.

Se a obra – como, aliás, todo o arcabouço literário produzido por Franz Kafka – pode ser considerada a exacerbação do *mundo administrado* por meio de uma distorção artística que revela o absurdo constante de práticas tidas como racionais,⁴ mostra-se também verdadeiro que uma tal distopia é, na essência e em certa medida, o panorama concreto de um processo penal de emergência⁵ que já se vivencia na prática cotidiana forense. À exemplo do ocorrido com Josef K. em seu trigésimo aniversário, prisões (temporárias ou preventivas) sem substrato material ou requisitos de cautelaridade concretos foram e têm sido decretadas a granel com base em depoimentos premiados de investigados e acusados no Brasil dos últimos anos.

O (res)surgimento desse expediente processual penal é típico de legislações de emergência tanto em países de *common law* quanto de tradição europeia-continental. Foi mecanismo da emergência processual penal italiana na década de 1980, contra a criminalidade terrorística e depois contra o narcotráfico, o sequestro e a participação em organizações mafiosas; da emergência processual penal alemã, também ligada sobretudo ao terrorismo; da legislação emergencial espanhola, pelos mesmos motivos; dos ordenamentos inglês e irlandês nesse mesmo contexto e, na América do Sul, no Peru e na Colômbia, “a partir de uma

¹ KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, 10ª reimpressão, p. 9.

² VANELLA, Carolina Alejandra. La literatura, una expresión válida para entender la cuestión criminal: a propósito de el proceso de Franz Kafka em la letra y la ley. Revista de Derecho Penal, **Buenos Aires**, n. 2, p. 447-470, 2015, p. 454. Tradução minha do original em língua espanhola: “una situación compleja sin salida.”

³ KAFKA, Franz. **O processo**..., p. 278.

⁴ ALVES, Marcelo Mayora. Diante da lei: o camponês de Kafka não é o abandonado de Agamben. **Novos estudos jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 277-284, jul./dez. 2007, p. 278.

⁵ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 242 p.

legitimação discursiva no melhor estilo *law and order* e com clara inspiração no direito estadunidense”.⁶ A lista não é exaustiva, uma vez que vários outros países também o adotaram em contextos ora mais ora menos emergencistas.

No Brasil a legislação de emergência é perene, o problema mais grave e a situação mais delicada. Os valores próprios da democracia não estão suficientemente estabelecidos no pacto de civilidade “e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade.” Por aqui vive-se, com efeito, “o paradoxo de ter a normalidade se transformado numa exceção.”⁷ Se essa apreensão já era exata há alguns anos, quando o País se arrastava em um sempre deficitário processo de redemocratização, torna-se candente no atual cenário jurídico-político, em que tal pretensão foi interrompida e se fala abertamente em atos institucionais e fechamento de instituições.

Ainda assim, parece difícil tecer críticas objetivas ao instituto da delação premiada sob a perspectiva do delatado porque, como assinala Pablo Giordano Bernardi Bombardelli, aquele que se encontra nessa posição pode normalmente se defender de qualquer imputação que lhe seja dirigida, “independentemente da fonte de dados sobre sua indigitada responsabilidade penal.” É dizer: o acusado em processo penal tem à sua disposição o exercício do contraditório e da ampla defesa independentemente da fonte de informações contra si, sejam elas oriundas de interceptação telefônica de testemunha ou de delator,⁸ de modo que o instituto premial não poderia em tese ser apontado como um fator disruptivo tendente à prolação de condenações materialmente injustas. Trata-se de uma compreensão equivocada, entretanto.

Fosse o figurino legal e, mais do que isso, a principiologia constitucional rigidamente seguidos, poder-se-ia aceitar tal argumento – ainda que a contragosto, ante a percepção de que a batalha acerca da constitucionalidade de um tal instituto foi perdida quando a doutrina, em rara uniformidade, aplaudiu os institutos de justiça penal negociada introduzidos pela Lei 9.099/95.⁹ Àquele tempo, não se cogitou de inconstitucionalidade por violação à

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência...**, ps. 80-81, 97, 101, 106-107 e 126.

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência...**, p. 132.

⁸ BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa.** Porto Alegre; SV, 2019, p. 47.

⁹ Naquele momento, Fauzi Hassan Choukr (1995, p. 15) alertou: “se o Juizado for encarado de uma mera forma utilitarista, com o singelo intuito de ‘agilizar’ o funcionamento da máquina e desafogar os operadores da Justiça da alegada carga excessiva de trabalho, não há muito que se festejar. Teríamos então chegado à pós-modernidade processual, onde o processo, que é ao mesmo tempo garantia e instrumento, não é sequer necessário para a formação de títulos executivos judiciais penais (vide a proposta de pena sem processo contido no novo ordenamento). Oswald de Andrade não teria melhor exemplo de autofagia.”

legalidade como, vez por outra, atualmente se pretende sustentar em relação à colaboração premiada em geral.

Ocorre, entretanto, que os acordos de colaboração premiada e os processos penais que lhes sucedem não têm respeitado tais balizas. Em relação ao colaborador, como reconhece Marcelo Costenaro Cavali, a prática tem admitido que o acordo estabeleça desde logo as sanções que lhe serão aplicadas, em uma transmutação do instituto em um autêntico *plea bargain*, ao arrepio do modelo legal.¹⁰ Em relação ao delatado, a admissão da palavra do delator como *prova* reduz a nada as cláusulas do devido processo penal como barreiras ao exercício do poder punitivo e a condenações material e potencialmente injustas.

O contexto é o de um *direito de combate*, que se vincula à racionalidade de um estado de exceção normalizado e atualizado e que reflete “uma persecução penal tão militante quanto abrangente.” O desenvolvimento desse direito de combate ocorre no plano legislativo e se prolonga na atividade dos órgãos de segurança do Poder Executivo, passando por justificações dogmáticas do discurso jurídico-científico, em uma sintomatologia manifestada no vocabulário e na gramática da liberdade e da segurança¹¹ que se espria aos quatro ventos. Nesse sentido, as varas especializadas não em determinada temática, mas no *combate* a fenômenos criminais específicos, são a normalização mais evidente de uma explícita tomada de posição preambular aos próprios fatos *sub judice* absolutamente não compatível com a imparcialidade que se espera de um provimento jurisdicional.

Eugenio Raúl Zaffaroni ressalta que o segundo milênio foi do poder punitivo e que o terceiro milênio se inicia com sua expansão, mas também sua crise.¹² Uma crise de legitimidade. A função judiciária *cognitiva* e, também, *potestativa* (ante a discricionariedade na interpretação da lei, na conotação do fato, na valoração da prova e na determinação da pena) tem, na melhor das hipóteses, uma legitimidade meramente parcial e imperfeita, diz Luigi Ferrajoli.¹³ E é inerente aos esforços por trás das leis de emergência uma tentativa de (re)legitimar o direito penal, assumindo a pena uma função de mero resguardo da própria norma

¹⁰ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões ‘conservadora’ e ‘arrojada’ do instituto na Lei 12.850/13, ps. 255-274. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 2ª tiragem, ps. 265-267.

¹¹ FRANKENBERG, Günter. **Técnicas de Estado**: perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção. Tradução de Gercelia Mendes. São Paulo: Ed. Unesp, 2018, ps. 256-257 e 263.

¹² BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**: I. Coleção pensamento criminológico, 5. Prólogo de Eugênio Raúl Zaffaroni. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2ª ed., 2013, p. 13 (prólogo).

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010, p. 503.

e o processo penal uma máquina aglutinadora de mecanismos mais e mais tendentes à supremacia do Estado frente ao indivíduo.¹⁴

Nesse sentido a delação premiada assume um caráter político, constitutivo e legitimador do próprio sistema de justiça criminal, uma vez que enuncia a submissão ao poder punitivo e traduz em linguagem informal – pela palavra simples e direta de quem delata – o que antes se poderia encontrar apenas de maneira intrincada, descontinuada e, não raro, contraditória em um vasto conjunto de elementos informativos que poderiam ou não dar suporte a uma ação penal ou a uma condenação criminal. A delação premiada legitima o poder punitivo em si mesmo, mas também (e principalmente) perante a sociedade. Não é à toa que os trechos mais emblemáticos dos anexos de delações premiadas em casos rumorosos rapidamente se tornam manchetes jornalísticas em uma pornografia penal, retratada por meio de capítulos diários, como qualquer novela, e veiculada nos “telejornais de uma grande mídia anêmica de democracia.”¹⁵

A delação premiada costuma ser fortemente criticada “por suas notórias características de traição e forma antiética de o Estado obter a prova.”¹⁶ Embora inexista dúvida de que o instituto se orienta e se fundamenta por esses desvalores, a crítica ao processo penal delacionista não pode e não deve ser meramente axiológica. Conquanto correta, parece porosa e insuficiente ante o nihilismo contemporâneo ou sua escala de valores *à la carte* – e, no mais, tem razão Michel Maffesoli ao afirmar ser indubitavelmente “de bom tom estigmatizar a lei do silêncio que protege o crime em Córsega, Sicília e outros lugares do perímetro mediterrânico.”¹⁷ Esse é um exame que, por si só, portanto, parece não levar a lugar nenhum em termos de uma maior democraticidade do processo penal brasileiro como proposto por Rui Cunha Martins.¹⁸

¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência...**, p. 9.

¹⁵ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 128, p. 65-89, fev. 2017, p. 68.

¹⁶ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2011, p. 239. Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 27) afirma, por seu turno, que em razão de a Lei nº 12.850/13 não exigir, necessariamente, a delação dos demais membros da empreitada criminosa para que o colaborador obtenha as benesses legais, o instituto “não possui a marca da traição e indignidade que tanto preocupa seus críticos.” *A contrariu sensu*, portanto, verifica-se que ao tentar justificar moralmente a colaboração premiada o autor reconhece que, ao menos na modalidade de delação, a imoralidade campeia.

¹⁷ MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas**. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003, p. 136.

¹⁸ Cf. MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2013, ps. 72-75.

Ademais, o argumento que evoca a passagem bíblica segundo a qual Jesus Cristo foi traído e delatado por Judas Iscariotes em razão de irrisórias trinta moedas de prata soa desnecessário, quando não pueril. Nem o delator merece ser equiparado à figura de Judas Iscariotes, repudiada por toda a civilização Ocidental, nem o delatado deve ser representado como um Manólios em *O Cristo recrucificado*.¹⁹ Uma analogia possível seria a do processo penal com a *Via Crucis* do delatado – inclusive quanto a seu inexorável desfecho –, mas mesmo essa imagem parece não dizer o bastante. Por outro lado, é certo que, enquanto confissão qualificada, a delação emerge como produto natural do sistema inquisitório, que é, como se sabe, uma engenhosa maquinaria de séculos da Igreja romana, muito bem aproveitada pelas monarquias absolutistas e pelos estados contemporâneos, razão pela qual será esta a abordagem norteadora do primeiro dos dois capítulos deste trabalho.

O resgaste dessa origem canônica é relevante porque, como assevera Evguiéni Pachukanis, uma teoria geral do direito desinteressada em explicar a realidade factual, a vida social, e que se contenta em lidar com normas, a despeito de sua origem, não é ciência e nem “se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo.”²⁰ Assim, nesse primeiro capítulo far-se-á uma análise da confissão e seu papel no processo penal. Para tanto, será demonstrado que a confissão está enraizada na sociedade contemporânea para muito além das práticas punitivas e que, enquanto instrumento de governamentalidade, o tributo que se presta é ao cristianismo.

Trabalhada essa premissa, constitutiva da própria racionalidade cristã, passar-se-á ao estudo da Inquisição e do método inquisitório, inclusive com a prévia contextualização da *Cruzada Albigense* (1209) contra os cátaros, os primeiros hereges cristãos a serem submetidos de forma maciça às fogueiras como forma de purificação e intimidação e, também, a procedimentos delacionais. A seguir, como fecho do capítulo, será exposto como a confissão legitima a sanção dos processos penais seculares após o desaparecimento, no século XVIII, do regime de provas legais, enunciando a verdade de um assunto (o crime) que é de interesse comum a toda à sociedade. A intenção de um tal roteiro é apresentar como a confissão evoluiu de uma prática imposta desde o início pelo cristianismo a seus seguidores até sua funcionalidade

¹⁹ Cf. KAZANTZAKIS, Nikos. **O Cristo recrucificado**. Tradução de Guilhermina Sette. Coleção Os imortais da literatura universal. São Paulo: Abril Cultural, 1ª ed., 1971.

²⁰ PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 71.

político-jurídica no período posterior à Revolução Francesa, sem jamais perder seu fundo religioso.

O segundo capítulo, por sua vez, procura trazer o debate para a contemporaneidade, demonstrando de que forma e por qual razão práticas processuais inquisitórias do passado assumiram novos contornos, tão ou ainda mais nefastos que os de outrora. A abordagem será feita a partir do neoliberalismo e dos novos usos da confissão perante uma lógica processual utilitarista. Após uma breve introdução acerca da *ratio* neoliberal e da instrumentalização que opera no poder punitivo, far-se-á uma breve análise do *plea bargain* e também da delação premiada enquanto dispositivos de controle.

Será demonstrado, a partir daí, que o delator é impingido à barganha processual e ao pacto delatatório na qualidade de empresário de si mesmo e que todos os atores judiciais operam em clara disfuncionalidade nesse mercado, em uma viragem autoritária e inquisitória de tal modo intenso que faz restar pouco das estruturas de um processo penal comprometido com a contenção do poder punitivo ou com vistas a efetivar as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

Abre-se o caminho, então, para que se possa efetivamente enfrentar o núcleo duro deste trabalho: a delação premiada como regime de veridicação no processo penal brasileiro, tópico no qual será analisado a maneira pela qual o provimento jurisdicional é construído a partir de falsas (ou falseáveis) premissas em processos penais orientados por tal dispositivo. As diferenças entre *meio de prova* e *meio de obtenção de prova*, bem como a insuficiência da chamada *regra de corroboração*, nos termos previstos pela Lei 12.850/13, são apresentadas de forma crítica para ilustrar que a maneira como os tribunais superiores têm recepcionado a delação premiada torna o processo penal um mero golpe de cena, sem qualquer possibilidade de contraditório efetivo por parte do delatado.

Em função disso, propor-se-á, a partir da própria natureza jurídica da delação premiada – de mero meio de obtenção de prova – uma redução de danos em relação à maneira como o instituto tem sido utilizado, com a conseqüente inutilização total das declarações do delator para além da fase investigativa. Restariam apenas e tão somente os elementos de corroboração apresentados pelo delator, bem como, naturalmente, aqueles a que as diligências investigativas chegarem e partir deles. Só assim se poderia minimizar, de forma significativa, o risco de condenações criminais não calcadas na prova, mas meramente nas declarações premiadas (e não raro induzidas) do delator.

A este ponto é possível verificar que, ao contrário de parte da doutrina, faz-se neste trabalho uma distinção importante entre colaboração e delação premiada. Aquela é o gênero do qual esta é espécie. A Lei 12.850/13 traz as duas modalidades ao permitir no inciso V do artigo 4º forma de colaboração premiada que não envolva a delação de nenhum integrante da empreitada criminosa. Trata-se de possibilidade marginal, de pouca tangibilidade na realidade forense e que não é o enfoque deste trabalho. Ainda assim, sempre que a referência for ao instituto *latu sensu* considerado o termo utilizado será *colaboração premiada*. Na maior parte das vezes, entretanto, em atenção à própria especificidade da temática em questão, falar-se-á em *delação premiada* – termo que, para além disso, tem a vantagem de não ser eufêmico e, portanto, não suavizar a carga negativa que lhe é inerente.

É preciso, ainda, estabelecer que este trabalho terá por norte a Lei 12.850/13. Afinal, embora normas que garantam benefícios ao imputado em troca de sua colaboração processual não sejam novidade no direito brasileiro – a previsão original remonta às Ordenações Filipinas (1603) e, em tempos modernos, já se encontrava na Lei 7.492/86, na Lei 8.137/90, na Lei 9.034/95, na Lei 9.613/98, na Lei 9.807/99, na Lei 10.409/02 e na Lei 11.343/2006 –, foi apenas com a Lei 12.850/13 que se trouxe algum (e insuficiente) regramento procedimental para a matéria, o que ajudou a espalhar o instituto por todo o sistema de justiça criminal e trouxe novos problemas, dentre os quais os apontados neste trabalho.

Trata-se, por fim, de um trabalho que não tem qualquer pretensão de esgotar o tema de delação premiada no Brasil nem sob uma perspectiva puramente dogmática nem enquanto regime de verificação, mas tão somente de introduzi-lo sob essa segunda perspectiva para tentar demonstrar, na realidade brasileira, os vícios de premissa que maculam as decisões judiciais decorrentes de processos penais orientados por delatores e, ao final, propor uma interpretação restritiva tendente a redução de danos. Como observa Giulio Illuminati, a contradição entre um processo penal efficientista e a tutela dos direitos do imputado resulta insuperável e a reflexão há de ser feita a partir do custo humano do processo ou da imperfeição da justiça criminal. A solução é uma escolha política geral e suas balizas são – ou deveriam ser – dadas pela escala de valores apresentadas pela Constituição Federal.²¹ Essa é a premissa que orienta toda esta dissertação.

²¹ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Série di Diritto. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 33.

1 AS PRÁTICAS DELATÓRIAS E O PAPEL DA CONFISSÃO

1.1 A confissão nas instituições e a despreocupação com o dizer veraz

“cada louco furioso era trancado em uma alcova, na própria casa, e, não curado, mas descurado, até que a morte o vinha defraudar do benefício da vida;”

(Machado de Assis – O Alienista)

Em *Du traitement moral de la folie*, de 1840, o psiquiatra François Leuret descreve propostas terapêuticas para o tratamento da loucura por meio de persuasão, intimidação e coerção de tal sorte intensas que só reste ao alienado dissuadir-se (ou afirmar dissuadir-se) de sua falsa representação da realidade. A hidroterapia era utilizada não em razão das supostas propriedades da água – um tratamento à época considerado importante para doentes mentais – mas como “mecanismo intimidatório para conseguir a colaboração obediente do interno”.²²

O tratamento consistia, basicamente, em dois expedientes: infusões geladas ou duchas para infligir dor. Por meio daquelas se deitava o doente mental no chão e sobre ele era despejada grande quantidade de água em temperaturas que variavam de seis a oito graus Celsius. Por meio destas se submetia o doente mental, curvado, a duchas mornas dentro de uma banheira, de modo que o nível da água fosse subindo progressivamente, provocando-lhe angústia ante a perspectiva de afogamento e incomodando-o menos a água que caía em sua cabeça, portanto, do que a lhe entrava pela boca ou narinas. As sessões eram combinadas com severas recomendações e sugestões apropriadas para afetar a mente dos enfermos, de modo que a maioria gritava muito e, para que o tratamento não continuasse, fazia todo tipo de concessões e promessas, embora uns poucos as suportassem sem dizer uma única palavra. Assim François Leuret forçava seus pacientes a confessarem seus delírios, obrigando-os a se reconhecerem loucos. Ordenava que deixassem a água cair e, acaso conseguisse seu intento, permitia que o doente mental se retirasse; caso contrário, repetia o procedimento várias vezes seguidas, até consegui-lo.²³ E assim os curava. E os curava precisamente porque, como afirma Michel

²² LEURET, François. **El tratamiento moral de la locura**. Asociación Española de Neuropsiquiatria. Tradução de María José Pozo Sanjuán. Madrid: Siglo XXI, 2001, p. 11 (prefácio).

²³ LEURET, François. **El tratamiento moral de la locura...**, ps. 98-99.

Foucault, se o louco se reconhece enquanto tal, se confessa que seus delírios de delírios não passam, já não pode estar acometido de loucura.²⁴

Pouco importava para François Leuret convencer seus pacientes de que o que viam ou ouviam não ocorria no plano da realidade e que eventual afirmação nesse sentido lhes fosse extraída a fórceps, por meio de ameaças e sanções. O que ele queria de cada um de seus pacientes, o que lhe bastava, era a afirmação, a confissão, pura e simples, da loucura. Mas não podia admitir, por outro lado, que tal assertiva não fosse uma expressão livre e consciente do doente mental – ainda que, para obter tal desimpedida confissão, fosse necessário submeter-lhe a tantas duchas e infusões geladas quanto necessárias.²⁵ Não era suficiente obter do louco a confissão de sua loucura: era preciso que tal confissão fosse espontânea e livre – ainda que fosse necessário forçá-lo a sê-lo.

O procedimento, que pode parecer ilógico a princípio, tinha sua razão de ser na França do século XIX, conforme identifica Michel Foucault: em 30 de junho de 1838 foi promulgada uma famosa lei que organizava a cooperação entre o Poder Executivo e a autoridade médica para enclausurar os alienados e os doentes mentais, bastando para tanto que o médico, o prefeito e o próprio enfermo assinassem documentos dando conta de sua loucura – aqueles enquanto certificadores, este enquanto confitente. E era também por meio dessa confissão (da loucura) que o enfermo mental se expunha à atividade médica que poderia conduzi-lo à liberdade. O objetivo dessa confissão era claro: firmar o contrato de internação.²⁶ Contrato este que não poderia ser firmado se houvesse algum vício de vontade, daí a preocupação de François Leuret em forçar o doente mental a uma confissão livre.

A lei de 1838 tinha a nítida função utilitária de tirar os doentes mentais de circulação, eis que o Código Penal francês de 1810 – o Código napoleônico – previa no artigo 64 sua inimputabilidade se a ação fosse praticada “em estado de demência”.²⁷ E assim como o diploma de 1810, a lei de 1838 influenciou todo o mundo ocidental. A conexão entre loucura e crime – este como sintoma visível daquela, que é meramente uma enfermidade – foi mais do que um passo fundamental para que o saber psiquiátrico se firmasse como ciência perante as

²⁴ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal, decir la verdad**: la función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina, 1981. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 22.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., ps. 22-25.

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., ps. 22-23.

²⁷ Ministerio de la Guerra. **Código Penal francés**: traducido al castellano de orden de S. M. El Emperador Maximiliano I. México: 1866, p. 18. Tradução minha do original em língua francesa: “*en état de démence*”.

outras práticas médicas: no início do século XIX o delito aparecia aos psiquiatras menos como um campo de conhecimento a ser desenvolvido e conquistado do que uma nova modalidade de poder, que precisava ser garantido e justificado. A importância da psiquiatria naquele tempo não deriva apenas da racionalidade por trás do novo discurso sobre as desordens da mente e as condutas delas derivadas, mas essencialmente de seu funcionamento em prol de uma higienização pública da qual as cidades se encontravam carentes em razão dos acontecimentos iniciados no século XVIII e dos quais os problemas demográficos são consequência.²⁸ Nas palavras de Michel Foucault,

“no século XIX o corpo social deixa de ser uma simples metáfora jurídico-política para aparecer como uma realidade biológica e um âmbito de intervenção médica. A partir desse momento, o médico deve ser o técnico do corpo social, e a medicina, uma higiene pública. E se a psiquiatria, na passagem do século XVIII ao século XIX, conquistou sua autonomia e ao mesmo tempo se revestiu de tanto prestígio, é porque pode se inscrever dentro do marco de uma medicina concebida como reação aos perigos aparentes ou virtuais inerentes ao corpo social.”²⁹

Com efeito, diz Erving Goffman, “[a] equipe psiquiátrica compartilha com os policiais a peculiar tarefa profissional de atemorizar e moralizar adultos”.³⁰ Daí que a confissão da loucura, descrita por François Leuret, não destoa de qualquer outra confissão, extraída por qualquer inquisidor que o tenha precedido ou sucedido. Se na França de 1838 o que se buscava era dar validade e legitimidade à clausura dos doentes mentais, na Inquisição ibérica o que se pretendia era validar e legitimar a combustão dos hereges e na justiça penal do século XXI o que se tenciona por meio da confissão é, uma vez mais, reforçar como válida e legítima a sanção ao final imposta ao imputado. Enquanto atividade que se desenvolve entre a autoridade e o sujeito sob seu jugo, a confissão desempenha papel sempre e sempre legitimador do poder

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 234-235.

²⁹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 235. Tradução minha do original em língua espanhola: “*en el siglo XIX el cuerpo social deja de ser una simple metáfora jurídico-política para aparecer como una realidad biológica y un ámbito de intervención médica. A partir de ese momento el médico debe ser el técnico del cuerpo social, y la medicina, una higiene pública. Y si la psiquiatría, en el paso del siglo XVIII al siglo XIX, conquistó su autonomía y al mismo tiempo se revistió de tanto prestigio, es porque pudo inscribirse dentro del marco de una medicina concebida como reacción a los peligros aparentes o virtuales inherentes al cuerpo social.*” Ainda segundo o autor (2014, p. 235), no início do século XIX a psiquiatria é mais uma medicina do corpo coletivo do que da alma individual.

³⁰ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 297.

corretivo ou punitivo que se pretende exercer. A confissão legítima instituições. Não à toa, o poder político a persegue desde sempre.

Tais confissões também têm como traço comum a despreocupação com o dizer veraz. Embora possa ser reconhecida enquanto tal apenas se correspondente à verdade – posto que a falsa confissão não é³¹ –, o que se busca propriamente é uma assertiva concorde às expectativas do confessor. O que se persegue, pois, é mais uma estética da confissão do que a confissão propriamente dita. Isso fica muito claro no procedimento conduzido por François Leuret, que precisava que seu paciente reconhecesse sua própria loucura para dar validade ao contrato de internação.

Mas não só. Os interrogatórios policiais da atualidade também têm como principal objetivo a confissão, ainda que despida de base empírica, conforme aponta Gisli H. Gudjonsson.³² O autor islandês destaca que os interrogatórios policiais são baseados em táticas e técnicas psicológicas que visam, por meio de trapaças e dissimulações, à exploração das fragilidades emocionais do suspeito, tudo de modo a direcioná-lo de forma manipulada para a confissão.³³ Ou para uma estética de confissão, eis que falsas confissões, induzidas pela polícia, estão presentes em 15 a 20% de todas as condenações posteriormente revertidas pela prova absolutória do exame de DNA.³⁴ E a incidência está certamente subnotificada, pois o estudo não inclui falsas confissões refutadas antes do julgamento, muitas que resultam em *guilty pleas*, aquelas nas quais a prova de DNA não está disponível, aquelas referentes a casos menores que não ensejam escrutínio posterior à condenação e tampouco aquelas obtidas em processos envolvendo menores, cujas informações são confidenciais.³⁵ Ademais, não é fácil identificar

³¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 29.

³² GUDJONSSON, Gisli H.. **The psychology of interrogations, confessions and testimony**. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 1992, p. 42.

³³ GUDJONSSON, Gisli H.. **The psychology of interrogations, confessions and testimony...**, p. 47.

³⁴ KASSIN, Saul M.; DRIZIN, Steven A.; GRISSO, Thomas; GUDJONSSON, Gisli H.; LEO, Richard A.; REDLICH, Allison D. **Police-induced confessions: risk factors and recommendations**. University of San Francisco School of Law. *Law Hum Behav*, 2010, p. 3. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/SSRN-id1483878.pdf>. Último acesso em 31.07.2018.

³⁵ KASSIN, Saul M.; DRIZIN, Steven A.; GRISSO, Thomas; GUDJONSSON, Gisli H.; LEO, Richard A.; REDLICH, Allison D. **Police-induced confessions: risk factors and recommendations...**, p. 3. Segundo os autores (2010, p. 4), quase 20 anos depois de Gary Dotson ter tido sua inocência provada pelo exame de DNA em 1989, nos Estados Unidos da América, após uma condenação judicial, mais de 200 pessoas foram postas em liberdade – algumas já no corredor da morte – em razão do resultado da referida prova pericial, sendo que em 15 a 20% desses casos existiu indução policial para a confissão. Saul M. Kassin (2012, p. 432) revela que, durante a primeira leva de condenações revistas após a realização do exame de DNA na década de 1990, foram identificadas falsas confissões em 25% dos casos.

uma falsa confissão em razão da dificuldade (ou impossibilidade) de se buscar a prova da inocência do confitente. Embora o universo de estudo de casos seja majoritariamente restrito aos Estados Unidos da América e à Inglaterra, falsas confissões foram provadas em países do mundo todo.³⁶ Não se trata, portanto, de um fenômeno isolado ou restrito a determinado ordenamento ou sistema jurídico.

Aliás, não se trata sequer de um fenômeno circunscrito às práticas judiciais. A confissão é prática que detém um considerável espaço cultural nas sociedades cristãs ocidentais, tendo crescido de tal modo maciço – embora gradual e segmentado, com arrefecimentos e acelerações bruscas – ao longo do tempo que, na atualidade, os indivíduos se vinculam com a verdade que dizem sobre si mesmos a ponto de a representarem em suas relações interpessoais. A demanda pela confissão é infinita: confessa-se perante os médicos, os psiquiatras, os juízes. Confessa-se perante os padres cristãos – uma vez por ano no século XIII, depois todos meses, depois semanalmente. Confessa-se perante o cônjuge, o patrão e mesmo o amigo. Confessa-se a loucura, a doença ou o crime.³⁷ Confessa-se a falta e o pecado, o amor e o ódio.

A confissão não é, pois, a ovelha negra do sistema punitivo, mas foi e é uma prática social para muito além da instituição judicial³⁸ ou mesmo psiquiátrica. A confissão – e especialmente sua faceta deformada, a estética da confissão – está enraizada na sociedade hodierna. E uma sociedade de confitentes é também uma sociedade de delatores.

Existe, ademais, uma intensa e difundida concepção social – embora muitas vezes oficialmente não ratificada – de que os inocentes não têm o que esconder e que, por tal razão, devem falar livremente quando interrogados no curso de uma investigação criminal, inclusive para não atraírem maiores suspeitas contra si. Esse sentir é, inclusive, partilhado por significativa parcela dos juízes e, talvez não seja exagero dizê-lo, pela quase totalidade dos investigadores, delegados de polícia e membros do Ministério Público. Com efeito, embora os ordenamentos jurídicos ocidentais possuam cláusulas garantindo o direito do acusado ao silêncio, há uma forte tendência a mitigá-lo, dando-se prevalência aos interesses estatais na persecução penal.³⁹

³⁶ KASSIN, Saul M.; DRIZIN, Steven A.; GRISSO, Thomas; GUDJONSSON, Gisli H.; LEO, Richard A.; REDLICH, Allison D. **Police-induced confessions: risk factors and recommendations (...)**, p. 5.

³⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 27-30.

³⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 218.

³⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, 2ª ed., p. 50.

O *privilege against self-incrimination*, insculpido na V Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América e depurado pela Suprema Corte estadunidense no conhecido caso *Miranda v. Arizona*, de 1966 – e que confrontava duas linhas argumentativas diametralmente opostas no tocante aos direitos do cidadão, “uma que validava e outra que combatia as práticas *tradicionais* de abordagem e investigação policial”⁴⁰ –, por exemplo, foi recentemente amesquinhado em *Salinas v. Texas*, de 2013, no qual se entendeu, por maioria de cinco a quatro, que o suspeito deveria ter expressamente invocado a garantia constitucional, em vez de apenas ter ficado em silêncio quando inquirido pela polícia, para que sua reação não pudesse ter sido usada contra ele durante o julgamento.⁴¹

Conforme relato integrante da opinião⁴² do Juiz Alito da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em dezembro de 1992 dois irmãos foram baleados e mortos em suas casas, em Houston/TX, sem que houvesse qualquer testemunha dos assassinatos – embora um vizinho que ouvira disparos de armas de fogo tenha visto alguém saindo apressadamente da casa e fugindo em um carro de cor escura.⁴³ A polícia encontrou seis cartuchos de espingarda no local dos fatos e – em janeiro de 1993⁴⁴ – a investigação chegou a Genovevo Salinas, que havia estado presente como convidado em uma festa dada pelas vítimas na noite anterior. Próximo à sua casa, na rua, os policiais avistaram um veículo azul escuro e obtiveram dele aquiescência para a realização de exame balístico em sua espingarda. Genovevo Salinas também concordou em acompanhar os policiais até a delegacia para maiores inquirições, onde foi interrogado por aproximadamente uma hora sem que os *Miranda warnings* lhe tivessem sido lidos.⁴⁵ Ele tampouco estava representado por advogado.⁴⁶

⁴⁰ CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. As abordagens policiais e o caso *Miranda v. Arizona* (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. **Revista brasileira de direito processual penal**, v. 4, n. 1, p. 303-334, 2018, p. 305.

⁴¹ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ____ (2013). O caso é uma erosão ainda maior do *privilege against self-incrimination* do que o *Berghuis v. Thompkins*, 560 U. S. 370 (2010), porque, ao contrário de Genovevo Salinas, Van Chester Thompkins foi advertido de seus *Miranda rights* pela polícia.

⁴² Tradução literal do original “*opinion*”. Embora as decisões individuais tomadas por desembargadores ou ministros em julgamentos colegiados no Brasil sejam nominadas como *votos*, devendo ser esta a transposição correta do conceito, opta o autor pelo uso da palavra “opinião” por entender que o termo é mais adequado à imparcialidade judicial, posto que quem vota tem vontade – o faz com o desejo ou expectativa de que sua manifestação resulte majoritária –, ao passo que aquele que simplesmente emite opinião, por mais aprofundada que seja, apenas declara sua compreensão daquilo que é chamado a analisar, desinteressando-se pelo resultado.

⁴³ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ____ (2013)..., p. 2 da opinião do Juiz Alito.

⁴⁴ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ____ (2013)..., p. 1 da opinião do Juiz Breyer.

⁴⁵ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ____ (2013)..., p. 2 da opinião do Juiz Alito.

⁴⁶ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ____ (2013)..., p. 9 da opinião do Juiz Breyer.

Ainda segundo o relatório do Juiz Alito, que foi acompanhado pela maioria da Corte, Genovevo Salinas respondeu às perguntas do investigador de polícia durante todo o interrogatório mas, quando questionado se o exame balístico iria identificar que os cartuchos encontrados na cena do crime teriam sido disparados de sua espingarda, não disse nada e olhou para o chão, cruzou os pés, mordeu os lábios, cerrou as mãos em suas pernas e começou a tremer. Depois de alguns instantes de silêncio, o investigador de polícia lhe fez mais algumas perguntas – que foram normalmente respondidas – e ao final do interrogatório ele foi preso por não ter pago multas de trânsito,⁴⁷ apenas para ser posto à disposição das autoridades até a conclusão das investigações.

Os promotores rapidamente concluíram que havia indícios suficientes para processá-lo pelos homicídios e ele foi posto em liberdade. Durante o julgamento, Genovevo Salinas não quis ser ouvido e, diante disso, os promotores expressamente usaram seu silêncio, manifestado em 1993, contra ele perante o Júri.⁴⁸ Em seu argumento final, um dos promotores disse ao Júri que Genovevo Salinas havia ficado em silêncio quando questionado sobre a possibilidade de a balística confirmar que os cartuchos haviam sido disparados de sua arma e argumentou que uma pessoa inocente teria reagido com indignação e dito que não assassinou ninguém ou que nem sequer estava no local do crime, reforçando, por derradeiro, que o acusado não respondeu dessa maneira⁴⁹ – e que, portanto, só poderia ser culpado. Ele foi mesmo considerado responsável pelos homicídios e condenado a uma pena de vinte anos.⁵⁰

A questão levada à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, então, era precisamente a seguinte: se a V Emenda da Constituição norte-americana proibia o promotor de eliciar argumentos ou tecer considerações sobre o fato de Genovevo Salinas ter ficado em silêncio ante à pergunta que pode ser considerada central em seu interrogatório, tendo entendido a maioria capitaneada pelo Juiz Alito que não haveria qualquer restrição nesse sentido pelo simples fato de o então suspeito não ter expressamente invocado o *privilege against self-incrimination* naquele exato momento,⁵¹ ainda que não tenha sido advertido acerca de seu direito de fazê-lo.

De acordo com a opinião dissidente do Juiz Breyer – acompanhada da minoria formada pelas Juízas Ginsburg, Sotomayor e Kagan –, houve violação à V Emenda da

⁴⁷ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___(2013)..., p. 2 da opinião do Juiz Alito.

⁴⁸ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___(2013)..., p. 3 da opinião do Juiz Alito.

⁴⁹ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___(2013)..., ps. 1-2 da opinião do Juiz Breyer.

⁵⁰ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___(2013)..., p. 3 da opinião do Juiz Alito.

⁵¹ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___(2013)..., p. 2 da opinião do Juiz Breyer.

Constituição norte-americana, pois a garantia constitucional se presta a assegurar que o silêncio manifestado pelo suspeito não o torne uma testemunha contra si mesmo. E seria absurdo exigir de acusado não versado em letras jurídicas que formulasse as palavras exatas no momento oportuno para se ver abrigado pelo *privilege against self-incrimination*, como se se tratasse de uma fórmula mágica que demanda determinada e precisa ritualística para ser invocada. Para o Juiz Breyer, permitir que um promotor teça considerações sobre o silêncio manifestado pelo acusado o colocaria em um dilema insolúvel: ele poderia ou responder à pergunta ou silenciar,⁵² mas se a respondesse poderia revelar eventuais fatos que lhe fossem prejudiciais, associações perturbadoras ou mesmo circunstâncias suspeitas – ainda que fosse inocente,⁵³ ao passo que, ao se calar, poderia ter tal comportamento contra si interpretado.

O destaque feito pelo Juiz Breyer às alternativas – ou à ausência de alternativas – de um suspeito na hipótese de a acusação poder se valer de sua opção pelo silêncio em seu detrimento indica, talvez como a ponta de um *iceberg*, que mesmo os atores judiciais estão contaminados pela premissa do senso comum de que, a despeito das solenes declarações em sentido contrário, os verdadeiramente inocentes devem assim se apresentar em uma investigação criminal, sem quaisquer escudos legais. Devem ser transparentes, devem se descortinar, devem dizer a verdade sobre si mesmos. E, ao mesmo tempo, demonstra o quão ingênuo é tal comportamento, uma vez que mesmo os inocentes podem revelar em seu próprio desfavor coincidências fortuitas capazes de os alçar à condição de imputados ou mesmo condenados.

Dada a natureza inerentemente coercitiva de um interrogatório policial, seria de se pressupor que a grande maioria dos suspeitos exercessem o direito constitucional ao silêncio. A tendência, entretanto, é a oposta.⁵⁴ Em um universo de 175 interrogatórios acompanhados por Richard A. Leo nos Estados Unidos da América, nos quais os *Miranda warnings* foram aplicados, 78,29% dos suspeitos renunciaram ao direito constitucional ao silêncio.⁵⁵ E em 7 dos interrogatórios nos quais o suspeito invocou seus *Miranda rights* (4% dos casos), os investigadores de polícia insistiram nas inquirições, argumentando que apenas queriam

⁵² Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos da América o acusado é ouvido sob o compromisso de dizer a verdade, sendo o perjúrio crime na legislação federal e na grande maioria das legislações estaduais.

⁵³ *Salinas v. Texas*, 570 U. S. ___ (2013)..., ps. 2-3 do voto do Juiz Breyer.

⁵⁴ KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions: does innocence put innocents at risk? **American Psychological Association**, vol. 60, n. 3, p. 215-28, 2005, p. 218.

⁵⁵ LEO, Richard A. Inside the interrogation room. **Journal of Criminal law and & criminology**, vol. 86, n. 2, p. 266-303, 1996, p. 276.

entender o que efetivamente teria ocorrido e que as respostas não poderiam ser usadas contra eles no tribunal – mas arditosamente omitindo o fato de que, embora a acusação não pudesse mesmo apresentá-las como evidência, qualquer informação fornecida poderia ainda assim ser usada para abrir novas linhas de investigação⁵⁶ ou mesmo para diminuir a credibilidade do imputado (obtendo uma incriminação indireta), caso ele decidisse testemunhar (ser interrogado) em juízo.⁵⁷ Na Grã-Bretanha o número de renúncias ao direito ao silêncio é semelhante, se não maior.⁵⁸ E não existe razão para acreditar que no resto do mundo essa proporção seja significativamente distinta, merecendo destaque que no Brasil as coisas não se dão tão às claras, pois em geral o silêncio do investigado ou acusado é apenas apontado nas peças processuais como parte de um relatório supostamente neutro, sem quaisquer considerações críticas e, embora seja nítido fator de influência negativa no espírito dos julgadores, não integra a *ratio decidendi* das sentenças ou acórdãos condenatórios.

O motivo pelo qual se renúncia ao direito ao silêncio é tão intuitivo quanto possível, destarte: não levantar suspeita, não parecer culpado, demonstrar que não se tem nada a esconder. Em uma palavra: é necessário exteriorizar a verdade sobre si mesmo. Portanto, em geral os *Miranda warnings* não protegem aqueles que são acusados de terem praticados crimes que não cometeram. Há mesmo uma premissa social que impõe a transparência como regra de conduta e que efetivamente permeia as investigações e processos criminais, ainda que haja, ao menos formalmente, dispositivo constitucional garantindo que o silêncio não seja valorado em detrimento do imputado. Por essa mesma razão, há uma tendência de que outros direitos constitucionais sejam também dispensados pelos suspeitos de alguma prática delitiva,⁵⁹ o que inclui a representação por advogado durante a fase investigativa.

Entretanto, a condição de inocente não evita que os suspeitos passem por mentirosos perante os investigadores de polícia, de modo que o sistema de justiça criminal não lhes assegure proteção suficiente. Ao contrário, aliás: ante uma infantil concepção de mundo de que as pessoas recebem apenas o que merecem ou que as emoções e sensações reverberam aos demais tais quais internamente sentidas, o estado de inocência pode colocar inocentes em risco perante o sistema de justiça criminal. Com efeito, as pessoas parecem ter uma crença ingênua de que a força de sua própria inocência vá libertá-las.⁶⁰ Nesse sentido, portanto, a

⁵⁶ KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions..., p. 218.

⁵⁷ LEO, Richard A. Inside the interrogation room..., p. 276.

⁵⁸ KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions..., p. 218.

⁵⁹ KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions..., ps. 218-219

⁶⁰ KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions..., p. 217-224.

representação perante as autoridades de uma estética de inocência é um fator de risco de condenação, quer se tratando de suspeitos culpados ou inocentes.

Trata-se, também, de comportamento que pode desaguar em falsas confissões, por paradoxal que pareça. Por confiar na investigação policial e acreditar não ter o que esconder aquele que não praticou o crime objeto da investigação tende, como já exposto, a aceitar colaborar com os investigadores, não apenas abrindo mão de seu direito ao silêncio mas também de outras garantias constitucionais, sempre protestando de forma veemente pela sua inocência – o que costuma acionar interrogatórios mais agressivos e, conseqüentemente, aumenta o risco de uma falsa confissão.⁶¹

Não se está a advogar, com isso, que a melhor estratégia diante de uma investigação criminal seja a opção pelo silêncio mas sim a apontar que existe um generalizado e difundido preconceito, um conceito prévio em sentido negativo, em relação ao exercício dessa garantia constitucional frente ao Estado de tal sorte intenso que mesmo aqueles postos sob a mira do sistema de justiça criminal tendem a dela abrir mão para não externarem um comportamento suspeito. E tudo em razão dessa construção (e coerção) social, de origem muito cristã, de que o homem deve espontaneamente se expor e dizer a verdade sobre si mesmo, acaudilhando-se perante o meio em que vive. Realmente, o componente ideológico do sistema penal foi todo concebido sob a cosmologia da teologia escolástica medieval, com seu Deus onipotente e onisciente e sua moral maniqueísta que funda a dicotomia inocente-culpado.⁶²

A vida em sociedade é uma vida de autômatos, que não refletem sobre as ideias e as concepções que os rodeiam e que, apesar de parecerem construções racionais, não são mais do que meros usos e imposições – e certamente não menos mecânicos e incompreensíveis do que eles próprios. São chavões que permeiam e constituem a coletividade e enquanto tais, por mais egrégios e justificados que sejam (ou tenham na origem sido), atuam sobre os indivíduos como meras opressões sem alma que os governam: “[t]udo o que é verdadeiramente social é, sobre os indivíduos, pressão, coação, império e, portanto, reinado.”⁶³ Mesmo aqueles que não

⁶¹ KASSIN, Saul M. On the psychology of confessions..., p. 224.

⁶² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 3ª ed., 2018, ps. 84-85. Diz Nilo Batista (2013, p. 163) que, “[s]e não circunscrevermos a noção de lógica ao plano usual do saber demonstrativo e se levarmos em conta que a moral escolástica foi moral ‘armada’ – com leis, tribunais e verdugos – poderemos extrair da afirmativa de Hulsman todas as conseqüências que nos permitem lobrigar no direito penal e penitencial canônico a mais silenciosa porém ao mesmo tempo a mais profunda influência sobre os sistemas penais contemporâneos de nossa ‘família’ jurídica.”

⁶³ ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e os outros**. Tradução de Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2017, ps. 300-303.

seguem propriamente uma ou outra religião não estão livres dos comportamentos religiosos, das teologias e das mitologias. Ao contrário. “Estão às vezes entulhados por todo um amontoado mágico-religioso, mas degradado até a caricatura e, por esta razão, dificilmente reconhecível.”⁶⁴

Daí por que se mostra importante estudar a origem e o desenvolvimento das suscetibilidades à poderosa ideia social de que é preciso dizer a verdade sobre si mesmo e de que forma – e em qual medida – influíram e ainda influem a compreensão de fatos pretéritos, assim como os julgamentos e a imposição de castigos deles derivados.

1.2 Confissão como instrumento de governamentalidade: um tributo ao cristianismo

*“Não creio, meu leitor, que eu te desvie
de tuas boas intenções por te contar
como Deus quer que a dívida se expie”
(Dante Alighieri – A Divina Comédia: Purgatório)*

A fala de si mesmo é estimulada desde a Antiguidade. A cultura grega e romana, a moral antiga em geral, está toda impregnada pela importância do discurso de si, inclusive no princípio socrático *conhece-te a ti mesmo*. Essa incitação à exposição de si mesmo fez surgir e se desenvolver toda uma prática em torno do autocuidado e que demanda, necessariamente, a presença de um outro, que o escuta e o estimula a se descobrir – que o instiga, portanto, tanto ao autodescobrimento quanto à autorrevelação. Esse outro, que na Antiguidade poderia ser um filósofo ou um qualquer, constitui posteriormente com o que fala de si alguns pares célebres, como o paciente e o psicanalista, o doente e o psiquiatra, o penitente e o confessor, o dirigido e o diretor de consciência.⁶⁵

Não é necessário, portanto, esperar o advento da cristandade medieval e a institucionalização da confissão, no início do século XIII, por meio da Igreja romana e seu poder pastoral, para que o dizer de si demande a presença de um outro, que o escute e o incentive

⁶⁴ ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**: a essência das religiões. Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 167.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade**: o governo de si e dos outros II. Curso no Collège de France (1983-1984). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, ps. 5-9.

a se abrir e a se expor.⁶⁶ Essa prática já a precedia. Próprio do cristianismo – e que constitui toda a história da subjetividade ocidental – foi o conjunto de técnicas para a extração da verdade por meio do pecado.⁶⁷ Não foi nem o pecado propriamente dito, porque essa noção de falta lhe é muito anterior, mas a instrumentalização do desvio de conduta como meio para a exposição de si mesmo. O traço mais fundamental do cristianismo, destarte, foi ter vinculado o indivíduo à obrigação de buscar em si mesmo, no fundo de sua alma, a verdade e o segredo que carrega e, precisamente, à de manifestá-los a uma outra pessoa, como condição de sua própria salvação.⁶⁸

Há uma importante distinção, aponta Michel Foucault, entre a verbalização de si para os estoicos, na Antiguidade grega, e para a espiritualidade cristã: enquanto aqueles trabalhavam o próprio pensamento para não se enganarem a respeito das coisas, das leis universais que regem o mundo (*physis*) – objetivando a busca da autonomia, para guiarem-se conforme suas próprias razões⁶⁹ e serem senhores de si mesmos –, os cristãos o faziam para que não padecessem em ilusões, ou seja, para tentarem distinguir a origem de suas impressões – que podiam ser obra de Deus (e, portanto, retas e puras) ou de Satanás (enganosas, consequentemente) – e orientarem corretamente a própria conduta. Entretanto, se cada ideia pode estar em sua origem perversamente dirigida pelo próprio Diabo, nenhuma garantia existe de que esse escrutínio do próprio pensamento conduza à correta identificação daquilo que seria divina ou satanicamente orientado, pois tal conclusão pode ser, ela própria, obra diabólica. Para escapar a esse problema de vício circundante é preciso buscar apoio fora do círculo, fora de si, fora dos próprios pensamentos. E a técnica para tanto apresentada é, exatamente, a prática da confissão.⁷⁰

Ao falar de si – é cristalino – o confitente fica sujeito aos conselhos, às opiniões, às orientações de leituras e orações indicadas pelo confessor, permitindo-se ser por ele guiado para fora do paradoxo envolvendo a origem do pensamento e norteado acerca de como agir em suas práticas cotidianas. Sob esse aspecto o confessor age como um diretor de consciência.⁷¹

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade...**, p. 6.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 132.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 108-109.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos...** Curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 223.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 163-166.

⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 167.

Mas não é apenas por esse motivo que a confissão se mostra tão importante para a teologia cristã. O simples ato de confessar revela a verdade (ou ilusão) do próprio pensamento basicamente porque, se estes são puros e divinamente orientados, confessá-los não importa qualquer constrangimento: emergem à luz com facilidade; por outro lado, se são impuros, frutos do mal, corrompidos, sua manifestação é custosa, tendendo a ser ocultada ou escamoteada. O motivo é cosmoteológico, pois Satanás (Lúcifer, o que traz luz) foi condenado a viver nas trevas, evitando a claridade e a clareza da verdade: a vergonha e a reticência em confessar, em trazer os fatos, sentimentos e pensamentos à luz é, portanto, sempre uma indução diabólica e um sinal de má índole. Essa hermenêutica de si – essa busca pela verificação de si mesmo a partir da fonte dos próprios pensamentos por meio de sua externalização a um terceiro – é invenção do cristianismo.⁷²

Também próprio do cristianismo é o vínculo estabelecido entre o dizer a verdade sobre si mesmo e o apagar do malfeito a que se dá a conhecer, ou seja, a passagem do desconhecido ao conhecido em um procedimento ritualizado que tem o condão de anular a falta cometida, como se o pecado, produto de obra satânica, não suportasse a emersão do subterrâneo à superfície, do oculto à claridade. Trata-se da noção de purificação pela verdade, pela emergência de si, cuja origem também é cristã.⁷³

Esses dois aspectos da confissão – a reticência em fazê-lo como manifestação do próprio demônio e o apagar da falta pela sua verbalização – são centrais na doutrina cristã e, evidentemente, técnicas de governo. Desde sua origem, conforme aponta Giorgio Agamben, a teologia cristã é econômico-gerencial.⁷⁴ A origem das técnicas governamentais advém do pastorado cristão, do governo das almas, que define a atividade da Igreja até o século XVIII, quando passa a ser também a matriz e o modelo do governo político.⁷⁵ Com efeito, a passagem do pastorado eclesiástico ao pastorado político nada mais é do que a secularização de uma série de conceitos por meio dos quais os teóricos da providência explicaram o governo do mundo

⁷² FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 167-168.

⁷³ FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos...**, ps. 204-205. E aqui, já em uma breve antecipação de como os temas se entrelaçam, é interessante notar a precisão e a pertinência da frase “A verdade te liberta”, dita por um conhecido delator brasileiro, ao invocar a Bíblia e esclarecer a razão pela qual assinou acordo de colaboração premiada com a Procuradoria-Geral da República no âmbito da Operação Lava Jato. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/a-verdade-te-liberta-diz-joesley-ao-explicar-porque-decidiu-fazer-delacao-21788802>. Último acesso em 19.08.2018.

⁷⁴ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer**, II. Coleção Estado de Sítio. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 80.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, p. 126.

por Deus. Existe aqui uma novidade de capital importância, portanto, em relação à mitologia e à teologia pagã: o cristianismo não é um mero relato sobre os deuses (ou sobre Deus), mas atividade de autorrevelação, cuidado e governo do mundo.⁷⁶

O encadeamento da divindade cristã em uma trindade – ao mesmo tempo Pai, Filho e Espírito Santo – não é a explicação da genealogia divina (teogonia) nem uma mitologia, segundo Giorgio Agamben, mas “uma *oikonomia*, a saber, ao mesmo tempo articulação e administração da vida divina e governo das criaturas.”⁷⁷ *Oikonomia* significa “administração da casa”, tendo o vocábulo sido usado progressivamente para além de seu significado original – por meio de uma “extensão analógica de sua denotação” –, avançando, entre os estoicos, para um paradigma gerencial, no sentido de “uma força que regula e governa tudo a partir do interior”,⁷⁸ e desembocando no âmbito teológico com Paulo de Tarso (o apóstolo Paulo), que referia a si mesmo e aos membros da comunidade messiânica com termos próprios da administração doméstica, em um léxico, portanto, econômico. “[O]s cristãos são, nesse sentido,” ainda conforme o autor italiano, “os primeiros homens integralmente ‘econômicos’.”⁷⁹ São, em outras palavras, os primeiros homens integralmente administrados, governados.

Trata-se a *oikonomia*, destarte, de um “operador estratégico” que permite a conciliação da trindade com a unidade divina,⁸⁰ criando as condições para que o cristão pudesse efetivamente amar sua divindade. Ora, se Deus enquanto Deus (e, portanto, enquanto Pai, princípio da trindade) é essência insensível, inapreensível e abstrata,⁸¹ é só por meio do Filho que Ele experimenta a finitude e o sentimento do qual derivam Seu amor pelos homens; é só por meio do Filho que Deus efetivamente os aquece e perante eles se apresenta com emoção, entusiasmo e encantamento. É só por meio do Filho que Deus lhes prende o coração.⁸² A novidade do cristianismo foi ter revelado que o amor divino é um amor de Pai, diz Bernard Bro.⁸³ Essa *oikonomia* trinitária torna ainda possível não apenas evitar o retorno ao politeísmo

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, ps. 61-62.

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, p. 62.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, ps. 31-34.

⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, p. 38.

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, p. 50.

⁸¹ FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo**. Apresentação e tradução de Adriana Veríssimo Serrão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianps, 2ª, ed., p. 84.

⁸² FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo...**, ps. 76-78.

⁸³ BRO, Bernard. **Procuram-se pecadores**. Tradução de M. Cecília de M. Duprat. Com aprovação eclesiástica. São Paulo: Paulinas, 1976, p. 115.

– o que seria um grave problema político porque o monoteísmo traduz a centralização de um poder absoluto para a direção das coisas mentais⁸⁴ – mas também explicar o governo divino do mundo material. É que sob o aspecto teológico a divindade é una – tem-se um único Deus, do qual deriva uma única vontade e um único governo providencial –, mas perante a racionalidade econômico-gerencial tem-se a figura trina e, conseqüentemente, a divindade e a humanidade de Cristo. Por meio daquela o Filho conhece os desígnios do Pai e por meio desta os manifestou no mundo (economia da salvação).

Tem-se, então, o aporte teórico para a justificação do governo providencial do mundo e, mais do que isso, a própria legitimação do poder dos soberanos terrenos. Assim como precisou do Filho para que este cumprisse sua vontade no mundo, o Pai carece de um demiurgo para conservá-lo, organizá-lo e governá-lo, de sorte que entre Deus (considerado em sua unidade) e o poder político material opera um sistema funcional, legitimado pela autoridade divina.⁸⁵ Se a legitimação do governo do mundo é o problema político decisivo,⁸⁶ a trindade ofereceu aos teólogos cristãos o ferramental dúctil para explicar a máquina providencial e alicerçar o moderno conceito de governo.⁸⁷ A partir de então, em uma conveniente retórica, ao governar o soberano nada mais faz do que reproduzir a vontade de Deus no mundo.⁸⁸ Não à toa, *the King can do no wrong*. Em 1589, Giovanni Botero sintetiza essa legitimação política em uma palavra: “a autoridade do Papa justifica o príncipe perante Deus”.⁸⁹ Também conforme o autor italiano, a religião produz súditos subservientes ao príncipe por saberem que, ao servi-lo, servem diretamente a Deus.⁹⁰ Digna de nota, ainda nesse sentido, a passagem bíblica que intercambia poder terreno e poder divino exatamente “porque não há autoridade que não venha de Deus; as que existem foram instituídas por Deus. Assim, aquele que resiste à autoridade,

⁸⁴ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 169.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória**..., ps. 93-94.

⁸⁶ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória**..., p. 81.

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória**..., ps. 128-129.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 312.

⁸⁹ BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato**. Libri dieci. Venetia: apresso i gioliti, 1589, p. 83. Tradução minha do original em língua italiana: “*l’ autorità del Papa giustifica il prencipe presso a Dio*”. Disponível em: <http://sciencepoparis8.hautetfort.com/media/02/01/1597175066.pdf>. Último acesso em 29.08.2018.

⁹⁰ BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato**..., ps. 45-46.

opõe-se à ordem estabelecida por Deus; e os que a ela se opõem, atraem sobre si a condenação.”⁹¹

Daí, também, a submissão do mundo a uma economia de obediência, eis que sempre que Deus quer intervir nos assuntos terrenos o faz pela autoridade de uns sobre os outros, posto que Ele próprio as instituiu. E isso não apenas em relação ao soberano e ao poder político, mas também entre os homens em si mesmos considerados, eis que a obediência pastoral é essencialmente exercida por meio da relação individual.⁹²

O governo pelo pastoreio tem como uma de suas características essenciais a manifestação tanto em âmbito coletivo quanto individual, tanto em relação ao rebanho quanto a cada uma de suas ovelhas em sua singular subjetividade, de tal modo que o entrecruzamento entre os poderes pastoral e político transmite essa dupla articulação ao Estado moderno, que é, ao mesmo tempo, também individualizante e totalizante.⁹³ E assim como o pastorado da Igreja romana demanda uma peculiar e intensa noção de obediência e manifestação de si, o mundo pastoralmente governado é aquele no qual impera toda uma economia da verdade – “verdade ensinada, de um lado, verdade oculta e extraída, do outro.”⁹⁴ Verdade oculta e extraída pela confissão.

Mas não só. O mundo pastoral cristão é repleto de sinais, monstruosidades e enigmas que ocultam ameaças de castigo e promessas de salvação e que precisam, portanto, ser decifrados para revelarem as verdades que trazem consigo.⁹⁵ É um mundo estático, de verdades à espera de decodificação. Um mundo compreendido por meio de remissões recíprocas às verdades primeiras e, portanto, pela analogia.⁹⁶ “O pensamento analógico medieval esforça-se especialmente para estabelecer um vínculo entre alguma coisa aparente e alguma coisa oculta; e, mais particularmente ainda, entre o que está presente no mundo terreno e o que tem seu lugar entre as verdades eternas do Além.”⁹⁷ A correspondência entre a enganosa aparência das coisas

⁹¹ Bíblia. Novo Testamento. Romanos 13; 1:2. Disponível em: <https://www.biblionline.com.br/vc/rm/13>. Último acesso em 05.12.2019. Slavoj Žižek (2015, p. 127) questiona de forma retórica: “o cristianismo, afinal, não apoia a participação no jogo social (obedece às leis nacionais, mesmo que sua fidelidade suprema seja para com Deus) e, assim, gera sujeitos ideais da ordem existente?”

⁹² FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 315.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória...**, p. 126.

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 315.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, ps. 315-316.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 316.

⁹⁷ PASTOUREAU, Michel. Símbolo. Tradução de Lênia Márcia Mongelli. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval**: volume 2. Tradução coordenada por Hilário Franco Júnior. São Paulo: Unesp, 2017, p. 558.

e suas verdades ocultas posta-se em vários níveis e se expressa de variadas maneiras, inclusive por meio das palavras, da etimologia. As palavras carregam, elas mesmas, verdades, portanto, como o revela a macieira, que deve a seu nome – *malus*, que evoca o mal – o fato de ter se tornado a árvore do fruto proibido e do Pecado Original.⁹⁸

O pecado, aliás, domina as mulheres e os homens desse mundo. A história sucede às voltas com o pecado, de fase em fase pontuada pelo pecado, demarcada pelo pecado: da Queda ao Juízo Final, passando pela vinda de Cristo, tudo gira em seu entorno. A história da humanidade é contada pelo pecado. A coletividade é orientada pelo pecado, que funda uma série de práticas rituais – das quais a confissão é apenas um exemplo –, como o batismo, o jejum, a peregrinação, a oração, e a punição corporal. A coletividade é uma comunidade de pecadores, de modo que as relações sociais estão orientadas e impregnadas de cima a baixo por uma inescapável solidariedade pecaminosa. O pecado também dita a relação entre corpo e alma, do homem consigo mesmo, e de suas práticas: por longos séculos o trabalho é experimentado como punição divina e a atividade intelectual como uma insana e insaciável curiosidade, ambas consequências do próprio Pecado Original.⁹⁹ O pecado é narrado, relatado, confessado, estudado e representado. O pecado constitui a subjetividade desse mundo pastoral; é o pano de fundo em torno do qual este se desenvolve. É a chave por meio do qual os segredos dos homens são destrancados. A crença no Pecado Original e na corrupção do mundo fundamenta todos os abusos, eclesiásticos ou seculares.

Segundo Michel Foucault, o pastorado como forma de governo vigeu até meados dos séculos XVI-XVII (entre 1580 e 1650), quando surge a problematização em torno da *res publica* e se passa a exigir do soberano não mais apenas o exercício da soberania, não apenas o pastoreio, mas uma arte de governo lastreada na razão de Estado,¹⁰⁰ compreendida por Giovanni Botero como a conservação e a ampliação de um domínio.¹⁰¹ A partir de então, o Estado se presta, essencialmente, portanto, à sua autoconservação, ao seu funcionamento cotidiano, à sua gestão de todos os dias.¹⁰² E o faz por meio da transgressão. A razão de Estado é sempre transgressora das leis e somente as respeita enquanto elementos de seu próprio jogo, enquanto

⁹⁸ PASTOUREAU, Michel. Símbolo. Tradução de Lênia Márcia Mongelli. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, ps. 558-561.

⁹⁹ CASAGRANDE, Carla; VECCHIO, Silvana. Pecado. Tradução de Lênia Márcia Mongelli. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, ps. 378-379.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, ps. 316-318.

¹⁰¹ BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato...**, p. 11.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 318.

necessárias ou úteis à sua própria perenidade. A necessidade do Estado é, assim, superior à lei. E o princípio pastoral que prega a salvação de cada um como a salvação de todos (e a de todos como a de cada um) passa a ser lido, pela ótica da razão de Estado, de maneira diametralmente oposta – ou seja, a salvação de todos depende agora do sacrifício de alguns. A antiga promessa salvífica do pastorado é substituída pela rudeza do Estado, que em nome de sua própria conservação exige que suas violências sejam aceitas como expressão de sua própria razão.¹⁰³ O combustível dessa maquinaria, entretanto, é o mesmo: se no pastoreio a salvação era sempre adiada, agora o Estado se posta como que se sob ameaça constante e permanente.

Há, portanto, uma continuidade. E o fio condutor é a população, sujeita sempre à obrigação de dizer a verdade sobre si mesma – se antes para sua própria salvação, agora para a salvação do Estado. Salvação do Estado que não deixa de ser apresentada como a salvação de todos e, portanto, de cada um. O surgimento da razão de Estado nos moldes descritos por Giovanni Botero não encerra, pois, a instrumentalização do pecado para a extração de uma fala veraz, mas a qualifica. A perene submissão à necessidade de dizer a verdade sobre si mesmo tão presente no pastoreio e em toda a subjetividade cristã serve, evidentemente, à razão de Estado. Na obra de 1589 (publicada, portanto, no início do período apontado por Michel Foucault como o do declínio do pastoreio), precisamente intitulada *Della Ragioni di Stato*, Giovanni Botero recomenda o fomento e o incentivo à religião – e a referência é à religiosidade cristã – porque Deus permite a ruína da cidade pelos pecados do povo¹⁰⁴ e porque assim convém à glória e ao serviço prestados em favor do Rei.¹⁰⁵ Ressalta o autor italiano, aliás, que

“entre todas as leis, não há nenhuma mais favorável aos príncipes que a cristã, porque esta submete a eles não apenas o corpo e a faculdade dos súditos, mas os ânimos e as consciências, e une não

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 349-356.

¹⁰⁴ Sobre a permissividade de Deus para com o pecado merece destaque a reflexão de Bernard Bro (1976, p. 116): “A ordem das coisas é ferida pelo nosso pecado, mas o amor divino inventa uma nova ordem. Enquanto pelo pecado tratamos a Deus como ‘um outro’, que podemos dispensar, colocando-nos assim exclusivamente sob a exigência da justiça, Deus, pela misericórdia, tudo recomeça, insiste, de maneira que o amor prevaleça. Por isso a misericórdia interessa Deus (*sic*), por isso o amor inventa uma nova ordem onde triunfará. Se Deus não muda por causa do pecado, nossas relações com ele são modificadas. Quando a misericórdia recria a ordem, faz surgir, ao mesmo tempo, aquilo que Deus mais tem a peito: o amor. Então, já não se trata somente de salvação dos homens, mas do próprio Deus. Deus zela pelo seu próprio bem. Quando a Escritura nos fala das ‘entranhas de misericórdia’, não seria a ternura de Deus que receia que o tomemos por aquilo que não é? Não será, finalmente, a única razão do pecado: ser ocasião para a misericórdia triunfar? O pecado concorre assim para a manifestação da verdadeira ordem, do verdadeiro bem de Deus.”

¹⁰⁵ BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato...**, p. 45.

somente as mãos, mas os afetos, assim como os pensamentos e quer que se obedeça a príncipes tirânicos e não aos moderados e que se sofra seja o que for para não perturbar a paz. Não há nada que desobrigue o súdito à obediência devida ao príncipe, se não for contra a lei da natureza ou de Deus; e nesses casos quer que se faça o que quer que seja, antes que chegue a ruptura manifesta, do que foram um grande exemplo os cristãos da primitiva Igreja, que, embora fossem perseguidos e com crueldade atormentados, não consta que se rebelassem ao império ou se revoltassem contra seus príncipes: sofriam as rodas, ferro e fogo a brutalidade e a raiva dos tiranos e dos carrascos pela paz pública. Nem se deve supor que isso ocorria porque não tinham força e que por isso as legiões entregavam as armas e se deixavam cruelmente torturar e, de forma não surpreendente, que rezassem cotidianamente a Deus pela salvaguarda do Império romano.”¹⁰⁶

A eclosão da razão de Estado aglutina e articula tanto a submissão quanto a obrigação de verdade que são próprias do cristianismo desde o seu início. A confissão como concebida desde o final da Idade Média é produto de um regime de verdade que o cristianismo impõe aos indivíduos desde sua origem, desde o século II ao menos.¹⁰⁷ Até o fim do governo pelo pastorado são, portanto, quinze séculos de uma intensa doutrina de obediência e de autoexposição que moldaram e sedimentaram a subjetividade Ocidental.

Mas, como antes referido, o século XVII não rompe com essa doutrina. Muito ao contrário. O século XVII é um século religioso,¹⁰⁸ crucial para o desenvolvimento do pensamento político moderno;¹⁰⁹ é o século de Luís XIV, do absolutismo à custa da Igreja romana, da consolidação do direito divino dos reis na França e perante os pensadores franceses, de onde se espalha por toda a Europa com acento muito mais nos deveres do que nos direitos dos indivíduos, de modo que, apesar das novas noções sobre soberania, a política continuava a

¹⁰⁶ BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato...**, p. 46. Tradução minha do original em língua italiana: “*tra tutte le leggi, non ve n'è alcuna più favorevole a prencipe, che la cristiana, perché questa sottomette loro non solamente i corpi e le facultà de' sudditi, dove conviene, ma gli animi ancora e le conscienze, e lega non solamente le mani, ma gli affetti ancora et i pensieri, e vuole, che si obedisca a' prencipe discoli, no che a' moderati, e che si patisca ogni cosa per non perturbar la pace: e non è cosa alcuna, nella quale disoblighi il suddito dall'obediencia debita al prencipe, se non è contra la legge dela natura o di Dio; et in questi casi vuole, che si faccia ogni cosa, prima che si venga a rottura manifesta, di che diedero grande essemplio i cristiani nella primitiva Chiesa, con ciò sai che, se bene erano perseguitati e con ogni crudeltà tormentati, nondimeno non si legge, che si ribellassero mai dall'imperio o si rivoltassero contra i lor prencipi: pativano le ruote, e'l ferro e'l fuoco, l'immanità e la rabbia, e de' tiranni e de' carnefici, per la pace publica. Nè si deve stimare, che ciò avvenisse, perché non avessero forze, con ciò sia che le legioni intiere gettavano l'armi e si lasciavano crudelmente stratiare, e, quel che è di non minor meraviglia, con tutto ciò pregavano cotidianamente Dio per la conservatione dell'imperio romano.*”

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos...**, p. 94.

¹⁰⁸ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno** – v. I: séculos XVII e XVIII. Tradução de Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, p. 208.

¹⁰⁹ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...**, p. 117.

ser vista, tal como na Idade Média, como um ramo da teologia.¹¹⁰ O soberano como “Deus Mortal” de Thomas Hobbes, sem santidade ou origem divina, a quem o teórico inglês subordinava a religião, era *persona non grata* tanto nas cortes francesa quanto inglesa,¹¹¹ tamanha a força da Igreja romana àquele tempo. Num cálculo político primário, mesmo que o soberano teorizado por Thomas Hobbes fosse muito mais poderoso do que o Rei Sol do Bispo Jacques-Bénigne Bossuet,¹¹² era ainda preferível governar sob o fundamento divino e prestando contas à religião do que romper com o pacto e arriscar o próprio trono, como a humilhação a que o Papa Gregório VII submeteu Henrique IV em 1077, no episódio conhecido como *Penitência de Canossa*, demonstrara de forma retumbante.

Afirmada a noção de Estado, advém a necessidade de segurança jurídica e o reaparecimento da lei como fonte do direito, em um ressurgimento do direito romano, pelas compilações de Justiniano, e do direito canônico, que havia atingido seu apogeu entre os séculos XII e XIII. É nesse contexto que o estilo inquisitório atinge na França seu ápice, com a *Ordonnance criminelle d'août 1670*.¹¹³ A sobrevida do direito canônico nesse período não causa surpresa. Assim como o poder monárquico se sobrepusera ao feudal por meio do jurídico – atuando o rei como árbitro (juiz) dos litígios que queria resolver¹¹⁴ – e assim também como posteriormente o fez o Estado, a Igreja Romana, para fundamentar sua primazia em relação ao mundo, governara por meio do arcabouço jurídico¹¹⁵ e a busca absolutista do ferramental normativo tanto no direito romano quanto no direito canônico não deixa de ser uma releitura da *doutrina das duas espadas*, ambas agora cruzadas perante a garganta do réu.

¹¹⁰ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...**, p. 120-122.

¹¹¹ BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...**, p. 124-125.

¹¹² BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...**, p. 126.

¹¹³ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 94.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 220.

¹¹⁵ DREHER, Martin N. **A Igreja no mundo medieval** – vol. 2. Coleção História da Igreja. São Leopoldo: Sinodal, 1994, p. 62. Alphonse Borrás (2006, ps. 139-140) diz que o direito canônico – que não se confunde com o direito civil eclesiástico, cujo objeto é a regulação jurídica da Igreja desde o ponto de vista secular da autoridade civil do Estado (BORRAS, 2006, p. 127) – serve à Palavra de Deus e ao processo de graça por meio do qual a Igreja a anuncia. Ainda segundo o autor, (2006, ps. 140-141) “[o] direito canônico está a serviço da Igreja, *creatura Verbi*, para que ela se torne o que ela é chamada a ser – sacramento da salvação – e realize sua missão de anunciar o Evangelho da graça. (...) O direito canônico consiste em um dispositivo de proteção do caráter próprio da vida da Igreja e de sua missão, quer dizer, tanto da comunhão eclesial estabelecida pela graça como da atestação da graça da aliança no coração da história dos homens.”

1.2.1 A confissão e as duas grandes obrigações de verdade próprias do cristianismo: verdade de si e verdade do texto (dogma)

“Parecia-me bastante estranho que a mesma coisa viesse de Deus e do Diabo, segundo melhor lhes apetecia encará-la. Há muitas circunstâncias semelhantes na religião; e aqueles que me consolaram disseram-me freqüentemente, de meus pensamentos, uns que se tratavam de instigações de Satã, e outros, de inspirações divinas. Vem o mesmo mal, ou de Deus que nos experimenta, ou do Diabo, que nos tenta.”

(Denis Diderot – A religiosa)

“Falar do pecado e do perdão é falar da realidade mais sublime, pois tudo supõe: que Deus existe, que é uma pessoa que nos ama e quer salvar-nos, e de nossa parte que tenhamos uma confiança fundamental *a priori*, na possibilidade de sermos salvos”.¹¹⁶ Com essa frase Bernard Bro sintetiza as (e demonstra a simbiose das) duas obrigações de verdade que, segundo Michel Foucault, imperam no cristianismo: a obrigação de autoexploração, de descobrimento de uma verdade em si mesmo e de revelação dessa descoberta – verdade de si, portanto – e a obrigação de crença na verdade revelada, na verdade do dogma, que é a própria fé.¹¹⁷

Entre a obrigação de descobrimento de uma verdade de si e de autorrevelação e, por outro lado, a obrigação de crença nos textos sagrados há uma relação de profunda interdependência porque estes apenas são passíveis de boa interpretação por aqueles de coração e pensamentos puros, purificados pela confissão permanente de si mesmos. Como já referido, esse autoconhecimento cristão, que se obtém pela confissão permanente dos próprios pensamentos, visa a separar as boas das más ideias, visa ao conhecimento da origem da reflexão primeira, única forma de conhecimento da própria verdade. E é apenas após o conhecimento da verdade de si – e após a purificação das impurezas do pensamento – que se poderá conhecer, efetivamente, o texto da Escritura; só então a verdade do texto emergirá cristalina. Há, pois, “um vínculo fundamental entre leitura do texto e verbalização de si”; acaso se queira compreender o texto, é preciso falar de si mesmo.¹¹⁸

¹¹⁶ BRO, Bernard. **Procuram-se pecadores...**, p. 27.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 181-182.

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 182. Tradução minha do original em língua espanhola: “un vínculo fundamental entre lectura del texto y verbalización de sí”.

Esse enlaçamento entre a possibilidade de interpretação do texto sagrado e a submissão do intérprete às práticas confessionais permanentes limita, é claro, a boa leitura aos membros das comunidades cristãs, especialmente aos membros das comunidades eclesiais. Trata-se de uma concepção notadamente autoritária, impositora de uma única verdade (dogma) – a palavra *herege* vem do grego *hairesis*, que significa “o que escolhe” –, contra a qual se insurgiu, no século XVI, a Reforma protestante. O protestantismo libertou tanto o conhecimento do texto quanto o autoconhecimento da autoridade da Igreja romana e de seus ensinamentos verticalizados, ajustando a comunhão de ambas as descobertas no fundo de si mesmo como sendo a própria verdade da fé.¹¹⁹ Houve, destarte, uma interiorização: para o protestantismo, a verdade do texto é aquela que cada um encontra em si.¹²⁰ Trata-se, com efeito, de uma inconciliável cisão com as ideias prerreformistas.

Entre a técnica para conhecimento do texto e a técnica para conhecimento de si (hermenêutica do texto e hermenêutica de si) sempre houve no cristianismo uma tensa dualidade, uma interação constante, que lhe é constitutiva e que se perpetua há um milênio e meio ou dois milênios e que sobreviveu, portanto, ao movimento reformista.¹²¹

1.2.2 A judicialização da confissão na Igreja romana: a penitência tarifada

*“Parecia um santo,
de mãos amarradas,
no meio de cruces,
bandeiras e espadas.
– Se aquela sentença
já se conhecia,
por que retardaram
a sua agonia?*

(Cecília Meireles – Romance LXII ou do bêbedo descrente)

¹¹⁹ Para Michel Foucault (2014, p. 204), o movimento reformista, com Martinho Lutero e João Calvino, foi o esforço para desjuridicizar as relações entre homem e Deus que foram estabelecidas pela Igreja romana no século XIII (ver tópico 1.2.2).

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 184.

¹²¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 183-184.

A penitência tarifada, diz Michel Foucault, é aquela exercida como correspondência específica à falta cometida e que deve, portanto, ser praticada tantas e quantas vezes forem os mal agires. Trata-se de uma novidade capital em relação às primeiras formas de manifestação de verdade de si e que é fundamental na história da judicialização da confissão porque, com a penitência tarifada, surge “a obrigação de confessar faltas definidas por um código e que se sancionarão em função desse mesmo código.”¹²²

A origem da penitência tarifada são duas, relata Michel Foucault: o modelo monástico e o direito germânico. O modelo monástico aparece como fonte porque os conventos eram instituições com rígidas estruturas hierárquicas, denso sistema de vigilância e regulamentação permanente e total da vida, de modo que não poderia mesmo funcionar sem que estivessem previamente definidas as faltas e as sanções a elas correspondentes.¹²³ Com efeito, já não era suficiente exigir somente a confissão para que se mantivesse a obediência nas comunidades eclesiais e monacais, sendo necessário que lhe fosse acoplada uma satisfação correspondente à falta cometida, fazendo emergir a penalidade como ferramenta do poder eclesiástico.¹²⁴ Nesse aspecto, portanto, também a penitência tarifada surge como decorrência de uma necessidade gerencial, num primeiro momento restrita aos conventos e depois expandida.

“A legislação produzida pelo monaquismo medieval”, diz Pierluigi Licciardello, “é riquíssima.”¹²⁵ Das regras vigentes nos mosteiros, a mais difundida no Ocidente é a de São Bento de Núrsia (fundador da Ordem dos Beneditinos), reelaborada – nos anos 540¹²⁶ – a partir da precedente e anônima *Regra do Mestre*, que determina a sábia alternância entre oração e trabalho e que, mais adiante, acabou por ser sintetizada na fórmula *ora et labora*. Assim, o

¹²² FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 194. Tradução minha do original em língua espanhola: “*a obligación de confesar faltas definidas por um código, y que se sancionarán em función de ese mismo código.*”

¹²³ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 195.

¹²⁴ MARÍN-DÍAZ, Dora Lilia. **Autoajuda, educação e práticas de si**: genealogia de uma antropotécnica. Coleção estudos foucaultianos. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 163.

¹²⁵ LICCIARDELLO, Pierluigi. A cultura dos mosteiros e a literatura monástica. In: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média**: bárbaros, cristãos e muçulmanos – vol. I. Tradução de Bonifácio Alves. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 4ª ed., 2016, p. 473.

¹²⁶ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, p. 260.

mosteiro tal qual previsto por São Bento de Núrsia “é uma cidadelazinha autossuficiente nos aspectos económicos e espirituais.”¹²⁷

Na realidade, o mosteiro pode ser entendido como uma cidade no deserto ou, mais precisamente, “uma anticidade, fundada em oposição a quase tudo o que encarnara a *pólis* ou a *civitas*, entidade social essencial da Antiguidade.”¹²⁸ Por meio dos mosteiros se exercitava a fuga do mundo (*fuga mundi*), valendo destacar que o termo *monge* e seus derivados provêm de uma raiz grega que significa *só* – uma solidão muito mais social do que espiritual.¹²⁹ Com efeito, o monge visa à *docta ignorantia*, ou seja, à “ignorância da cultura mundana, mas sabedoria das coisas de Deus.”¹³⁰ Era, destarte, para os mosteiros que se dirigiam aqueles que, tendo cometido um pecado ou uma falta grave, queriam fazer uma penitência, retirando-se da sociedade (“retiro”) como forma de purificação. Ali encontravam o espaço e o tempo ideais para a realização dessa penitência, bem como uma justa medida entre o malfeito e sua reparação. A intensificação da busca penitencial nos (e por meio dos) mosteiros fez naturalmente difundir seu modelo de regulamentação de faltas e sanções,¹³¹ secularizando, pois, a penitência tarifada.

A penitência tarifada começou a ser praticada no século IV e o início de sua expansão se deu no século VII por meio de monges irlandeses, que tiveram grande importância no processo de evangelização da Europa ocidental, de uma parte da Gália e também de parte da Alemanha.¹³² A Irlanda, primeiro país para além das fronteiras do mundo romano cuja população adotou o cristianismo (talvez porque não conhecesse nem o paganismo e nem o judaísmo e se conservasse, portanto, ainda pura e virgem para a ortodoxia cristã),¹³³ possuía, já ao final do século VI, uma Igreja “resolutamente monástica.”¹³⁴

¹²⁷ LICCIARDELLO, Pierluigi. A cultura dos mosteiros e a literatura monástica. In: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média: bárbaros, cristãos e muçulmanos** – vol. I..., p. 473.

¹²⁸ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, p. 258.

¹²⁹ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, ps. 256.

¹³⁰ LICCIARDELLO, Pierluigi. A cultura dos mosteiros e a literatura monástica. In: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média: bárbaros, cristãos e muçulmanos** – vol. I..., p. 471. Conforme o autor (2016, p. 471), portanto, “*scientia* e *sapientia* opõem-se.”

¹³¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 195.

¹³² FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 194.

¹³³ CANTARELLA, Glauco Maria. Filosofia e monaquismo. In: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média: bárbaros, cristãos e muçulmanos** – vol. I..., p. 348. Segundo o autor (2016, p. 348) foi isso o que escreveu o monge irlandês Columbano ao Papa Bonifácio IV (pontificado de 608 a 615).

¹³⁴ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, ps. 259-260. Ainda segundo o autor

A propagação do monasticismo cristão – cuja origem remonta ao Egito do século III¹³⁵ – no Ocidente foi em princípio marginal (à exceção da Irlanda). Essa tendência de marginalidade, com os mosteiros sendo instalados em locais ermos e afastados, foi invertida com o Papa Gregório I (pontificado de 590 a 604), que enxergava nos povos germânicos em território romano uma das principais questões políticas de sua época.¹³⁶

Isso porque, alguns desses povos eram apenas superficialmente cristãos enquanto outros, como os anglo-saxões, ainda eram pagãos. Visando à conversão desses pagãos ao cristianismo, o Papa Gregório I enviou à Inglaterra um grupo de monges do mosteiro romano no qual vivera para que cumprissem essa longa e perigosa missão, que se revelou, aliás, um grande sucesso, pois em menos de um século todos os reinos anglossaxões aderiram ao cristianismo. Esses monges missionários – e seus sucessores – na Inglaterra mantinham estreito contato com a cúria romana e os mosteiros ingleses eram, antes de mais nada, postos de comando ao processo de cristianização. Ao final do século VII, quando a primeira etapa da cristianização inglesa já se encontrava concluída, os monges anglossaxões se voltaram para a evangelização de populações nos territórios germânicos que seus antecessores haviam deixado para trás, como a Frísia, Saxônia, Turíngia, Hesse, Francônia, Baviera e Alemanha. E o faziam mediante autorização e direção de Roma, em uma relação de tal modo umbilical que alguns monges-missionários anglossaxões renunciaram a seus nomes para adotarem outros, romanos, que seriam mais melodiosos.¹³⁷

A conjugação dos esforços provenientes da Irlanda com os novos impulsos provenientes da Inglaterra fez com que o monasticismo deixasse sua posição marginal,

(2017, p. 260), “[c]omo o país não possuía a infraestrutura romana comum de cidades, portos, estradas e unidades geopolíticas de administração e jurisdição, a organização episcopal da Igreja continental foi incapaz de implantar-se. A unidade dominante da organização social irlandesa era o clã, e todos os grandes clãs possuíam um mosteiro de homens, alguns tinham até um destinado às mulheres. As funções de abade e abadessa eram colocadas diretamente sob controle da família. Só alguns monges tornavam-se padres e, entre eles, dentro de um dado mosteiro e, portanto, submisso à autoridade do abade, existia em geral um que exercia as funções de bispo.”

¹³⁵ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, p. 257. Pierluigi Licciardello (2016, p. 471) afirma que o monasticismo percorre a história da Igreja romana a partir do século IV, embora alguns autores afirmem se tratar de uma opção espiritual constante nas religiões em todos os tempos. Michel Foucault (2014, p. 194), como já exposto, também identifica o século IV como o início das práticas penitências tarifadas, reforçando, pois, a correlação entre ambos.

¹³⁶ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, p. 260.

¹³⁷ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, ps. 260-261.

passando a integrar as estruturas dominantes da sociedade ocidental.¹³⁸ E com essa difusão propagou-se, também, as práticas penitenciais tarifadas e a atividade que lhe pressupõe: a confissão.

O direito germânico, por sua vez, é muito importante para que se compreenda o processo de judicialização da confissão porque é nesse modelo jurídico primitivo que se encontra um paralelo com a ideia de que, ante o cometimento do pecado, é possível e necessário que haja uma reparação que enseje a redenção daquele que o praticou. Tratava-se de uma regra do direito germânico que uma falta sempre pudesse ser redimida acaso fosse dada uma reparação àquele a quem se tivesse lesado ou lesionado. Tinha-se, pois, a mesma estrutura no direito germânico e na penitência tarifada.¹³⁹

Também no que toca à proporcionalidade o modelo era semelhante, pois entre a falta e a reparação havia uma correspondência de intensidade tal qual ocorria entre o pecado e a penitência tarifada. Havia uma codificação em ambos os modelos: para cada falta uma determinada reparação; para cada pecado uma penitência específica. Ademais, como as reparações e as penitências eram bastante severas, havia um sistema de transação tanto no direito germânico como na penitência tarifada: em ambos existia a possibilidade de negociação – no primeiro caso com a pessoa prejudicada, no segundo com Deus ou seu representante.¹⁴⁰

Nas palavras de José Ramos Regidor,

“conforme o uso do direito civil germânico e céltico da «Wehrgeld», segundo o qual um delito podia ser redimido por uma quantia de dinheiro proporcional, também se admitiu a composição ou redenção das obras de penitência mediante uma soma de dinheiro ou pela celebração de um determinado número de missas.”¹⁴¹

¹³⁸ LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval...**, p. 262.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 195.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 195.

¹⁴¹ REGIDOR, José Ramos. L'evoluzione storica della penitenza. Tradução minha do original em língua italiana: “*conformemente all'uso del diritto civile germanico e celtico della «Wehrgeld», secondo cui un delitto poteva essere riscattato da una somma di denaro proporzionata, si ammise anche la composizione o riscatto delle opere di penitenza mediante una somma di danaro o facendo celebrare un determinato numero di messe.*” Disponível em: http://www.cdbchieri.it/rassegna_stamp_a_2016/regidor1.htm. Último acesso em 22.09.2018. Originalmente publicado em: REGIDOR, José Ramos. **Com-Nuovi Tempi**, n. 15, abr. 1983.

As penitências, em particular, eram excessivamente longas e não raro redundavam no inconveniente de ultrapassarem a duração de uma vida – em especial quando aplicadas cumulativamente –, daí a necessidade de substituição por outras mais breves, porém ainda mais rígidas (os próprios livros penitenciais traziam, para tanto, tabelas de conversão).¹⁴²

Essas estruturas, muito assemelhadas, demonstram a judicialização da penitência tarifada na Igreja romana e explicam a facilidade com que o instituto fora assimilado pelos povos germânicos quando de sua cristianização, eis que de certo modo já o conheciam.

O intercambiamento entre direito germânico e penitência tarifada culmina naquele que talvez seja o fator de maior importância para a judicialização da confissão interna e externamente à Igreja Romana: o entrelaçamento das reparações impostas pelas comunidades eclesásticas com as penas jurídicas, afinal as penitenciais são satisfações manifestamente tanto civis quanto religiosas. Realmente, tal enlace paulatinamente jurisdicionaliza o poder da Igreja romana, que acaba por assumir, conseqüentemente, parte considerável das atribuições jurisdicionais que antes ficava a cargo das autoridades civis.¹⁴³

A ideia de que a penitência é um sacramento surge por volta dos séculos XI e XII, antes, portanto, do IV Concílio de Latrão (1215), que instituiu a todos os cristãos a obrigação de se confessarem ao menos uma vez ao ano, na Páscoa. Confissão geral, sem qualquer relação necessária com um pecado específico ou com uma falta praticada: tendo ou não agido mal, devia o cristão se confessar. É, portanto, uma grande diferença em relação à penitência tarifada, que pressupunha um pecado e a consciência da prática desse pecado. Trata-se agora de uma exigência ante o cristão pelo simples fato de pertencer à Igreja romana: ser cristão significa estar subordinado à necessidade de se confessar.¹⁴⁴

Já há muito tempo a Igreja romana pretendia (e vinha conseguindo) disseminar a confissão e, naturalmente, a aceitação da teoria segundo a qual, agora como sacramento, devia ser praticada independentemente do cometimento de um pecado específico – e, destarte, de sua contrição ou vínculo com alguma penitência –, contribuiu sobremaneira para tanto. A Igreja romana, aliás, fora inclusive aconselhada pelo teólogo Petrus Cantor (1130-1197) a reconhecer

¹⁴² REGIDOR, José Ramos. *L'evoluzione storica della penitenza...*

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal decir la verdad...*, p. 196.

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal decir la verdad...*, p. 201.

que a quantos mais padres o pecador se confessasse, mais rápido encontraria a absolvição de seus pecados.¹⁴⁵

Ao se tornar um sacramento a penitência já se encontra completamente judicializada. Esse arcabouço teórico-cultural proporcionado pelo pretérito processo de judicialização da confissão (penitência tarifada) e a ideia da penitência como sacramento deram ensejo ao cânone XXI do IV Concílio de Latrão, que a transformou em dispositivo institucional da Igreja romana, com funções territorial, litúrgica e punitiva. Dispositivo territorial porque a confissão devia se dar perante o sacerdote da paróquia à qual o cristão pertencesse; dispositivo litúrgico porque, consoante já exposto, devia ser praticada mediante uma liturgia própria em um ciclo específico – anualmente, durante a Páscoa – e, ainda, dispositivo punitivo porque instituía punições especiais tanto para os fieis recalitrantes, que não aceitavam o dever, quanto para os sacerdotes que, tendo, também, a obrigação de serem os confessores de seus respectivos rebanhos, não cumpriam com tal encargo.¹⁴⁶

Ao ser convertida em sacramento, a penitência deixou de se apresentar como um procedimento hermético que oferecia plena segurança ao penitente de que seus pecados seriam expiados. Já não havia essa garantia de salvação eterna. A operação agora se mostrava muito mais complexa e envolvia o penitente, o sacerdote e Deus. Em um primeiro momento, nos séculos XI e XII, as fórmulas de absolvição eram deprecativas, pois o sacerdote pedia a Deus que absolvesse o penitente, mas a partir do século XIII a absolvição vinha diretamente do representante da Igreja romana, que dizia: *ego te absolvo*. Afora esse poder de absolvição, o sacerdote também tinha liberdade – dentro de um certo limite e submetido a certas regras – de impor a penitência que considerasse necessária e suficiente ante os pecados cometidos pelo penitente.¹⁴⁷ A judicialização da confissão encontra aqui, portanto, seu apogeu.

Com efeito, se na penitência tarifada o que havia era uma metáfora jurídica, a partir da sacramentalização o ritual penitencial passa a ser, efetivamente, um ato jurídico por meio do qual a decisão do sacerdote de absolver ou não o penitente assume a forma de uma sentença que deve estar embasada tanto no conhecimento da lei quanto das faltas cometidas. A Igreja

¹⁴⁵ LEA, Henry Charles. **A history of auricular confession and indulgences in the latin Church** – vol. I: confession and absolution. Philadelphia: Lea Brothers & Co. 1896, p. 227.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 200-201.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 202.

romana estabeleceu, destarte, um modelo judicial – da ordem da lei, da ordem do tribunal, da ordem da sanção – para a relação entre o homem e Deus.¹⁴⁸

1.2.3 A confissão perante o discurso canônico e sua fluidez secular

“O que andou preso me disse

que dissera o Carcereiro,

que dissera o Capitão..

(Mas pareceu-lhe parvoíce,

E não delatou primeiro

Porque não teve ocasião...)

(Cecília Meireles – Romance XLI ou dos delatores)

A confissão é, ainda hodiernamente, apresentada pelo discurso canônico de modo judicializado, como uma libertadora forma de antecipar o Juízo Final, pois aquele que o faz, apresentando-se livre e espontaneamente perante seu representante mundano e se sujeitando ao tribunal da penitência, não será condenado.¹⁴⁹ O tom severo da advertência – “[j]ulgue-mos a nós mesmos, para que no fim dos tempos o Juiz Universal não venha a julgar-nos”¹⁵⁰ – é sempre abrandado pela facilidade com que é possível se livrar das eternas consequências das faltas terrenas: “[o] preço da libertação da morte do pecado é apenas o caminho do confessorário.”¹⁵¹

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 201-202.

¹⁴⁹ Cf. GRAEF, Richard. **O sacramento da divina misericórdia**. Tradução de Júlio e Gabriele Fachini. São Paulo: Paulinas, 1967, ps. 107-110.

¹⁵⁰ Cf. GRAEF, Richard. **O sacramento da divina misericórdia...**, p. 6 (prefácio do autor).

¹⁵¹ Cf. GRAEF, Richard. **O sacramento da divina misericórdia...**, p. 110. Criticando a postura dos que reclamam da confissão apesar da facilidade com que os livra de seus pecados, Bernard Bro (1976, p. 120) diz: “Acontece conosco mais ou menos como com Naaman, o general sírio de quem nos fala a Bíblia. Era leproso; quando ouviu falar de um homem extraordinário, um profeta de Israel que o poderia curar, atravessou o deserto – várias centenas de quilômetros – e chegou a Israel. Não foi recebido pelo profeta, mas por um de seus súditos que lhe disse simplesmente: ‘Meu Mestre mandou-me dizer-te para te banhares sete vezes no rio, no Jordão’. Ora, o Jordão em nada se assemelha aos grandes rios da Síria: é uma corrente d’água (*sic*) estreita, lamacenta, de bordas escorregadiças. O general indignou-se com o recado, tendo vindo de tão longe, de um país onde existem rios caudalosos. Um de seus companheiros fez, porém, a seguinte observação: ‘Se o profeta tivesse prescrito algo difícil, não o terias feito? Com mais razão quando apenas diz: banha-te e serás purificado’. Aceitando a sensatez

Para tanto, porém, é necessário que a autoacusação das faltas seja plena e exaustiva, uma vez que de nada adianta humilhar a si mesmo, acusar tantos e quantos próprios pecados, se conscientemente omite-se apenas um deles porque, assim, nenhum lhe será perdoado. E o que é pior: comete-se “um novo pecado mortal, que talvez seja mais grave do que todos os pecados anteriores tomados em conjunto” pois ao receber indignamente um santo sacramento, comete-se “um sacrilégio, um crime diretamente contra Deus.”¹⁵²

Benito Baur, argumentando em favor de uma prática confessional periódica, constante e frequente – a cada semana – mesmo e especialmente para aqueles que não cometem nenhum pecado mortal, aduz que, embora existam muitos outros meios para que a alma se purifique dos pecados veniais, a confissão dessas faltas menores (“pecados veniales”) enseja um novo impulso para que o confitente se entregue a Deus, a Cristo e aos cuidados da vida sobrenatural. O especial significado da confissão dos pecados veniais deriva de que se o faz perante o sacerdote enquanto representante da Igreja romana e, portanto, da comunidade. Isso porque, o pecado venial não exclui o cristão do seio da comunidade religiosa, mas a atinge, assim como atinge a Igreja romana, de modo que não pode ser expiado de maneira mais adequada do que dando-lhe ao conhecimento de seu representante – e dele recebendo tanto o perdão quanto a imposição da penitência.¹⁵³

Josef Zörlein, também em defesa da confissão como atividade frequente, salienta sua importância ética, ascética, social e religiosa.¹⁵⁴ E destaca que o confessor, enquanto representante da justiça e da misericórdia divinas, tem a necessidade de conhecer não apenas a infração às normas objetivas mas também o elemento subjetivo que a ensejou. Só assim a pena pode ser justa e só assim o perdão pode ser pleno. Josef Zörlein apresenta ainda o confessor como médico de almas, como aquele que recebe do confitente o material para diagnóstico e que carece, portanto, conhecer as condições e causas mais profundas para tratar o mal em sua raiz.¹⁵⁵ Também Bernard Bro recorre a essa analogia: “[o] médico, embora tudo saiba acerca de uma

da resposta, o general banhou-se no Jordão. Diz-nos a Bíblia que sua carne se tornou tão limpa e suave como a de uma criancinha.

Admirável imagem da confissão: Deus nos propõe algo incrivelmente simples, e reclamamos, como Naaman...”

¹⁵² GRAEF, Richard. **O sacramento da divina misericórdia...**, ps. 112-114.

¹⁵³ BAUR, Benito. **La confesion frecuente**: instrucciones, meditaciones y oraciones para la frecuente recepción del Sacramento de la Penitencia. Traducido de la 7ª ed. alemana por Edith Tech Ernst e Rodrigo Huidobro Tech. Barcelona: Herder, 1953, ps. 9-13.

¹⁵⁴ ZÖRLEIN, Josef. **Directorio de confesores**. Reflexiones teológico-pastorales para la administración del sacramento de la penitencia. Barcelona: Herder, 1955, ps. 14-18.

¹⁵⁵ ZÖRLEIN, Josef. **Directorio de confesores...**, ps. 59-70.

enfermidade pelos sintomas exteriores, precisa no entanto que o doente se explique, diga-lhe o que sente, para dela tomar consciência.”¹⁵⁶

A penitência como medicina é retratada nos textos dos séculos III, IV e V. Sua representação enquanto tribunal começa a surgir mais adiante, tal qual anteriormente exposto, com a penitência tarifada. Mas há um constante intercambiamento entre a metáfora da confissão como medicina – em que o confitente é o paciente e o confessor o médico – e como prática judiciária, por meio da qual ocorre o julgamento das faltas, que é assaz interessante. Faz-se a referência ao ritual judiciário porque dele não há como escapar: a referência é manifesta, especialmente em se tratando da penitência tarifada, com seus códigos, culpas e punições. Porém, há aí um problema de ordem teórica com o qual se bateram os canonistas a partir dos séculos X e XI: é que se se tratar, efetivamente, de um juízo, com uma condenação ante uma falta, tem-se, na realidade, uma antecipação e uma substituição à justiça divina – uma substituição do julgamento de Deus pelo julgamento do homem, o que excluiria a própria *ratio* do Juízo Final, que já não teria por que existir. Diante da impossibilidade de admitir tal conclusão, surge, “dentro desta prática que, sem embargo, é claramente judicial, a presença constante da referência ao modelo médico.”¹⁵⁷ Ou seja, é a impossibilidade de pensar a penitência como um tribunal que induz à sua reativação como medicina – a despeito de suas formas eminentemente jurídicas.¹⁵⁸

Seja como for – atualmente se faz referência concomitante aos dois modelos –, vê-se que o antigo regime de submissão e autoexposição encontra-se vivo e pujante, ainda, no discurso canônico. Para além dos cânones da Igreja romana, o discurso pode até se encontrar maquiado, revisto e obscurecido, mas não se pode dizer que esteja anulado ou radicalmente demolido.¹⁵⁹ O jogo existente entre o culpado e o pastor (entre o confitente e o confessor), no qual se opera uma cena de sacrifício simbólico, é, vale repisar, jurídico e visa a, por meio “de um discurso preparado entre os doutores, (...) recuperar os sujeitos propiciando-lhes a ajuda de uma lógica para ceder à instituição na ordem do desejo.”¹⁶⁰ E essa lógica para submissão à

¹⁵⁶ BRO, Bernard. **Procuram-se pecadores...**, p. 83.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 199. Tradução minha do original em língua espanhola: dentro de esta práctica que sin embargo es claramente judicial, la presencia constante de la referencia al modelo médico.”

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 199-200.

¹⁵⁹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, p. 168.

¹⁶⁰ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, p. 130.

instituição é simples – conquanto profícua, tendo sido replicada por todo autoritarismo que demanda adesão popular, ainda que apenas em suas fases embrionárias.

Ora, se o pecado existe a partir da mera manifestação do desejo impoluto – e essa premissa não se discute porque o caráter essencial do poder do direito canônico está exatamente em sua intocabilidade e sacralidade¹⁶¹ –, o pecador que sofre em suas tentações é convidado a procurar substitutos para lhes dar vazão. E, tendo em vista ser o próprio instrumento repressor aquele que conduz à salvação (necessariamente por meio, como já exposto, do confessor), este será, também e por excelência, o objeto de substituição a que aspira o pecador.¹⁶²

Realmente, diz Nilo Batista, o direito penal e penitencial canônico construíram “*um novo sujeito culpável*, que deve internalizar sua culpa e confessá-la com sua própria boca.” Para não ser levado ao inferno, esse novo sujeito culpável, fabricado pela Igreja romana, impõe a si mesmo autoflagelos, cilícios e jejuns por dias ou semanas. E tais penas são por ele mesmo desejáveis – até porque “a resistência à punição é entrevista como persistência no ilícito, ilícito que agora tem na conduta punível objetiva não mais que uma referência sintomática de uma condição espiritual negativa que é seu verdadeiro cerne.”¹⁶³

Daí que, “[a]pós ter trabalhado o sujeito para fazê-lo ceder sobre o seu desejo, a Lei lhe socorre com a promessa de apagar a falta.”¹⁶⁴ Ama-se, assim, a Lei que reprime¹⁶⁵ e, mais do que isso, a própria instituição que a impõe: no quadro apresentado, a Igreja romana. Mas a fórmula é intercambiável, servindo a qualquer censor. Nas palavras de Pierre Legendre, “[s]e a grande tarefa do adestramento humano sob o Poder de uma cultura implica em todos os tempos *uma certa técnica de lavagem*, a confissão deve ser observada como tal”.¹⁶⁶ É que ao obter o perdão o confitente recebe uma segunda natureza, agora pia e imaculada, por meio da qual

¹⁶¹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**..., p. 119.

¹⁶² LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**..., p. 127.

¹⁶³ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**..., ps. 164-165. Ainda segundo o autor (2013, p. 165): “[o] sistema penal canônico se apresenta, assim, como o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável, que não admite contestações ou desobediência, e a submissão do réu é recortada também a partir de uma drástica redução na operatividade de sua defesa.”

¹⁶⁴ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**..., p. 142. Ainda segundo o autor (1983, p. 142): “É nesse tempo segundo da confissão, na passagem que consagra o perdão, que a lógica traz a virtude de um desenlace. O ritual impõe ao processo seu termo, sempre o mesmo. Após haver se acusado diante de seu juiz que o interroga como exige a Escola, nas formas precisas e estritamente definidas, o penitente deve ser lavado de sua falta. Contra uma palavra de amor, ele consegue ser liberado de seu Mal.”

¹⁶⁵ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**..., p. 127.

¹⁶⁶ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**..., p. 130.

propaga as benesses do instrumento repressor/salvador e chega “a repetir a regra e os enunciados retóricos com que se ornamenta, como se se tratasse de seu próprio pensamento.”¹⁶⁷

No âmbito político – aqui entendida *política*, como quer Pierre Legendre, “no sentido mais tradicional, segundo aquela parte da ciência que resume a arte de pascer o gado humano”¹⁶⁸ –, a constante crença na ameaça de um ser onipotente fez desenvolver, pouco a pouco, um perpétuo processo da falta e do culpado; e a técnica de propaganda das normas repressoras, apresentada pelo direito canônico como fonte de salvação, é ainda utilizada pelo Ocidente.¹⁶⁹

A maquinaria funciona mesmo de forma muito bem azeitada porque, nesse contexto de onipotência e onipresença de um poder repressivo, o único referencial em que o sujeito encontra segurança é o da lógica da norma repressora, perante a qual, destarte, se submete naturalmente. Com efeito, “a técnica do perdão, ligada ao saber fundamental, fornece à submissão sua última justificação lógica.”¹⁷⁰

1.3 A confissão enquanto prática judiciária: a Inquisição e o método inquisitório

“A Idade Média inventa todas as coisas com as quais estamos ainda a debater-nos”

(Umberto Eco – Dez modos de sonhar a Idade Média)

Consoante demonstrado a partir de Michel Foucault, nas práticas judiciárias penais a confissão foi inserida em um contexto de grande judicialização da sociedade e cultura ocidentais ao longo do medievo, destacando-se as instituições e práticas próprias do cristianismo em razão da confusão entre jurisdição eclesiástica e jurisdição civil, das maneiras de representar a relação entre Deus e os homens – que, como visto, é da ordem do jurídico tal

¹⁶⁷ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, p. 143. Mais uma vez, difícil não fazer o paralelo com o delator que se submete ao instrumento de repressão e o propaga como instrumento de salvação.

¹⁶⁸ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, p. 129.

¹⁶⁹ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, ps. 131-143.

¹⁷⁰ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, ps. 143-145.

qual se dá entre o Juiz e os jurisdicionados e, fundamentalmente, como será a seguir exposto, com a Inquisição medieval.¹⁷¹

O ideário inquisitorial é produto de uma série de fatores que se encontravam presentes e marcantes na Europa do século XIII, sendo possível destacar a combinação do mercado e da vida urbana nascentes com a centralização monárquica como os fundamentais para seu desenvolvimento. Os burgos paulatinamente iam se sobressaindo em relação aos feudos e nessa trajetória ascendente forjavam pessoas nas técnicas dos negócios que logo assumiriam o caráter de uma nobreza capacitada e destacada perante o governo – em detrimento dos senhores feudais e também do clero, que se via às voltas com as heresias.¹⁷² A combinação da necessidade do clero com os interesses da emergente burguesia – composta por “bestas de dinheiro, com uma consciência que digere tudo” e que para o desenvolvimento de seus negócios precisava de segurança nas estradas e cidades – materializava o pano de fundo para uma solução radical, pois a ordem constituída estava em perigo tanto perante a esfera religiosa quanto laica: “[a]o alarmante fenômeno herético corresponde, na classe urbana-mercantil, uma ansiedade generalizada frente à delinquência fervilhante da expansão econômica.”¹⁷³

O dinheiro é tudo no universo mental da burguesia; vale tanto quanto as almas sobre as quais o aparato eclesiástico pretende o monopólio.¹⁷⁴

1.3.1 A Cruzada Albigense e a origem da Inquisição medieval

“Há uma grande escala da crueldade religiosa, com muitos degraus;”

(Friedrich Nietzsche – Além do bem e do mal)

Com sua ideologia, a Igreja romana ofertava na Idade Média (assim como hoje) uma mensagem de salvação e vida eterna alcançáveis por meio de sua doutrina, que pretendia

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 219-220.

¹⁷² AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva...**, p. 79.

¹⁷³ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, ps. 43-44. Tradução minha dos originais em língua italiana: “*bestie da denaro con una coscienza che digerisce tutto*” e “[a]ll’allarmante fenomeno ereticale corrispondo, nel ceto urbano-mercantile, diffuse inquietudini davanti alla delinquenza brulicante dall’espansione economica.”

¹⁷⁴ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 44.

manter una e sem dissidências em um período de grande efervescência teórica e estruturante de importantes questionamentos – tais quais a problemática do bem e do mal, a conduta de vida e o próprio fim do homem – oriundos das próprias respostas dogmáticas que apresentava. A conseqüente proliferação dessas ideias discordantes alertou os defensores da ortodoxia cristã e os levou a se lançarem em uma cruzada pela purificação da fé.¹⁷⁵

Esse movimento contra os *hairetikus*, contra os que escolhiam viver a cristandade a partir de outras leituras da doutrina cristã, foi produto do sanguinolento cerco a um inimigo externo – o islamismo – e que mais tarde voltou-se contra as dissidências intestinas do próprio cristianismo. Em 27 de novembro de 1095 o Papa Urbano II (pontificado de 1088 a 1099) subiu em uma plataforma erguida em um descampado para além do portão leste de Clermont, na França, e pregou uma guerra feita em nome da Cruz (cruzada) contra os islâmicos – que ocupavam a cidade de Jerusalém e o Santo Sepulcro (local onde Jesus Cristo havia sido enterrado e de onde teria ressuscitado) –, por meio da qual seria possível, matando, obter o favor de Deus e um assento ao Seu lado. O cristianismo sempre oferecera caminhos mais curtos para o Paraíso, seja por meio do martírio, da comunhão, da penitência e dos sacramentos como um todo, mas a morte de infieis era ainda uma novidade – ainda não havia sido apresentada como atalho para a salvação.¹⁷⁶ Não era apenas o direito de matar que a Igreja romana oferecia a partir de 1095, entretanto. Além disso,

“os bons cristãos obteriam remissão de qualquer pena que já houvessem sido condenados a cumprir no Purgatório, e de penitências a serem pagas ainda na terra. Se o cristão morresse nesse esforço, prometiam-lhe automática absolvição de todos os seus pecados. Se sobrevivesse, seria protegido de castigo temporal por quaisquer pecados que cometesse. Como o monge ou o padre, o cruzado tornava-se independente da justiça secular e sujeito apenas à jurisdição espiritual. Se fosse julgado culpado de qualquer crime, simplesmente lhe retirariam ou confiscariam a cruz vermelha de cruzado, e ele seria então ‘punido com a mesma tolerância que os eclesiásticos.’”¹⁷⁷

¹⁷⁵ NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. Coleção Tudo é História. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 20.

¹⁷⁶ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, ps. 19-20.

¹⁷⁷ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição**..., p. 20.

O cruzado podia ainda “tomar bens, terras, mulheres e títulos no território que conquistasse. Podia amealhar tanto butim e saque quanto desejasse.”¹⁷⁸ Não surpreende, portanto, que as cruzadas tenham atraído tantos guerreiros (ou pretensos guerreiros, pois mesmo aqueles não acostumados ao manejo de armas eram admitidos).¹⁷⁹ A contraprestação pelo esforço empreendido era realmente fabulosa, especialmente em uma sociedade estática e estratificada que condenava seus membros ao determinismo de serem aquilo que sempre haviam sido. Foram sete as cruzadas no total, a primeira delas em 1099, que estabeleceu o Reino Franco de Jerusalém, antecedendo o que “seria visto séculos depois como imperialismo e colonialismo ocidentais.”¹⁸⁰

Foi com o Papa Inocêncio III (pontificado de 1198 a 1216), entretanto, que as heresias internas ao próprio cristianismo foram combatidas com a ponta da espada, em um prenúncio do que seria Inquisição medieval. Em 1209, o Papa Inocêncio III apelou aos cavaleiros e soberanos do norte da França para que organizassem uma cruzada contra a heresia cátara que crescia na região do Languedoc.¹⁸¹ No início do século XIII o catarismo tinha mais adeptos do que o catolicismo no sul da França e pregadores cátaros itinerantes geravam constantemente novos convertidos por meio de uma persuasão suave, sem intimidações, ameaças de danação ou chantagens emocionais. Havia, destarte, uma concreta perspectiva de que o catarismo suplantasse o catolicismo como a principal religião do sul da França e de que, a partir dali, avançasse sobre outras fronteiras.¹⁸²

Embora cristãos, os cátaros opunham-se inflexivelmente à Igreja romana, enxergando-a, tal qual o fariam também religiões protestantes posteriores, como a encarnação do mal. A palavra *cátaro* é originada do grego *katharós*, que significa “puro”. Os cátaros eram, portanto, os “purificados” ou “aperfeiçoados” e praticavam com simplicidade e repúdio ao luxo mundano uma forma extremada de teologia cristã, em uma tentativa de levá-la às suas últimas conclusões lógicas, muito mais próxima daquilo que se dizia que Jesus Cristo e os apóstolos

¹⁷⁸ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 20.

¹⁷⁹ Essa possibilidade acabava por se tornar, também, um importante chamariz porque, ainda que o cruzado não tivesse sucesso no espólio de bens ou terras e ainda que não tivesse pecados a serem perdoados, dizem Michael Baigent e Richard Leigh (2001, p. 22), poderia adquirir destreza e habilidade no manejo de armas e conhecimento das técnicas de guerra muito valorizados na Europa daquele tempo.

¹⁸⁰ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 21.

¹⁸¹ BARROS, José D’Assunção. **Papas, Imperadores e hereges na Idade Média**. Série A Igreja na História. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 135.

¹⁸² BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 25-27.

havam ensinado do que as pregações da própria Igreja romana.¹⁸³ O catarismo era, pois, uma alternativa ao onipresente clero da Igreja romana, assim como à sua arrogância, seus abusos e suas extorsões, que se tornavam a cada dia mais insuportáveis.¹⁸⁴ Na síntese de Franco Cordero, a heresia cátara era “uma contra-Igreja com um forte impulso missionário”.¹⁸⁵

Para formar seu exército, o Papa Inocêncio III garantiu ao Rei da França que todos aqueles que participassem da campanha contra os cátaros seriam imediatamente postos sob a proteção do papado, seriam absolvidos de seus pecados e vícios, estariam isentos da jurisdição dos tribunais seculares, libertos de pagamento de juros sobre suas dívidas..., enfim, teriam todas as vantagens explícitas garantidas aos cruzados. Havia, ainda, a implícita permissão para o saque, a pilhagem, o roubo e a expropriação de propriedades – e tudo sem a necessidade de cruzar o Mar Mediterrâneo ou enfrentar o deserto e o opressivo clima do Oriente Médio.¹⁸⁶

Para aquela que ficou posteriormente conhecida como a *Cruzada Albigense*, formou-se um exército de quinze a vinte mil homens – de nobres a aventureiros em geral – que em 22 de julho de 1209 pilhou e saqueou Béziers, matando quinze mil de seus habitantes (homens, mulheres e crianças), sem qualquer distinção entre cátaros e católicos ante a dificuldade ou impossibilidade de se estabelecer, com segurança, a qual ramificação do cristianismo cada qual pertenceria.¹⁸⁷ Segundo Jonathan Sumption, um monge alemão relatava que o legado papal Arnald-Amaury, Abade de Cîteaux, quando questionado sobre como

¹⁸³ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 22-24. Nas palavras dos autores citados (2001, ps. 24-25): “[n]a prática, claro, os cátaros viviam no mundo físico e tinham por força de se valer dos recursos do mundo. Assim, por exemplo, eram proibidos de praticar violência física e de buscar pelo suicídio um atalho para deixar a matéria. Como seitas dualistas anteriores, também eles procriavam e se propagavam, cuidavam do solo, praticavam o artesanato e o comércio, e – apesar do pacifismo nominal – quando necessário recorriam às armas. Seus rituais e formação, porém, ensinavam-lhes a encarar tal atividade como um campo de prova, uma arena em que podiam lançar-se contra o desafio do mal e, se bem-sucedidos, vencê-lo. É óbvio que tinha de haver, necessariamente, cátaros ‘bons’ e ‘maus’, como sempre houve adeptos rigorosos e relaxados de qualquer credo. Mas no todo, e independente de suas crenças, os cátaros eram em geral vistos pelos contemporâneos como conspicuamente virtuosos. Em muitos aspectos, eram encarados como o seriam depois os quacres. Suas qualidades valeram-lhes considerável respeito e, em comparação, tornaram tanto menos atraentes os sacerdotes romanos.”

¹⁸⁴ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 26. “Não se discute que a Igreja na época era desavergonhadamente corrupta” (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 26).

¹⁸⁵ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 9ª ed., 2012, p. 18. Tradução minha do original em língua italiana: “*una contro-Chiesa a forte spinta missionaria*.”

¹⁸⁶ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 28-29.

¹⁸⁷ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 28-29.

distinguir os fiéis dos hereges, respondera: “mate todos; Deus reconhecerá os seus.” Esse foi o espírito com o qual os cruzados avançaram.¹⁸⁸

As melhores casas foram incendiadas e o fogo rapidamente se espalhou pelas construções de madeira, atingindo a catedral, que colapsou massacrando os civis que ali se refugiavam. Nem o Abade Arnald-Amaury nem os demais clérigos demonstraram qualquer simpatia pelas vítimas católicas, mesmo quando identificadas, afinal elas haviam rejeitado a ofertada de paz em troca da entrega de seus vizinhos cátaros. E se o fogo foi lamentado pelos líderes militares isso se deveu apenas em razão da destruição dos bens que poderiam ter sido saqueados, embora tenham ponderado que a fumaça produzida anunciara o massacre e, portanto, desencorajaria resistência nas outras cidades de Languedoc.¹⁸⁹

Realmente, o sul da França ficou de tal modo atemorizado que, alguns dias após, enquanto ainda descansavam em meio às ruínas, os cruzados foram surpreendidos por uma delegação de Narbonne com proposta de completa rendição, já que seus habitantes sabiam que apenas um único dia de marcha os separava das ruínas fumegantes de Béziers. Eles propunham entregar todos os heréticos imediatamente, assim como suas respectivas propriedades e também as dos judeus e, além disso, abastecer o exército invasor com comida e dinheiro para as despesas com a cruzada. A proposta foi aceita nos referidos termos e os católicos de Narbonne foram poupados.¹⁹⁰ Os cruzados vivenciaram a dimensão do terror espalhado quando marcharam do vale de Aude até Carcassonne – que após um curto sítio também se rendeu¹⁹¹ –, e encontraram uma sucessão de cidades fantasma.¹⁹²

A descrição, com algum detalhe, da invasão a Béziers e seus reflexos por toda a região do Languedoc são relevantes para este trabalho porque foi a antessala da Inquisição

¹⁸⁸ SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade**. Edição eletrônica (*ebook*). Londres: Faber and Faber, 2010, p. 92. Nada muito diferente de uma mentalidade que se encontra ainda nos dias atuais, em que se ouve reflexões pias e sinceras no sentido da legitimidade da pena de morte porque, ainda que venha fortuitamente a ser exercida em desfavor de algum inocente, terá se feito apenas a antecipação de seu encontro com Deus (e não uma irreparável injustiça em seu desfavor). Sylvia Steiner relatou-me (em conversa informal ocorrida em 05.06.2019) ter ouvido tamanho despautério na sede do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo no início dos anos 1990 e eu mesmo já ouvi algo semelhante – e ainda mais absurdo – relativo à execução sumária de inocentes por parte de agentes do Estado em operações de campo. Ainda que em detrimento da verificabilidade de tais elementos (até porque não registrados), opto por não mencionar os nomes dos que nos manifestaram tais entendimentos por uma questão ética e para protegê-los de eventuais críticas desnecessárias e não construtivas.

¹⁸⁹ SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade...**, ps. 92-94.

¹⁹⁰ SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade...**, p. 94.

¹⁹¹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 30.

¹⁹² SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade...**, p. 94.

medieval tanto no conteúdo como na forma. Tratou-se, com efeito, do primeiro ataque da primeira cruzada contra hereges cristãos em um país cristão, vários deles – os sobreviventes – queimados em fogueiras. E a técnica utilizada foi a do espalhamento do terror para o estímulo da delação de todos e quaisquer uns em desfavor de hereges. Ademais, os próprios cátaros, ainda que involuntariamente, inspiraram aqueles que viriam a ser primeiros inquisidores.

Isso porque, em 1206, um pouco antes da *Cruzada Albigense*, um jovem chamado Dominic de Guzmán, subprior dos monges da catedral de Osma, passou pelo sul da França acompanhando o Bispo de Osma na volta de uma visita a Roma e ficou escandalizado com a heresia cátara. Conhecido por sua retórica e instrução – havia estudado por dez anos na Universidade de Palencia, na Espanha –, decidira vencer os cátaros com seus próprios métodos. Se estes recrutavam seguidores por meio de sua capacidade persuasiva e conhecimento teológico – muito superiores aos dos padres católicos locais, que eram pavorosamente ignorantes –, além de sua conduta proba e austera, tradicionalmente ligada a Jesus Cristo e seus discípulos – em oposição à opulência desavergonhada do alto clero da Igreja romana –, Dominic de Guzmán podia se valer, com certa facilidade, da mesma estratégia.¹⁹³

Dominic de Guzmán estabeleceu, então, uma rede de frades¹⁹⁴ muito estudados e educados que, ao contrário do clero da Igreja romana, viajavam descalços e frugalmente, transmitindo cultura e conhecimento pelo caminho.¹⁹⁵ Esse jovem magro, que rezava durante quase a noite toda e que explodia em lágrimas ao pregar contra os cátaros em seus sermões, tinha uma vaidosa necessidade de manter sua imagem de asceta, tendo se acostumado, para tanto, a praticar algumas prevaricações demasiado humanas, como beber à vontade escondido antes de entrar em uma estalagem ou hospedaria e, na presença de outras pessoas, recusar quase qualquer líquido que lhe fosse oferecido. Ele acompanhou a *Cruzada Albigense* ao lado do Abade Arnald-Amaury e se tornou amigo pessoal de seu comandante militar, Simon de Montfort, presenciando com o entusiasmo a trilha de carnificina e destruição que produziam. O próprio Dominic de Guzmán foi chamado a julgar suspeitos de catarismo para convertê-los ao catolicismo e inúmeros deles – os resistentes – acabaram na fogueira por sua determinação pessoal, cujo queima assistiu tranquilamente e sem dramas de consciência.¹⁹⁶

¹⁹³ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 32-33.

¹⁹⁴ Os frades, ao contrário dos monges – que se isolavam em mosteiros – percorriam as estradas e aldeias do campo em pregação (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 33).

¹⁹⁵ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 34.

¹⁹⁶ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 34-36.

Em 1215, Dominic de Guzmán se dirigiu ao IV Concílio de Latrão, convencendo o Papa Inocêncio III da importância do estudo teológico em qualquer pregação da fé e do estabelecimento oficial da Ordem dos Dominicanos, em Toulouse, que veio a ocorrer no final do ano seguinte pelas mãos do Papa Honório III (pontificado de 1216 a 1227). Dominic de Guzmán faleceu em 1221, em Bolonha, e em 1234 foi canonizado por Ugolini de Anagni, seu amigo pessoal, que ascendera ao trono de São Pedro como Papa Gregório IX (pontificado de 1227 a 1241) e acelerara o processo de canonização. É difícil imaginar outro santo com tanto sangue nas mãos.¹⁹⁷

Em 20 de abril de 1233, o Papa Gregório IX emitiu a bula *Licet ad Capiendo* para a erradicação das heresias (o foco era, ainda, a heresia cátara) e conferiu tal encargo aos dominicanos; dois dias depois, dirigindo-se aos próprios dominicanos, conferiu-lhes autorização para privar os clérigos de seus benefícios para sempre (e sem apelação), bem como para prender hereges e condená-los à morte (igualmente sem apelação), anunciando o estabelecimento de um tribunal permanente, composto em sua integralidade também por dominicanos. Inaugurava-se, assim, oficialmente a Inquisição medieval, efetivada no ano seguinte (1234), em Toulouse,¹⁹⁸ sede da Ordem dos Dominicanos.

Atuavam dois inquisidores em cada tribunal.¹⁹⁹ Pierre Seilha e Guillaume Arnaud foram os primeiros nomeados e nos cinco anos iniciais de sua atividade deixaram rastros de corpos carbonizados em cada parte do Languedoc, que estava sob sua supervisão.²⁰⁰ Os dominicanos inauguraram, destarte, a aplicação de técnicas inquisitoriais de violência, posteriormente copiadas nos séculos XVI, XVII e XVIII pela Inquisição moderna.²⁰¹ Ainda que tenham aderido às impiedosas práticas daqueles dias, esses tribunais papais “eram vistos como algo novo e malévolo, algo que levaria a transformar um enfraquecido Languedoc em uma terra de renegados e traidores. Ninguém estava a salvo enquanto não prejudicasse seus vizinhos.”²⁰² Como já exposto, a queima de hereges já havia sido posta em prática a partir de 1209, na *Cruzada Albigense*, quando Simon de Montfort e seu exército empenhavam-se alegremente nessa prática, mas suas ações eram as de um implacável general agindo *sponte propria* em

¹⁹⁷ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 37-38.

¹⁹⁸ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, ps. 38-39.

¹⁹⁹ PINTO, Felipe Martins. A Inquisição e o sistema inquisitório. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010, p. 198.

²⁰⁰ SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade...**, p. 229.

²⁰¹ NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição...**, p. 20.

²⁰² O'SHEA, Stephen. **A heresia perfeita: a vida e a morte revolucionária dos cátaros na Idade Média**. Tradução de André Luiz Barros. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 230.

territórios inimigos. Com a benção do Papa Gregório IX, entretanto, foi estabelecida uma permanente maquinaria de extermínio institucional, formalizada em preceitos legais e mandados subscritos pelas mais altas autoridades da cristandade.²⁰³

1.3.2 A Inquisição: tortura, confissão e delação em uma lógica irretorquível

“o primeiro dever de um bom inquisidor é o de suspeitar antes dos que te parecem sinceros.”

(Umberco Eco – O nome da rosa)

Para entender a Inquisição – tanto a Inquisição medieval quanto a que lhe sucede, nos séculos XVI, XVII e XVIII (Inquisição moderna, principalmente em Portugal e na Espanha) – é necessário compreender a mentalidade que a pressupõe, caso contrário a leitura desse fato histórico tende constantemente a ser feita com lentes distantes e superiores, como se se tratasse do produto de pura bestialidade de uma época bruta e há muito passada – e, o que é pior, como se não pudesse se repetir em nosso tempo, ainda que com diferentes facetas. E o nacional-socialismo, em pleno século XX, bem demonstra o equívoco de uma leitura da Inquisição apartada e desconectada dos conflitos do presente.²⁰⁴

Foi apenas no ano 2000 que Igreja romana reconheceu, por meio do Papa João Paulo II (pontificado de 1978 a 2005), a Inquisição como um erro – e um erro, apenas, em relação ao método, à forma, não ao mérito do que estava em disputa em cada tribunal do Santo Ofício, destinados ao julgamento dos hereges e das heresias.²⁰⁵ Isso porque as verdades

²⁰³ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 39. Embora a bula papal *Licet ad Capiendo* (1233) tenha formalmente instituído a Inquisição, a perseguição de hereges por meio de um modelo inquisitório já havia sido previsto nas bulas papais *Ad abolendam* (1184) e *Vergentis in senium* (1199), ainda que sem a instituição de um tribunal permanente. Ocorre, entretanto, que até o início do século XIII a lei canônica não estipulava a morte para o expurgo da culpa, embora os monarcas ibéricos Afonso II (Rei de Aragão de 1163 a 1196) e seu filho Pedro II (Rei de Aragon, conhecido como “o Rei Católico”, de 1196 a 1213) a tenham extrapolado para determinar a queima de hereges em 1194 e em 1198, o que demonstra a descentralização medieval das práticas inquisitoriais (RUST, 2012, p. 144-145).

²⁰⁴ O paralelo entre Inquisição e nazi-fascismo de fato existe, podendo a metodologia de controle e intimidação daquela ser apontada como precursora da polícia secreta de Josef Stalin ou da *Schutzstaffel* (SS) e *Geheime Staatspolizei* (Gestapo) nazistas (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 47).

²⁰⁵ O Papa João Paulo II leu um documento no ano 2000 (e repetiu a leitura em 2004), no qual consta um pedido de perdão pelos “erros cometidos a serviço da verdade por meio do uso de métodos que não têm relação com a palavra do Senhor.” O mérito do que era discutido nos tribunais do Santo Ofício – a desqualificação das heresias e a verdade em si da doutrina, portanto –, não foi debatido (mas reafirmado) pelo pontífice. Disponível

salvíficas depositadas nas Escrituras, conquanto possam ser lidas de um sem número de maneiras, têm uma única interpretação correta. E tal interpretação correta é, necessariamente, aquela feita pelo Papa e pelos bispos de cada tempo porque Deus lhes confere infalibilidade nas questões concernentes à fé e à moral: “[e]les não podem errar e por isso, na história, nunca erraram.”²⁰⁶

Essa certeza acerca da detenção do conhecimento da verdade absoluta não tolera o pensamento divergente porque não tolera o pensamento. Ora, se a verdade é algo entregue diretamente por Deus – e não produto de uma árdua busca por conhecimento – aquele que reflete sobre seus termos questiona, por pressuposto, o dogma da infalibilidade papal e já é, portanto, um herege. “Face à verdade absoluta, não cabem dúvidas e indagações da razão ou do coração. Tudo já está respondido pela instância suprema e divina.”²⁰⁷ Sendo as coisas assim e possuindo a Igreja romana o monopólio da verdade divina e dos meios para a salvação eterna, todo o mais é supérfluo – porque mundano – e o único verdadeiro e incorrigível erro é a heresia, não o assassinato, o genocídio ou a injustiça em geral. Embora perversas, tais atitudes podem ser perdoadas pela confissão e pelo arrependimento; a despeito delas, o caminho para a eternidade continua aberto porque as verdades absolutas não são questionadas e, portanto, a fé não é negada.²⁰⁸

A negação da fé, por sua vez, encerra o caminho para a eternidade. A lógica é binária e a perda, portanto, é total – e o mal, conseqüentemente, absoluto. Daí por que, ante o perigo máximo e o risco extremo, devem também a vigilância e a repressão igualmente o serem, inclusive mediante o esquadrinhaamento de mentes hereges e o pormenorizado conhecimento do que se passa no coração de cada qual, para que seus anseios sejam antecipados e desmascaradas as ideias que possam conduzir à heresia. Presumidos ou verdadeiros, os hereges devem ser perseguidos e exterminados. Fazê-lo é agir em nome do bem. Abrem-se, assim, as portas para a intolerância. Realmente, a partir desse ponto de vista, o portador da verdade tem

em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u73742.shtml>. Último acesso em 05.10.2018. Anita Novinsky (2012, ps. 103-104) destaca que o Santo Ofício da Inquisição passou a se chamar Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, que advertiu e puniu inúmeros teólogos contemporâneos acusados de heresia, dentre os quais Edward Schillebeeckx e Hans Küng, e, no Brasil, o Frei Leonardo Boff. Em todos os casos as medidas restritivas receberam a aprovação do Papa João Paulo II.

²⁰⁶ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 10.

²⁰⁷ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir..., p. 10.

²⁰⁸ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir..., p. 10-11.

necessariamente de ser intolerante porque só os que não a possuem podem tolerar a dúvida e consentir a busca. Caso contrário sua verdade não é absoluta. O fiel, portanto, está permanentemente condenado à intolerância.²⁰⁹

Não foi, destarte, por maldade ou selvageria que os hereges eram mandados às fogueiras, mas por amor ao rebanho. Para a salvação eterna de todas e cada uma das ovelhas, portanto – seja pelo aviso retumbante de que os seguidores de outras linhas doutrinárias seriam queimados seja, em relação àqueles atirados às chamas, pela purificação causada pelo fogo.²¹⁰ O processo penal era visto, então, “como um mecanismo terapêutico apto a absolver, por meio da punição.”²¹¹ Assim, ainda que se possa pressupor que tenham existido sádicos entre os inquisidores, certamente não foi por sadismo que a Inquisição foi instalada e sobreviveu por tantos séculos. O discurso era e sempre foi o da salvação eterna. Daí a precisão crítica do aforisma de Friedrich Nietzsche: “[n]ão o seu amor ao homem, mas a impotência de seu amor ao homem é o que impede os cristãos de hoje de nos – queimar.”²¹²

Decerto, a intenção do inquisidor é a melhor que se possa conceber e a arquitetônica de seu argumento irretorquível e impenetrável; é obra de mestre, sem brechas ou contradições. Partindo de seus pressupostos, não há mesmo como chegar a conclusão diversa. Realmente, se a salvação eterna apenas pode ser alcançada mediante a verdade portada pelo herege e se, conseqüentemente, esta verdade deve ser buscada – a qualquer custo – pelo inquisidor para que se chegue à decisão perfeita (completa), a confissão e a tortura para obtê-la passam a ser instrumentos necessários, constitutivos do próprio sistema. “Uma vez aceito o sistema de idéias, tudo flui de forma férrea e coerente.”²¹³ É a verdade intrassistêmica de um sistema sacrificialista, que demanda mortes e mais mortes para se manter.²¹⁴ É uma maquinaria, portanto, que se retroalimenta, daí a necessidade do recurso à delação e às denúncias anônimas,

²⁰⁹ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir..., p. 11.

²¹⁰ O derramamento de sangue era considerado não cristão, por isso os funcionários da Igreja romana evitavam o uso de espadas, lanças ou adagas (armas pontudas), mas aceitavam que o sangue corresse incidentalmente em razão de um crânio esmagado, por exemplo, motivo pelo qual armas como a maça (de concussão, não pontuda) eram as preferidas dos eclesiásticos mesmo em campanhas militares (BAIGENT, LEIGH, 2001, p. 45). Também por esse motivo (impossibilidade de derramamento de sangue) o fogo era tão utilizado na Inquisição – e não apenas na fogueira, mas também durante a tortura, pois o metal aquecido em brasa servia para cauterizar imediatamente a pele rasgada por tenazes ou outros aparelhos que fariam correr sangue, evitando, assim, seu fluxo impudico (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 52).

²¹¹ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 98.

²¹² NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução e notas de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 97.

²¹³ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir..., p. 12.

²¹⁴ BOFF, Leonardo. Inquisição: Um espírito que continua a existir..., ps. 11-12.

que por sua vez apenas frutificam em um cenário de medo – que as torturas e execuções em praça pública cuidam de espriar – e sensação de vigilância constantes, esta materializada nos olhos e ouvidos de qualquer vizinho, concorrente, desafeto ou mesmo na ingenuidade de uma criança.

Na Espanha do século XV, assim como em outras localidades,

“as pessoas valiam-se do aparato da Inquisição para acertar velhas contas, tirar vingança pessoal de vizinhos ou parentes, eliminar rivais nos negócios ou no comércio. Qualquer um podia denunciar outros, e o ônus da justificação ficava com o acusado. As pessoas começaram cada vez mais a temer os vizinhos, parceiros ou concorrentes profissionais, qualquer um com quem pudessem ter um atrito, qualquer um que houvessem alienado ou antagonizado. A fim de adiantar-se a uma denúncia de outros, as pessoas muitas vezes prestavam falso testemunho contra si mesmas. Não era raro que partes inteiras de uma comunidade confessassem em massa, prendendo-se assim com grilhões de paranóia e medo ao controle da Inquisição.”²¹⁵

A contextualização das formas jurídicas à época também é importante para que se compreenda a emersão de uma tal tecnologia processual de extermínio. Entre os séculos IX e XII o sistema probatório não se baseava em uma investigação dos fatos com sua subsequente submissão a uma lógica dedutiva-racional: tudo se baseava no duelo ou nas ordálias, provas às quais o acusado se submetida com o fim de facilitar a intervenção divina ou evocar o juízo de Deus.²¹⁶ Por outro lado, o século XIII, que marca formalmente o início da Inquisição medieval (com a bula papal *Licet ad Capiendo*, de 1233), é permeado por um alto nível cultural, de modo que o êxtase com as coisas fantásticas e com as fórmulas mágicas já não tem lugar e o processo-espetáculo resolvido em um único ato de competição, como duelos, ordálias e juramentos não significa nada.²¹⁷

Assim como no direito grego arcaico, o direito germânico resolvia os litígios por meio dos jogos de prova (*épreuve*) porque não supunha o direito como algo diverso de uma guerra regulamentada entre dois indivíduos. Pela lógica desse sistema jurídico – e “o direito

²¹⁵ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição...**, p. 86.

²¹⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, ps. 17-18.

²¹⁷ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 44.

feudal [era] essencialmente do tipo germânico”²¹⁸ – a disputa devia e merecia ser vencida, portanto, pelo mais capaz (mais forte) e não por aquele que tivesse razão, verificada a partir de fatos pretéritos reconstruídos por meio do ritual judiciário. O combate judicial – duelo –, que permitia o privilégio de designar um representante para combater no lugar do interessado, naturalmente “terminou entendido como uma forma de oprimir aos débeis”.²¹⁹ Daí por que essa forma de resolução de conflito havia perdido sentido, estava fora de contexto no século XIII. As ordálias também passaram a ser motivo de desconfiança, especialmente após a conversão dos germânicos ao cristianismo – o que possibilitou à Igreja romana proibi-las em 1215 (embora tenham persistido em alguma medida até o século XVI).²²⁰ “Era necessário um saber técnico, radicalmente oposto ao representado no cenário do *iudicium ferri cadentis* ou da *iudicium aquae frigidae*, em que pouco interessava saber o que ocorreu; ou, ainda, o fato de o juramento de várias pessoas medir o crédito das partes.”²²¹ Conforme Franco Cordero:

“[o] conhecimento técnico imposto pelas fontes romanas requer novas máquinas instrutórias: se alguém deve ou não ser punido, é algo cientificamente regulável: em primeiro lugar, os fatos têm que ser evocados com métodos adequados à cultura dominante; depois os doutrinados no *Corpus iuris* ou nos cânones dirão quanto vale no Direito o acontecido.”²²²

²¹⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 1973, ps. 59-62.

²¹⁹ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del puerto, 2004, 2ª ed., 3ª reimp., p. 291. Tradução minha do original em língua espanhola: “*terminó entendido como una forma de oprimir a los débiles*”.

²²⁰ MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal: tomo I. Buenos Aires: EJEJA, 1951, ps. 12-13 *apud* KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, 2ª ed., p. 54. Michele Taruffo (2016, p. 35) ressalta que a posição da Igreja não fez encerrar, imediatamente, o fim da prática judiciária, posto que documentos a revelam em algumas áreas da Europa central e setentrional até os séculos XV e XVI, ainda que reis e imperadores tenham, também, aderido à restrição eclesiástica. Entretanto, continua o autor (2016, p. 35), em geral “as diversas proibições eram pouco mais do que confirmações formais de uma prática judiciária que deixara de lado os juízos de Deus como meios destinados a resolver as controvérsias.”

²²¹ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva...**, p. 78.

²²² CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale...**, p. 44. Tradução minha do original em língua italiana: “*Lo scibile tecnico imposto dalle fonti romane richiede nuove macchine istruttorie: se qualcuno debba o no essere punito, è affare scientificamente regolabile; in primo luogo, vanno rievocati i fatti, con metodi adeguati alla cultura dominante; poi degli addottrinati sul Corpus iuris o nei canoni diranno quanto valga in Iuri l'accaduto.*”

E essa “cultura dominante” a que se refere Franco Cordero é, precisamente, a do modelo processual penal inquisitório. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula apontam que, apesar de as bulas papais *Ad abolendam* (1184), *Vergentis in senium* (1199) e *Ad extirpanda* (1252) serem tradicionalmente consideradas como os marcos inaugurais do inquisitorialismo processual penal que posteriormente acabou consolidado nos Estados nacionais, o espírito inquisitorial já havia contaminado as práticas judiciárias laicas europeias. As bulas papais, destarte, foram produto da cultura imperante nas jurisdições seculares e não fundaram, a partir de um marco zero, um novo modelo de pensamento jurídico. É dizer, “embora tenham sido documentos inovadores na ordem jurídica medieval, não se pode dizer que tenham inovado na ordem político-social medieval.”²²³ A Igreja romana apenas institucionalizou aquilo que de certa maneira os juízes já vinham praticando na apuração de crimes no âmbito de suas jurisdições.

Realmente, conforme Michele Taruffo, juízes e advogados eram pessoas cultas, profissionalmente bem preparadas, com conhecimento do direito romano e capacidade de redigir atos complexos e de alta qualidade técnica, de modo que acreditavam na lógica como *discretio veritatis* e que a verdade dos fatos podia e devia ser apurada por meio de provas humanas (em vez de divinas).²²⁴

A confluência, portanto, do inquisitorialismo processual penal que emergia na Europa do século XIII com a certeza de verdade produzida pelo dogma da infalibilidade papal, aliado, ainda, às necessidades de segurança e estabilidade da nascente burguesia desaguou na Inquisição medieval. Sua lógica irrespondível, extraída não apenas dos dogmas da Igreja romana mas também das práticas jurídicas seculares – que a precediam –, garantiram sua sobrevivência e seu posterior renascimento, com intensidade jamais antes vista, na península ibérica (Inquisição moderna).

1.3.3 O inquérito e o método inquisitório: uma nova maneira de saber

²²³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Bulas medievais, cultura punitiva e processo penal: sobre as raízes da mentalidade inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina** – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, ps. 133-138.

²²⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 33.

“Duro mister o do inquisidor, é preciso bater nos mais fracos e no momento de sua maior fraqueza.”

(Umberto Eco – O nome da rosa)

A transformação das práticas judiciárias que se opera no opúsculo do século XII e ao longo de todo o século XIII, ou seja, durante a segunda metade da Idade Média, é capital para a história da Europa e, conseqüentemente, do mundo inteiro.²²⁵ Foi um momento de inflexão, de passagem do procedimento acusatório para o procedimento inquisitório. Franco Cordero fala em uma “[r]evolução inquisitória” para expressá-lo.²²⁶ “O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo,” segundo Michel Foucault, “concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber.” Essa invenção, determinante para o destino da civilização ocidental, é o inquérito.²²⁷ O saber por meio de inquérito.

As mudanças que se operam na história são sempre produto de um conjunto de fatores, mais ou menos orientados. Assim, se é certo que o alto nível cultural característico da sociedade europeia no século XIII contribuiu fortemente para o abandono das formas jurídicas do direito germânico (e feudal) também é necessário ter em conta que essa ruptura interessava aos estratos dominantes e à própria estrutura do poder decorrente do surgimento das grandes monarquias medievais. E este é, certamente, o decisivo motivo para sua operacionalização.

Com efeito, a sociedade feudal europeia não encontrava no comércio um meio efetivo para a circulação dos bens, praticando-a, destarte, por meio da herança, da transmissão testamentária e, essencialmente, pela contestação belicosa (militar, extrajudiciária ou judiciária). Os bens circulavam na Alta Idade Média por meio da guerra, da rapina e da ocupação de terras, cidades e castelos, que por sua vez só eram recuperados após uma longa contestação daquele que não dispunha de força armada e que desembocava, no mais das vezes, no pagamento de uma alta soma em dinheiro. Estava-se em um liminar entre a guerra e o direito – o direito era uma maneira de continuar a guerra. E a riqueza era o meio pelo qual se podia

²²⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 65.

²²⁶ CORDERO, Franco. **Procedura penale...**, p. 18. Tradução minha do original em língua italiana: “[r]ivoluzione inquisitoria”.

²²⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 65. Talvez seja mais preciso falar em *emersão* do inquérito (em vez de *invenção*) porque seu surgimento é muito anterior, na Grécia, embora tenha ficado encoberto por vários séculos depois da queda do Império Romano e ressurgido na segunda metade da Idade Média com uma faceta completamente diversa (FOUCAULT, 1973, ps. 65-66).

exercer tanto a violência quanto o direito de vida e de morte sobre os outros, de modo que guerra, litígio judiciário e circulação de bens compunham um único e flutuante processo ao longo desse período.²²⁸

Até então, como se sabe, a liquidação litigiosa era feita entre os indivíduos mediante o chamamento de um terceiro – o mais poderoso da localidade –, que apenas constatava a regularidade do procedimento (a preocupação, vale repisar, não era fazer justiça tal qual a conceberiam os modernos). Mas a tendência da sociedade feudal, como se verifica, sempre foi a concentração nas mãos dos mais poderosos das duas ferramentas que permitiam uma transmissão eficiente de bens – as armas e os litígios judiciários –, o que amadurece e se consolida ao final do século XII. Surge, portanto, uma justiça que acaba por se impor a partir de cima em relação a todos, pessoas do povo e oponentes entre si, que já não podem mais resolver – de forma regular ou não – seus próprios conflitos. Surge, também, a figura do procurador (o procurador do rei, representante do soberano), que passa a se apresentar como o dublador da vítima – e, pouco a pouco, a substituí-lo por completo –, permitindo ao poder político se apossar dos conflitos particulares por meio do procedimento judiciário.²²⁹

Concomitante ao aparecimento dessa justiça soberana e do procurador – figura sem precedente no direito romano –, eclode o conceito de infração, que está para muito além do dano causado por alguém a um outro qualquer porque, ante a nova sistemática, ao ser praticada, a conduta proibida também lesa o soberano. A noção de crime, que antes estava materializado no dano causado por uma pessoa em detrimento de outra, agora está impregnado pela infração, pela ofensa ou lesão à ordem, à lei, à sociedade, à soberania. Esta noção de infração, aliás – e que ainda impregna o pensamento jurídico hodierno –, é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Finalmente, para completar o assenhoreamento de todo o procedimento judiciário, o poder político (o soberano), além de se postar como vítima da infração, passa a se colocar também como parte lesada que exige reparação. A partir de então tem-se em face do culpado, portanto, não apenas a obrigação de reparar a pessoa que sofreu o dano, mas também a de fazê-lo em relação ao soberano, em razão da falta contra ele cometida. É o mecanismo de multas e confiscações de bens, que para as monarquias nascentes se apresenta como a grande

²²⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 66-67.

²²⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 67-68.

maneira de enriquecimento e alargamento de propriedades. “As monarquias ocidentais”, portanto, “foram fundadas sobre a apropriação da justiça”, ainda conforme Michel Foucault.²³⁰

Todas essas mudanças estruturais no sistema judiciário provocaram alterações, também, na forma de buscar o conhecimento de fatos pretéritos. E isso se deveu, como já aventado, mais à necessidade política dos soberanos do que a uma racionalização do sistema de justiça – embora seja possível intuir que este efeito secundário tenha ajudado na digestão do novo regramento social que se impunha. Ora, se é o soberano quem se posta como lesado ante o cometimento da infração, a liquidação jurídica dela decorrente já não pode ser depurada pelos jogos de prova (*épreuve*) porque, naturalmente, nem o rei nem seu procurador querem (ou podem) arriscar suas vidas e seus próprios bens cada vez que a lei é violada. “É preciso encontrar um novo mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não. O modelo belicoso não pode mais ser aplicado.”²³¹

O que aparece é o *processus per inquisitionem*, originado do labor dos juristas da Universidade de Bolonha e amparado pelos intelectuais da escola de Paris, em um momento de recuperação do direito romano (justiniano) por meio da inegável influência da Igreja romana.²³² Franco Cordero adverte, nesse sentido, que o estilo judicial do século XIII desenvolveu técnicas instrutórias que já haviam sido observadas (com exceção da tortura) no final da época carolíngia por meio de uma investigação episcopal que Reginone de Prüm – monge beneditino que foi Abade de Prüm, na Alemanha, entre 892 e 899 – denominava *inquisitio*, realizada por meio de missões itinerantes nas quais, sob juramento perante as relíquias dos santos, eram inquiridos sete notáveis da localidade (o número podia variar, conforme a circunstância) acerca de tudo o que sabiam ter sido praticado contra Deus ou contra o cristianismo.²³³

Realmente, segundo Michel Foucault, a Igreja (merovíngia e carolíngia) da Alta Idade Média valia-se de um método de inquirido chamado *visitatio*, consistente na visita que o bispo fazia em sua diocese, instalando a *inquisitio generalis*, por meio da qual perguntava a todos o que tinha ocorrido na sua ausência, sobretudo acerca de eventuais pecados, faltas ou crimes. Na hipótese de uma resposta afirmativa, o bispo instalava a *inquisitio specialis*,

²³⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 68-69.

²³¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 70.

²³² WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 16.

²³³ CORDERO, Franco. **Procedura penale...**, p. 19.

consistente na apuração do ocorrido, o autor do fato e a natureza do ato. Interessante destacar, ainda com Michel Foucault, que a confissão interrompia a *inquisitio generalis* ou mesmo a *inquisitio specialis*: bastava ao autor do pecado, da falta ou do crime comparecer perante o bispo e proclamar publicamente sua própria culpa para que todo o procedimento fosse encerrado.²³⁴

Foi esse o modelo adotado em substituição aos insustentáveis duelos, inspirado também na releitura de um método de gestão resgatado do Império Carolíngio, por meio do qual os representantes do soberano, ante uma questão de direito, de poder, de impostos ou de propriedade chamavam pessoas conhecedoras dos assuntos respectivos, faziam-nas jurarem dizer a verdade e questionavam-nas sobre o que sabiam por ouvir dizer, sobre o que tinham visto ou sobre aquilo que efetivamente conheciam. Ao final, deixavam-nas a sós para deliberarem e apresentarem uma solução para o problema.²³⁵ Esse inquérito administrativo faz do poder político personagem essencial, que o exerce por meio de *inquisitio*, de perguntas àqueles capazes de saber, para descobrir uma verdade que desconhece. É uma forma de gestão que teria desaparecido, não fosse sua sobrevivência no seio da Igreja romana, que, inspirada em sua forma religiosa de inquérito espiritual (*visitatio, inquisitio generalis* e *inquisitio specialis*), também a utilizava para a administração de seus próprios bens.²³⁶

Esse modelo ao mesmo tempo religioso e administrativo do inquérito subsistiu até o século XII, quando surge o soberano como fonte de todo o poder e que passa a confiscar os procedimentos judiciais. A partir de então, o procurador do rei passa a fazer aquilo que faziam os visitantes eclesiais nas paróquias, dioceses e comunidades: “procurar estabelecer por *inquisitio*, por inquérito, se houve crime, qual foi ele e quem o cometeu.”²³⁷ Tratava-se de “um mecanismo útil e eficaz para a consolidação do poder de governos centralizados, com o paradigma das monarquias absolutistas na França”, motivo pelo qual – é este o pano de fundo

²³⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 72.

²³⁵ Segundo Michel Foucault (2013, p. 71), esse modelo de gestão foi ainda aplicado, após a dissolução do Império Carolíngio, “por Guilherme, o Conquistador, na Inglaterra. Em 1096, os conquistadores normandos ocuparam a Inglaterra, se apoderaram dos bens anglo-saxões e entraram em litígio com a população autóctone e entre si visando à posse desses bens. Guilherme, o Conquistador, para pôr tudo em ordem, para integrar a nova população normanda à antiga população anglo-saxônica, fez um enorme inquérito sobre o estado das propriedades, os estados dos impostos, o sistema de foro etc. Trata-se do famoso *Domesday*, único exemplo global que possuímos desses inquéritos que eram uma velha prática administrativa de imperadores carolíngios.”

²³⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 71.

²³⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 73.

da imensa maioria das reformas jurídicas – se consolidou e se desenvolveu.²³⁸ O interesse público não podia ficar nas mãos do ofendido e de sua privada iniciativa de dar início a um processo; os monarcas careciam de um sistema penal mais eficaz, que não podia descansar sobre a voluntariedade da vítima em sustentar a acusação. A consequência natural foi a introdução do impulso processual de ofício por autoridades públicas, o que também demandava a profissionalização da administração da justiça.²³⁹

Ora, se o que se quer é reafirmar a soberania e o poder do rei com a punição daquele que a violou pela violação à lei, não apenas a investigação deve ser iniciada de ofício mas também o processo deve ser assim conduzido. Para que o interesse do soberano não fique desamparado, o fato deve ser esmiuçado (sempre a partir dessa perspectiva) pelo próprio juiz. Com efeito, “ao automatismo persecutório corresponde uma diversa perspectiva, da instrução à decisão.”²⁴⁰ Já não se pode mais ter no juiz a figura de um árbitro equidistante e imparcial porque as disputas jurídicas não se limitam a contestações particulares, em que qualquer resultado é tido como bom ou aceitável. A condenação é o objetivo do processo, enquanto a absolvição é, literalmente, disfuncional. “De expectador impassível, que era, o juiz se torna campeão do sistema, extirpa heresias ou descobre delitos. Mudam as técnicas: não existe contraditório, acontece tudo secretamente”²⁴¹ e o imputado passa a ser mero objeto da investigação.

O aparecimento do inquérito é central nessa revolução político-jurídica que tem necessidade de saber. Surge como “uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir.”²⁴² A busca da verdade – com todos os problemas daí decorrentes – que o imputado

²³⁸ WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitivo...*, p. 16. Tradução minha do original em língua espanhola: “un mecanismo útil y eficaz para la consolidación del poder de gobiernos centralizados, con el paradigma de las monarquías absolutistas en Francia”

²³⁹ WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitivo...*, ps. 16-17.

²⁴⁰ CORDERO, Franco. **Procedura penale...**, p. 21. Tradução minha do original em língua italiana: “all’automatismo persecutorio corrisponde una diversa prospettiva, dall’istruzione alla decisione.”

²⁴¹ CORDERO, Franco. **Procedura penale...**, p. 21. Tradução minha do original em língua italiana: “Da spettatore impassibile, qual era, il giudice diventa campione del sistema, estirpi eresie o scovi delitti. Mutano le tecniche: non esiste contraddittorio; avviene tutto segretamente”.

²⁴² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 79.

carrega consigo é o mote do sistema: “culpado ou não, sabe alguma coisa e é obrigado a dizê-la; a tortura estimula fluxos verbais forçados.”²⁴³

Assim, embora o desenvolvimento do inquérito caminhe atrelado ao desaparecimento dos jogos de prova, sua essência remanesce nas sessões de tortura, sempre visando à confissão. Ao contrário do que pode parecer em uma análise perfunctória, a tortura não era manifestação de barbárie; conquanto violenta, não se tratava de uma prática bruta e irracional. Sua racionalidade era manifesta, tanto no que toca ao conteúdo do seu produto (a confissão) quanto no meio utilizado (um exercício bem delimitado e regulamentado, no qual o juiz podia se valer de cada instrumento previamente estipulado durante certo tempo, também predeterminado – e não de toda e qualquer ferramenta para infligir dor aleatoriamente). E esta é uma distinção fundamental em relação às torturas aplicadas pelas polícias contemporâneas.²⁴⁴

A confissão obtida mediante tortura não servia apenas como elemento de uma verdade necessária ao procedimento inquisitório mas também – e aqui sua lógica jurídica – como resultado “de uma espécie de prova judicial, quase duelo; um duelo, como é óbvio, desigual, entre o acusado e quem o tortura, é dizer, o representante do poder que o persegue.”²⁴⁵ É exatamente por isso que a confissão mediante tortura era vista como *prova* no inquisitorialismo medieval. Era prova no sentido do direito germânico (aplicado na Europa entre os séculos IX e XII), em que a verdade era produzida por meio de um desafio lançado de um adversário a outro e manifestada na versão daquele que se sagrava vencedor. Não por outro motivo, o imputado podia vencer se resistisse à tortura e não confessasse – situação em que se via livre e o procurador obrigado a desistir da ação proposta. “[Q]uando alguém resistia à tortura, quem perdia era o procurador.”²⁴⁶

Precisamente por essa razão é que a tortura está tão intimamente relacionada com a confissão: alcançar a verdade com uma prova física (no sentido de duelo entre o imputado e quem o tortura) à qual se possa resistir ou ceder era o último resquício dos primitivos

²⁴³ CORDERO, Franco. **Procedura penale**..., p. 21. Tradução minha do original em língua italiana: “*colpevole o no, sa qualcosa ed è obbligato a dirlo; la tortura stimola flussi verbali coatti.*”

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 222.

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 222. Tradução minha do original em língua espanhola: “de una especie de prueba judicial, casi duelo; un duelo, como es obvio, desigual, entre el acusado y quien lo tortura, es decir, el representante del poder que lo persigue.”

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., ps. 222-223. Tradução minha do original em língua espanhola: “[C]uando uno resistia la tortura, quien perdía era el procurador.”

procedimentos acusatórios nos procedimentos inquisitoriais que se impunham.²⁴⁷ Sua importância reside precisamente por se situar nessa fronteira entre o acusatório e o inquisitório, constituindo-se em uma estranha e interessante simbiose entre *constatação da prova* e a própria *corroboração da verdade*.²⁴⁸ Daí por que a confissão é a prova (inquisitorial) da verdade.²⁴⁹

Mas não é apenas com a tortura que a confissão está intimamente relacionada: até meados do século XVIII há, também, um vínculo essencial com o sistema de provas legais.²⁵⁰ Como é sabido, o sistema de provas legais (provas tarifadas) definia, com precisão aritmética, o valor de cada elemento de prova em relação ao conjunto probatório capaz de proporcionar aquilo que se podia considerar uma *certeza perfeita*.²⁵¹ As regras de valoração probatória vinham, destarte, definidas em lei de forma geral e abstrata, não podendo ser dimensionadas pelo juiz no caso concreto.²⁵²

Tal sistemática era bastante complexa, com suas provas plenas e semiplenas, seus indícios e demais elementos probatórios com gradações que, somados, conduziam ao *score* capaz de refletir a certeza e, conseqüentemente, a condenação completa. A prova insuficiente não ensejava absolvição: o juiz estava autorizado a impor uma condenação de gravidade proporcional à quantidade de prova que havia sido capaz de produzir.²⁵³ Conforme Michel Foucault, “as meias-provas faziam meias-verdades e meio-culpados, frases arrancadas pelo sofrimento tinham valor de autenticação, uma presunção acarretava um grau de pena.”²⁵⁴

Parece indubitável que nesse contexto a confissão assumia lugar de destaque, embora nunca fosse suficiente, por si mesma, para a condenação: era sempre necessário ao menos um indício que a corroborasse.²⁵⁵ Ante qualquer indício, entretanto, bastava a confissão

²⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 222.

²⁴⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. Um ensaio sobre a dramaturgia da delação nos sistemas punitivos contemporâneos. In: GOSTINSKI, Aine; PRAZERES, Deivid Willian dos. **Em busca das garantias perdidas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, ps. 49-50.

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 222.

²⁵⁰ AMARAL, Augusto Jobim do. Um ensaio sobre a dramaturgia da delação nos sistemas punitivos contemporâneos..., p. 50.

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 223.

²⁵² VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, v. 7, n. 23, 2010, ps. 371-398, p. 378.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 224.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 42ª ed., 2014, p. 96.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad**..., p. 224.

– e a tortura se apresentava como um instrumento de grande valia para obtê-la e produzir a plena certeza e a completa condenação, sempre almejada pelo sistema de justiça.

1.4 A sanção legitimada pela confissão: a enunciação da verdade de um assunto comum a todos

“Tudo deve ser feito, então, para que o réu não possa se declarar inocente ou se desculpar, para não se dar ao público o menor motivo para acreditar que a condenação é injusta!”

(Nicolau Eymerich e Francisco de La Peña – Manual dos Inquisidores)

A partir da segunda metade do século XVIII, desaparecem as provas legais e, ao menos formalmente, a tortura. O motivo, entretanto, é muito menos a humanização do sistema de justiça criminal do que suas próprias necessidades de readequação frente à nova criminalidade que grassava desde o final do século XVII. Nota-se, a partir de então, um apoucamento da criminalidade cruenta e até das agressões físicas ao mesmo tempo em que aumentam os crimes contra a propriedade: prevalece a vigarice sobre o assassinato, em suma, e a delinquência difusa e ocasional das classes mais pobres é substituída por uma mais limitada e hábil. Aqueles eram movidos pela cólera e pelos impulsos do momento, ao passo que estes agiam de forma premeditada e calculada. Houve, portanto, uma suavização da violência dos crimes que refletiu na suavização das leis.²⁵⁶

Esse deslocamento de uma criminalidade de sangue para uma delinquência de fraude é produto do desenvolvimento da produção, do aumento das riquezas, da valoração (jurídica e moral) da propriedade e de métodos de vigilância mais rigorosos. O câmbio se dá, nesse contexto, não tanto em respeito à humanidade dos condenados quanto em favor de uma justiça mais desembaraçada e inteligente, menos afeita ao corpo do que ao tecido social. Menos sofrimento e mais controle; menos crueldade na punição e mais constância na reprimenda. Ora, é exatamente o teor do discurso crítico dos reformadores, de modo que há “uma notável

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**..., ps. 75-76. Interessante observar que o influxo se deu na contramão do que pregam as políticas de lei e ordem, para as quais, grosso modo, seria o recrudescimento da violência penal que ensejaria uma diminuição da violência dos crimes.

coincidência estratégica” entre ambos.²⁵⁷ E essa circunstancial justaposição de meios, ainda que para fins distintos – estes para limitação do poder punitivo, aqueles para sua ampliação –, foi o que glorificou de iluminista a reforma judiciária que se impôs.

O movimento reformista se desenrolou, também, em meio ao advento de uma nova racionalidade governamental, menos presente, menos atuante na realidade em si mesma. Já não convinha que o poder completo e absoluto do Estado fosse exercido em sua plenitude a todo instante: era preciso não governar demais, mas apenas o bastante. Havia, portanto, uma “nova *ratio* governamental autolimitativa” que acabou por impactar, também, o Estado de polícia.²⁵⁸ O raciocínio passou a se dar também a partir de um dispositivo de segurança, não mais apenas de um sistema jurídico-disciplinar.²⁵⁹ E essa nova mentalidade – de sobreposição e retroalimentação do sistema jurídico-disciplinar pelo dispositivo de segurança – também contribuiu para alguma humanização da ponta da lança do sistema penal, que por outro lado se tornou muito mais abrangente e eficiente.

Esse o pano de fundo em que as provas legais e a tortura – dois procedimentos que sempre, historicamente, serviram à confissão – desaparecem dos procedimentos judiciais. A confissão, contudo, remanesce. E não apenas permanece como adquire uma importância nos novos códigos – os códigos modernos, cuja arquitetura continua sendo atual – que jamais havia tido.²⁶⁰

A primeira e mais importante das razões para tanto, segundo Michel Foucault, é que o fundamento da punição – o fundamento da lei – nos códigos modernos e contemporâneos é a vontade de todos, expressa por meio dos legisladores: aquele que comete o crime é o mesmo que, em face da lei à qual aquiesceu por sua própria vontade, acaba por se castigar por meio de um tribunal que a aplica. A lei aplicada ao caso concreto, portanto, encontra sua legitimidade em um ficcional consentimento *a priori* dado por todos – inclusive por quem vem, posteriormente, a delinquir – no sentido de sua justiça e correção. E essa frágil ficção jurídica e contratualista – que é, evidentemente, uma exigência de funcionalidade do sistema – de que todos reconhecem de antemão a validade e a legitimidade da lei que os punem é o que coloca a confissão em qualificado destaque nos procedimentos criminais. A confissão não existe

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...**, ps. 77-78.

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, ps. 22-24.

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 49.

²⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 224.

meramente para que o imputado reconheça a prática do crime mas, sobretudo, para que manifeste a autoridade da lei e do tribunal que o irá punir. A confissão serve, portanto, ao reconhecimento da legitimidade do castigo que lhe é consequente. Trata-se de um rito de soberania por meio do qual o culpado fornece a seus juízes os fundamentos para sua própria condenação e reconhece, na sentença condenatória, sua própria vontade, de modo que a confissão acaba por reafirmar e reinstaurar o pacto social.²⁶¹ E esse aspecto é central para a compreensão também do papel simbólico da delação premiada no cotidiano judicial hodierno.²⁶²

O desaparecimento das provas legais, por sua vez, obrigou os juízes a buscarem a condenação não mais em um frio cálculo aritmético, mas em sua íntima convicção decorrente dos elementos probatórios que lhes fornecem os autos. E a confissão convence; a confissão lhes acalma a alma. “[A] confissão constitui uma espécie de contrato de verdade que permite a quem julga saber com saber indubitável.”²⁶³ Além disso, a verdade já não é mais aferível por unidades de medida definidas de antemão e, na prática judiciária criminal, passa a ser um assunto de toda a comunidade, comum a todos os seus habitantes. O complexo cálculo inerente às provas tarifadas cede ante algo mais corpóreo e corrente, mais inteligível ao senso comum. A culpa, destarte, não é mais graduada pela quantidade de prova – passa a ser binária: ou o imputado é culpado ou não é – e deve ser facilmente constatada por toda a sociedade. Não por acaso, “a confissão se converte na forma de prova mais buscada.”²⁶⁴

A confissão é operacionalizada, ainda, como um ferramental dúctil entre a punição e a correção do imputado. Com efeito, se o que se pretende é transformar o sujeito mediante a punição ante a falta cometida – e em relação as que poderia vir a cometer –, a confissão se presta a ser o primeiro elemento do pacto punitivo.²⁶⁵ Ou seja, para muito além da assunção da culpa e da validade da sanção que se anuncia, a confissão ainda sinaliza a aceitação do imputado

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 225.

²⁶² AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 128, p. 65-89, fev. 2017, p. 72.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 227. Tradução minha do original em língua espanhola: “[L]a confesión constituye una especie de contrato de verdad que permite a quien juzga saber con saber indubitable.”

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 226. Tradução minha do original em língua espanhola: “la confesión se convierte en la forma de prueba más buscada.”

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, ps. 226-227.

em participar, desde logo, dos efeitos corretivos que se atribui ao castigo.²⁶⁶ Realmente, “a confissão constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta.”²⁶⁷ É, portanto, a espinha dorsal do sistema – de ontem e de hoje –, reinventando-se de acordo com os influxos históricos e galgando espaços consistentes ao longo do tempo. Instrumentalizada pela Igreja romana, serviu a todos os senhores e, como um líquido viscoso, lentamente se espalhou por toda a maquinaria do sistema de justiça, lubrificando suas engrenagens, constituindo-as e com elas se confundindo em um processo de tal modo consistente que já não se concebe pensá-lo de modo eficiente para além dessa poderosa ferramenta. Daí a reintrodução das – e o constate estímulo às – práticas delatórias, em um deletério e vicioso círculo do qual não se vislumbra qualquer horizonte de escape. Precisamos, pois, as palavras de Pierre Legendre: “[o] canonista inventor da confissão, eis o feiticeiro do Ocidente.”²⁶⁸

2 O PROCESSO PENAL DO NEOLIBERALISMO: PRÊMIOS EM TROCA DE UM UTILITARISMO EFICIENTISTA

2.1 Neoliberalismo e pós-democracia: os novos usos da confissão

“As únicas alternativas são: lei econômica ou lei ordinária.”

(Ludwig von Mises – Intervencionismo)

A funcionalidade da confissão não poderia deixar de ser aproveitada pelos influxos das sociedades neoliberais contemporâneas. Se o neoliberalismo não é apenas uma mera ideologia ou política econômica, como expressam Pierre Dardot e Christian Laval, mas “um sistema normativo que ampliou sua influência ao mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida”,²⁶⁹ não causa surpresa que garantias individuais sejam barganhadas como meras *commodities*²⁷⁰ e que a confissão seja estimulada (ou até forçada) para mitigar ou evitar os custos de processos judiciais. O fato de que os Estados

²⁶⁶ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos...**, p. 73.

²⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Obrar mal decir la verdad...**, p. 227. Tradução minha do original em língua espanhola: “*la confesión constituye un compromiso punitivo eu da sentido a la sanción impuesta.*”

²⁶⁸ LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor...**, p. 109.

²⁶⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 7 (prefácio à edição brasileira).

²⁷⁰ A comparação entre garantias individuais e *commodities* é de Albert Alschuler (1983, p. 932).

Unidos da América são o berço tanto dessa *ratio* econômica quanto dessa maneira de administração de justiça, por meio do *plea bargain*, tampouco pode ser tido como simples coincidência.

O neoliberalismo não se confunde com o novo liberalismo. Enquanto este, cronologicamente anterior, é expressão da teoria econômica de John Maynard Keynes e consiste na releitura dos meios jurídicos, moras, políticos, econômicos e sociais em prol de uma sociedade de liberdade individual que aproveite a todos, mediante agendas estatais para além do dogmatismo do *laissez-faire* e que ponham em xeque a confiança em mecanismos autorreguladores do mercado e na pretensa justiça de contratos entre particulares que se supõe iguais, aquele pretende o desenvolvimento e a purificação do mercado concorrencial por “um enquadramento jurídico cuidadosamente ajustado”, reconhecendo, pois, que “a ordem de mercado não é um dado da natureza, mas um produto artificial de uma história e de uma construção política.”²⁷¹ Conforme assinala Michel Foucault, o neoliberalismo não se situa, destarte, “sob o signo do *laissez-faire*, mas, ao contrário, sob o signo de uma vigilância, de uma atividade, de uma intervenção permanente.”²⁷²

Os neoliberais se distinguem de seus predecessores por sua energia e radicalidade. O neoliberalismo não é, conseqüentemente, um movimento conservador. Ao contrário: desde a Segunda Guerra Mundial (e especialmente depois de 1960) uma das principais preocupações dos neoliberais foi se distinguir dos conservadores – de modo que a aliança que haviam feito no passado decorreria apenas do compartilhamento dos mesmos adversários ideológicos (socialistas e adeptos do Estado social). E é essa tomada de posição que qualifica o neoliberalismo como doutrina autônoma em relação ao liberalismo. Isso porque, conforme os neoliberais não se cansam de denunciar, o liberalismo aproximou-se por demais da direita conservadora e até da direita reacionária e, por conseguinte, deixou progressivamente de ser um movimento radical e passou apenas a defender a ordem vigente, transformando-se em uma máquina de defesa do *status quo* e da ordem e poder estabelecidos. Ao fazê-lo, teriam traído a si próprios, deixando exclusivamente para os socialistas a renovação do campo social, de modo que, para resgatar esse espaço perdido, os neoliberais extremaram o discurso para buscar e superar seu poder de desestabilização original.²⁷³

²⁷¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo...**, ps. 68-70.

²⁷² FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica...**, p. 182.

²⁷³ DE LAGASNERIE, Geoffroy. **A última lição de Michel Foucault: sobre o neoliberalismo, a teoria e a política.** Tradução de André Telles. São Paulo: Três Estrelas, 2013, ps. 38-41.

É preciso não se deixar enganar por rótulos, portanto, pois, como bem denuncia Domenico Losurdo, os defensores mais energéticos do liberalismo eram todos proprietários de escravos em meados do século XIX nos Estados Unidos da América – e o próprio pai dessa corrente de pensamento, John Locke, considerava “óbvia e natural a escravidão nas colônias”, tendo contribuído pessoalmente na redação da norma constitucional da Carolina que assegurava o poder absoluto de qualquer homem livre sobre seus escravos negros. Ainda segundo o autor, estudiosos conceituados da revolução francesa, de garantida orientação liberal, tratam como liberais personalidades e círculos franceses que estiveram firmemente envolvidos na defesa da escravidão nas colônias, como Pierre-Victor Malouet e os membros do Club Massic.²⁷⁴

Parece relevante questionar, destarte, que tipo de liberdade defendem os adeptos do liberalismo que, ao seu tempo, possuíam e subjugavam escravos e, hodiernamente, não hesitam em classificar aqueles senhores como legítimos liberais. O ponto é que “a comunidade dos livres”, continua Domenico Losurdo, “se afirma reivindicando para si ao mesmo tempo a liberdade negativa e positiva e excluindo de ambas seja as populações de origem colonial seja os semiescravos e os servos da metrópole.”²⁷⁵ Essa característica do liberalismo é potencializada no neoliberalismo, como bem demonstrou Friedrich von Hayek, um de seus maiores expoentes, ao afirmar em 1981 preferir uma ditadura liberal a uma democracia sem liberalismo – e citar como positivo exemplo nesse sentido o governo ditatorial militar de Augusto Pinochet, no Chile.²⁷⁶ Mais uma vez, a contradição é apenas aparente, porque, como diagnostica Rubens Casara, “[i]mpregnado da razão neoliberal, o funcionamento do Estado não pode ser democrático.”²⁷⁷

²⁷⁴ LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Tradução de Giovanni Semeraro. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, ps. 13-15.

²⁷⁵ LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo...**, p. 357. Conforme Gérard Lebrun (1984, ps. 60-61), John Locke utiliza o maquinário político inventado pelo absolutismo de Thomas Hobbes, restringindo seu funcionamento e expondo, com toda a clareza, que o poder é “nada mais que um fiel instrumento a serviço dos proprietários.”

²⁷⁶ EXTRACTS FROM AN INTERVIEW WITH FRIEDRICH VON HAYEK. **Punto de Vista Economico**, 2016. Trecho de entrevista publicada no periódico El Mercurio em 12 de abril de 1981 (p. D8-D9). Disponível em: <https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>. Acesso em 12.02.2019. Ao ser questionado acerca de qual opinião se deveria ter acerca de ditaduras, Friedrich von Hayek respondeu: “Well, I would say that, as long-term institutions, I am totally against dictatorships. But a dictatorship may be a necessary system for a transitional period. At times it is necessary for a country to have, for a time, some form or other of dictatorial power. As you will understand, it is possible for a dictator to govern in a liberal way. And it is also possible for a democracy to govern with a total lack of liberalism. Personally I prefer a liberal dictator to democratic government lacking liberalism. My personal impression — and this is valid for South America — is that in Chile, for example, we will witness a transition from a dictatorial government to a liberal government. And during this transition it may be necessary to maintain certain dictatorial powers, not as something permanent, but as a temporary arrangement.”

²⁷⁷ CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 56.

Para Pierre Dardot e Christian Laval, o neoliberalismo inocula uma concepção muito particular de democracia – “que, sob muitos aspectos, deriva de um *antidemocratismo*” –, segundo a qual o direito privado não deve ser controlado ou mesmo posto em deliberação por meio do voto, o que o diferencia do projeto social e político iniciado nos anos 1930, quando houve uma mera revisão da doutrina do *laissez-faire*, e impede eventuais correções de trajetória ante a “desativação do jogo democrático e até mesmo, sob certos aspectos, da política como atividade.” Por essa razão, os autores afirmam que o ideário neoliberal está conduzindo à *era pós-democrática*.²⁷⁸ E mesmo assim, nas palavras de Maurizio Lazzarato, “[a]pesar de suas formas radicalmente fragilizadas e completamente trancadas pelas leis eleitorais, pelas mídias e pelos especialistas, o sistema político representativo ainda é demasiadamente democrático para a economia.”²⁷⁹

Com efeito, as liberdades protegidas pelo neoliberalismo são aquelas relativas ao exercício pleno da propriedade privada, o que demanda a existência de um Estado forte, não apenas protetor do direito privado mas indutor de uma nova ordem. Outras dimensões de liberdade não apenas deixam de ser prestigiadas, mas acabam mesmo combatidas, como bem o revela a concepção hayekiana de democracia, suficientemente distante da acepção comum do termo a ponto de o próprio autor preferir denominá-la *demarquia*, um governo das elites acerca do qual Walter Lippman já havia se mostrado favorável em razão da “impossibilidade de conciliar um sistema imparcial de regras do jogo e o princípio efetivo da soberania popular segundo o qual as massas poderiam ditar seus desejos aos governantes.”²⁸⁰ Realmente, sob o

²⁷⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo...**, p. 8 (prefácio à edição brasileira).

²⁷⁹ LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado**. Tradução de Daniel P. P. da Costa. São Paulo: n-1 edições, 2017, p. 98. As palavras de Antônio Delfim Netto em reunião com Conselho de Segurança Nacional, convocado pelo Presidente Arthur da Costa e Silva, em 1968, para deliberação acerca da promulgação do Ato Institucional nº 5/68, são bem reveladoras nesse sentido. Para o então Ministro da Fazenda, o Ato Institucional não seria apenas necessário, mas insuficiente para o desenvolvimento econômico brasileiro: “Senhor presidente, senhores membros do Conselho. Eu creio que a revolução veio não apenas para restabelecer a moralidade administrativa neste país, mas, principalmente, para criar as condições que permitissem uma modificação de estruturas que facilitassem o desenvolvimento econômico. Este é realmente o objetivo básico. Creio que a revolução, muito cedo, meteu-se numa camisa-de-força que a impede, realmente, de realizar esses objetivos.

Mais do que isso, creio que, institucionalizando-se tão cedo, possibilitou toda a sorte de contestação que terminou agora com este episódio que acabamos de assistir (*sic*). Realmente, esse episódio é simplesmente o sinal mais marcante da contestação global do processo revolucionário. É por isso, senhor presidente, que eu estou plenamente de acordo com a proposição que está sendo analisada no Conselho. E, se Vossa Excelência me permitisse, direi mesmo que creio que ela não é suficiente. Eu acredito que deveríamos atentar e deveríamos dar a Vossa Excelência, ao presidente da República, a possibilidade de realizar certas mudanças constitucionais, que são absolutamente necessárias para que este país possa realizar o seu desenvolvimento com maior rapidez. Eram essas considerações que eu gostaria de fazer.” (FOLHA DE S. PAULO, 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/personas/delfimNetto.html>. Último acesso em 21.10.2019).

²⁸⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo...**, p. 99.

neoliberalismo “[a] soberania popular existe sob condição”, encontrando legitimidade apenas nas hipóteses em que sua manifestação vai ao encontro dos interesses do mercado e das instituições financeiras de governo internacionais, que cotidianamente exprimem sua vontade política. “Se o povo vota como esses ‘grandes eleitores’, então o voto é legítimo, caso contrário pode-se votar novamente ou encontrar uma maneira de contornar uma democracia esvaziada de todo poder.”²⁸¹

A liberdade a que o neoliberalismo lança luz é aquela do homem-empresa, do empreendedorismo, “que é o princípio de conduta potencialmente universal mais essencial à ordem capitalista.”²⁸² Conforme Achille Mbembe, por meio do neoliberalismo aos poucos vai se “instalando a ficção de um novo ser humano, <<empresário de si mesmo>>, plástico e convocado a reconfigurar-se permanentemente em função dos artefactos que a época oferece.”²⁸³ É uma liberdade que escraviza. Byung-Chul Han é preciso em afirmar que não seria jamais a revolução comunista – até porque a contradição entre as forças produtivas e as relações de produção são, ao contrário do que supunha Karl Marx, realmente insuperáveis – que eliminaria a exploração da classe trabalhadora por uma força externa. Mas o neoliberalismo o fez, pois cada trabalhador explora a si mesmo e a distinção entre proletário e burguesia já não faz sentido. A autoexploração atinge a todas as classes sociais.²⁸⁴

Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises, expoentes da escola austríaca, são os autores que dão o passo adiante em relação ao liberalismo clássico, refutando ingerências perversas do Estado (que levariam ao totalitarismo e à regressão econômica) e – e aí a novidade – criando um processo dinâmico e contínuo de concorrência por meio do estímulo à produção do sujeito empresarial, introduzindo, reestabelecendo ou sustentando a rivalidade entre os indivíduos e moldando-os para torná-los empreendedores que saibam aproveitar toda e qualquer oportunidade de lucro. Ao contrário do programa neoclássico, em que a concorrência é tida como um quadro, estático, no qual a ação racional dos atores no mercado conduz idealmente ao equilíbrio, o pensamento neoliberal enxerga o processo concorrencial como a busca constante de informação para a superação dos demais na descoberta de novas oportunidades de

²⁸¹ LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado...**, p. 99.

²⁸² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo...**, p. 134.

²⁸³ MBEME, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2ª ed., 2014, p. 14.

²⁸⁴ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Áyiné, 2018, ps. 14-16.

ganho financeiro, privilegiando (e estimulando) a competição e a rivalidade permanentes entre os indivíduos.²⁸⁵

Como bem sintetiza David Harvey,

“[o] neoliberalismo é, em primeira instância, uma teoria de práticas político-econômicas, segundo a qual o bem-estar do homem pode ser melhor alcançado por meio da emancipação das liberdades e habilidades individuais empresariais, dentro de uma estrutura institucional caracterizada por direitos sólidos sobre propriedade privada, mercados livres e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional adequada a tais práticas. O Estado deve garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Também deve organizar as estruturas e funções militar, defensiva, policial e legal necessárias para proteger os direitos à propriedade privada e garantir, por meio do emprego de força, se preciso, o funcionamento adequado dos mercados. Além disso, se os mercados não existirem (em áreas como território, água, educação, saúde, seguridade social ou poluição ambiental) deverão ser criados pela ação estatal, se necessário. Mas o Estado não deve se arriscar além dessas tarefas. A intervenção estatal nos mercados (uma vez criados), deverá ser adstrita a um mínimo básico porque, de acordo com a teoria, o Estado não pode de forma alguma possuir informação suficiente para prever sinais mercadológicos (preços) e porque grupos de interesses poderosos inevitavelmente destoarão e influenciarão intervenções estatais (particularmente em democracias) para seus próprios benefícios.”²⁸⁶

Mais do que uma realidade econômica e social dotada de materialidade e objetividade, o neoliberalismo é um projeto – nunca suficientemente consumado e que demanda constante reativação.²⁸⁷ Sua noção é escorregadia, diz Loïc Wacquant, quase sempre evocada sem referencial teórico claro, e predominantemente econômica, traduzida em “políticas

²⁸⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**..., ps. 134-136.

²⁸⁶ HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 2. Tradução minha do original em língua inglesa: “[n]eoliberalism is in the first instance a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade. The role of the state is to create and preserve an institutional framework appropriate to such practices. The state has to guarantee, for example, the quality and integrity of money. It must also set up those military, defence, police, and legal structures and functions required to secure private property rights and to guarantee, by force if need be, the proper functioning of markets. Furthermore, if markets do not exist (in areas such as land, water, education, health care, social security, or environmental pollution) then they must be created, by state action if necessary. But beyond these tasks the state should not venture. State interventions in markets (once created) must be kept to a bare minimum because, according to the theory, the state cannot possibly possess enough information to second-guess market signals (prices) and because powerful interests groups will inevitably distort and bias state interventions (particularly in democracies) for their own benefit.”

²⁸⁷ DE LAGASNERIE, Geoffroy. **A última lição de Michel Foucault**..., p. 41.

favoráveis ao mercado, tais como a desregulamentação do trabalho, a mobilidade do capital, a privatização, a agenda monetarista da deflação e autonomia financeira, a liberalização do comércio, concorrência entre zonas e a redução da taxação e dos gastos públicos.”²⁸⁸

A intervenção estatal na economia enseja sempre um dispêndio ineficiente de esforços e recursos do empreendedor, o que empobrece o povo em geral, diz Ludwig von Mises em defesa dessa racionalidade econômica.²⁸⁹ É evidente, no entanto, que o neoliberalismo limita suas propaladas benesses àqueles que têm aptidão para o consumo. Nesse sentido é sintomático que o autor da escola austríaca concorde que a economia de mercado seja denominada “democracia dos consumidores, por determinar através de uma votação diária quais são suas preferências”, e que saliente que “a totalidade de consumidores é igual à totalidade de trabalhadores, empresários e capitalistas.”²⁹⁰ Ante a lógica neoliberal não há realmente espaço para pensar a democracia para além dos que trabalham, dos que empresariam e dos que capitalizam. Os inválidos, os desempregados e os que não têm capacidade de consumir bens e serviços são simplesmente *descartados* nessa “nova razão do mundo”.²⁹¹ Já não se atribui valor à vida humana em decorrência da dignidade que lhe é imanente, mas da aptidão para estar no mercado. Nessa lógica os direitos humanos encontram-se proporcionalmente subordinados à capacidade de consumo de cada qual, não alcançando aqueles que, por não ostentarem uma mínima capacidade de realizar transações, não são cidadãos nessa democracia de consumidores. São as vidas nuas de que trata Giorgio Agamben,²⁹² presas à ausência de qualquer significação ou proteção jurídicas. Daí por que Michael Löwy afirma que com o triunfo do neoliberalismo a Europa das últimas décadas vivencia “uma *democracia de baixa intensidade*, sem conteúdo social, que se reduziu a uma concha vazia.”²⁹³

Realmente, o *descarte* dos inaptos para o consumo não é apenas metafórico: a penalização da marginalidade mediante um sistema penal proativo “é um ingrediente constitutivo do Leviatã neoliberal” e o conseqüente elevado número de presos – sempre muito

²⁸⁸ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. Tradução de Sérgio Lamarão. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Loïc Wacquant e a questão penal do capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2012, p. 31.

²⁸⁹ MISES, Ludwig von. **Intervencionismo**: uma análise econômica. São Paulo: LVM, 3ª ed., 2018, p. 129.

²⁹⁰ MISES, Ludwig von. **Intervencionismo**..., ps. 101 e 104.

²⁹¹ A referência é ao título da obra de Pierre Dardot e Christian Laval (2016), anteriormente citada.

²⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua – I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

²⁹³ LÖWY, Michael. **Quando capitalismo não rima com democracia**. Tradução de Gabriela Leite. Disponível em: <https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerre/lowy-quando-capitalismo-nao-rima-com-democracia/>. Último acesso em 05.03.2019.

superior às capacidades dos sistemas carcerários – traduz verdadeiro desestímulo, quando não hostilidade, das autoridades públicas para com programas de reabilitação, de sorte tal que a prisão contemporânea serve a uma bruta neutralização, um mero confinamento, dos indesejados.²⁹⁴

Em *A onda punitiva* Loïc Wacquant demonstra que a *Lei sobre responsabilidade individual e a oportunidade do trabalho (Personal responsibility and work opportunity reconciliation act – PRWORA)*, de 1996, nos Estados Unidos da América, “instaurou um dos mais regressivos programas sociais promulgados por um governo democrático no século XX”, acelerando a “substituição progressiva de um (semi)Estado-providência protetor por um Estado disciplinar, combinando o duro estímulo do *workfare* à monótona rotina do *prisonfare*”, o que permitiu a contenção punitiva dos deserdados das políticas públicas assistencialistas e se tornou a nova política social para com os mais pobres.²⁹⁵

O fato de a reforma ter sido chancelada por um membro do Partido Democrata – o presidente William Jefferson Clinton – causa, uma vez mais, surpresa apenas aparente. E o fenômeno não está restrito aos Estados Unidos da América. É que a ideologia neoliberal transcende fronteiras e engolfa facilmente partidos de ambos os espectros da vida política, tornando-os variantes de um mesmo projeto em defesa do mercado:

“a penalização da pobreza não é um simples retorno a um estado de coisas do passado, mas sim uma genuína inovação institucional, e que não representa, de forma alguma, uma criatura exclusiva da política neoconservadora. Se os políticos de direita inventaram a fórmula, ela foi empregada e refinada por seus rivais de centro e mesmo pelos ‘progressistas’. Na verdade, o presidente que empreendeu, de longe, o maior aumento no encarceramento na história estadunidense não foi Ronald Reagan, mas William Jefferson Clinton. Do outro lado do Atlântico, foi a esquerda de Blair na Inglaterra, de Schröder na Alemanha, de Jospin na França, de d’Alema na Itália, e de Gonzalez na Espanha que negociou a passagem para a penalização preventiva, e não os seus antecessores conservadores.”²⁹⁶

²⁹⁴ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. Tradução de Sérgio Lamarão..., ps. 15 e 21-22.

²⁹⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 3ª ed., 2ª reimp., 2015, p. 148.

²⁹⁶ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social..., p. 26.

Com efeito, o neoliberalismo está umbilicalmente associado à difusão internacional de políticas punitivas, não sendo por acaso que os países centrais que primeiro importaram uma agressiva desregulamentação econômica, nos moldes da panaceia do livre mercado oriunda dos Estados Unidos da América, são também os que adotaram variantes de medidas de justiça criminal no estilo estadunidense, ao passo que aqueles que se mantiveram mais comprometidos com um Estado regulador forte e mais capaz de conter a insegurança social resistiram ao aprisionamento em massa e suas ideologias de tolerância zero. Também países periféricos – como Argentina, África do Sul e Brasil – adotaram plataformas superpunitivas, com a consequente explosão de sua população carcerária, exatamente porque caminharam para a desregulamentação do mercado e da retração estatal.²⁹⁷

A razão é clara, bem identificada por Loïc Wacquant: o ideário neoliberal de governo mínimo na economia – e que favorece, à toda evidência, a elite financeira –, faz em desfavor dos mais pobres necessariamente surgir um governo máximo e autoritário no que tange à obrigatoriedade de trabalho e à justiça criminal. Ou seja: no topo, *laissez-faire*, “liberando o capital de restrições e ampliando as oportunidades de vida para os detentores do capital econômico e cultural”, mas nos estratos inferiores intervencionismo feroz, por meio dos aparatos penais, para conter a turbulência social gerada pela desregulamentação e para impor a disciplina ao trabalho precarizado que lhe é consequente.²⁹⁸ A metáfora do *Estado-centauro*, conduzido por uma cabeça liberal montada em um corpo autoritário,²⁹⁹ é possivelmente a que melhor reflete essa ajustada dicotomia, que tão bem serve à administração punitiva da pobreza.

Com efeito, em vez da dinâmica libertária, o neoliberalismo conduz a uma ditadura do mercado, nas quais suas leis são impostas de forma coercitiva. Realmente, o neoliberalismo “opera uma centralização e uma multiplicação de técnicas autoritárias de governo que rivalizam com as políticas de Estados ditos totalitários ou ‘planificadores’.”³⁰⁰ E o sistema de justiça criminal não escapa – antes, serve – a essa maquinaria, pois direitos e garantias fundamentais, preteritamente inegociáveis, são transformados em mercadorias que apenas alguns (os consumidores – aqueles da acepção restritiva de Ludwig von Mises) são autorizados a fruir, de

²⁹⁷ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social..., p. 30.

²⁹⁸ WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social..., p. 33.

²⁹⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres...**, ps. 88-89.

³⁰⁰ LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado...**, p. 92. Ainda segundo o autor (2017, p. 92), “[a] tese de que o ‘liberalismo consista em limitar ao máximo as formas e os domínios de ação do governo’ é insustentável hoje, mas também retrospectivamente.”

modo que, se na vida econômica o neoliberalismo tende a conduzir à desigualdade, no campo das liberdades públicas “as inviolabilidades tornam-se cada vez mais seletivas”, conforme denuncia Rubens Casara.

No Brasil o sintoma é mais do que evidente. Os mandados de busca e apreensão coletivos, que contrariando o ordenamento jurídico pátrio não individualizam os imóveis ou pessoas objetos da ação estatal e que tão frequentemente são expedidos para cumprimento em favelas ou bairros periféricos em busca de armamentos pesados e outros artefatos ilícitos não são nem sequer cogitados nos bairros de classe média ou das elites financeiras.³⁰¹ E o fato (público e notório) de a maior apreensão de fuzis da história do Rio de Janeiro ter ocorrido exatamente em um condomínio de luxo – e não nos espaços frequentemente apontados pelas autoridades públicas como de domínio do crime organizado – faz saltar aos olhos a desfaçatez do argumento utilitarista (e protecionista) sempre e sempre evocado em detrimento daquelas comunidades. No mesmo sentido, os disparos de alto calibre realizados de helicópteros da Polícia Militar fluminense sobre favelas densamente habitadas deixam bem claro quais são as vidas matáveis na sociedade neoliberal.

Ainda assim, conquanto seja muitas vezes – e, quiçá de forma mais visível – operada na distinção entre ricos e pobres, a seletividade penal e processual penal não opera apenas nesse campo. Se de um lado algumas das grandes operações capitaneadas por forças-tarefa da Polícia Federal e do Ministério Público Federal contra grandes empresários e agentes políticos de primeiro escalão podem ser vistas, em análise perfunctória, como a exceção que confirma a regra, de outro a seletividade verificada na condução dessas investigações e ações penais em relação aos diferentes envolvidos demonstra que o diagnóstico é mais complexo. Realmente, mesmo quando a análise fica restrita à criminalidade econômico-financeira se verifica que “apenas a liberdade de alguns é inviolável, como revelam prisões desnecessárias ou conduções coercitivas em desconformidades com os requisitos legais” e que “apenas a intimidade de alguns é inviolável, como se percebe dos vazamentos seletivos de interceptações telefônicas”³⁰² – sendo a mais notória delas a operada em desfavor da então Presidente da

³⁰¹ CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático...**, ps. 41-42.

³⁰² CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático...**, p. 42. O autor (2017, p. 42) ainda traz exemplos para além do sistema de justiça criminal propriamente dito, ao apontar que “apenas a integridade física de alguns é inviolável, como mostram as agressões aos manifestantes que defendem posições contrárias aos dos detentores do poder econômico” e que “apenas a liberdade de expressão de alguns é inviolável, como sabem aqueles que são perseguidos por motivação ideológica e processados pelos que dizem.” Parece pertinente destacar que Rubens Casara, André Nicollit, Simone Nacif e Cristiana Cordeiro, todos magistrados, tiveram contra si investigação aberta pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por se manifestarem contrariamente ao *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Vana Rousseff, embora o próprio relator da referida

República Dilma Vana Rousseff e do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, ambos vinculados ao Partido dos Trabalhadores (PT), situado à esquerda ou centro-esquerda do debate político. Enfim, nada de muito novo. “Não é novidade que as regras do jogo estabelecidas para todos são derrotáveis”, diz Alexandre Morais da Rosa, “por argumentos e contextos de duvidosa compatibilidade democrática.”³⁰³

Na pós-democracia neoliberal a seletividade judicial serve ao mercado, prestando-se o Poder Judiciário à função política de regular as expectativas dos consumidores em vez de garantir direitos fundamentais. Consequentemente, o direito perde a característica de regular a sociedade e passa a ser não mais do que uma das tantas ferramentas à disposição dos apetites do poder econômico, *latu sensu* considerado.³⁰⁴ Em alguns países periféricos, tem o condão de destituir partidos políticos, classes e grupos do poder, provocando inclusive realinhamentos de geopolítica internacional.³⁰⁵ Decisões judiciais contramajoritárias (e das mais variadas instâncias) minguem frente a anseios populares de ocasião, devidamente inoculados por uma grande mídia que se comporta como porta-voz dos interesses de uma elite financeira da qual seus dirigentes fazem parte. Pouco importa se para tanto é necessário deitar por terra bibliotecas inteiras de dogmática penal e processual penal democrática. Pouco importa se a resposta penal em relação aos agentes do mercado (ou de qualquer um que esteja em suas graças) dista tanto quanto possível daquela endereçada aos que lhe expõem as entranhas ou, como sói acontecer com mais frequência, à massa cinzenta de anônimos, sua clientela de sempre. É, com efeito, exatamente nessa contradição que a *ratio* neoliberal espraia algumas de suas raízes e se frutifica no Poder Judiciário.

Realmente, se “a pós-democracia induz à produção massificada de decisões judiciais, a partir do uso de modelos padronizados, chavões argumentativos e discursos de fundamentação prévia” para aumentar a própria produtividade dos juízes, que condenam como em linha de produção fordista, em uma lógica eficientista e gerencial, não apenas em atenção

reclamação disciplinar e Corregedor do CNJ seja igualmente magistrado e tenha também se manifestado publicamente sobre o assunto – mas de forma favorável ao impedimento da mandatária –, sem que se tenha notícia de qualquer procedimento disciplinar instaurado em seu desfavor. As matérias jornalísticas contendo o relato e contexto dos episódios podem ser verificadas, respectivamente, em <http://www.justificando.com/2017/10/25/punicao-de-cnj-juizes-causa-espanto-e-revolta-na-comunidade-juridica/> (último acesso em 17.03.2019) e em <http://www.justificando.com/2017/10/25/ministro-que-puniu-juizes-que-criticaram-impeachment-tambem-fez-declaracoes-politicas-em-jornais/> (último acesso em 17.03.2019).

³⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 4ª ed., 2017, p. 519.

³⁰⁴ CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático...**, ps. 42-43.

³⁰⁵ MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 147.

às suas próprias convicções ideológicas mas também e especialmente como meio “para assegurar vantagens nas respectivas carreiras”,³⁰⁶ também é verdade que sempre há espaço para análises muito particularizadas e ponderadas, à luz da mais rigorosa métrica constitucional, nas remotas hipóteses em que eles próprios são acoimados da suspeita de qualquer infração normativa. E as críticas e protestos por parte de entidades classistas de magistrados e membros do Ministério Público à Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19),³⁰⁷ com seus tipos penais abertos – mas não tão abertos quanto o de tantos outros tipos penais aplicados durante décadas, sem qualquer juízo crítico, nas denúncias e sentenças condenatórias que subscreveram –, revelam essa dinâmica com clareza tão cristalina que chega a ser constrangedora.

Aliás, é previsível que esses novos crimes de abuso de autoridade sejam imputados apenas em desfavor dos indivíduos dos estratos mais baixos do serviço público ou contra membros da magistratura e do Ministério Público “que não gozem de cobertura política suficiente no interior de suas instituições” respectivas.³⁰⁸ Também enquanto ator jurídico concursado, pois, amoldar-se à razão neoliberal é mera consequência de uma análise economicista, de ponderação de custos e benefícios. Dentre outras vantagens, amoldar-se à razão neoliberal é estar, até certo ponto, protegido do próprio sistema de justiça criminal.³⁰⁹ Se não deixa de ser verdade que “[t]odo direito é um golpe” sustentado em uma ideologia jurídica que espelha a própria ideologia capitalista e que “[t]odo o direito e toda a política se fazem a partir de graus variados de composição entre regra e exceção”, é também incontestável que “cresce, no presente momento, a utilização dos mecanismos jurídicos e judiciais para estratégias políticas e capitalizações ideológicas.”³¹⁰

Cresce, pois, como identifica Rafael Valim, o uso da exceção como paradigma de governo da contemporaneidade – “estado de exceção permanente” – em uma progressiva e acelerada substituição da política por formas de controle social que perpassa tanto a *violence*

³⁰⁶ CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático...**, p. 43. Conforme o autor (2017, os. 43-44), “[a]tores jurídicos que não seguem a lógica do mercado nem atuam com base em uma subjetivação contábil e financeira não raro enfrentam perseguições ideológicas por meio de processos nas corregedorias e dificuldades para promoções.”

³⁰⁷ EXAME. **Mais de 40 mil juízes e promotores assinam carta contra Lei de do Abuso**: integrantes de associação de magistrados e procuradores disseram que a lei incentiva a impunidade e fragiliza o sistema de justiça do país. Por Estadão Conteúdo, 10.10.2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/mais-de-40-mil-juizes-e-promotores-assinam-carta-contr-lei-do-abuso/>. Último acesso em 11.10.2019.

³⁰⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal**. Editorial. Boletim IBCCRIM, n. 323, out. 2019, p. 1.

³⁰⁹ Com isso não se está a afirmar que o sistema jurídico penal proteja *pessoas*. Seria leviano – e, mais do que isso, ingênuo – dizê-lo. Pessoas são, sempre e sempre descartáveis na *ratio* neoliberal. Protege-se, isso sim, interesses (não raro atrelado a pessoas, ao menos durante algum tempo).

³¹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 147.

douce quanto a violência física aberta e desmedida, sem que, com isso, seja possível automaticamente identificar o fim do Estado de Direito. É que, embora o uso sistemático da exceção enseje necessariamente a ruína do Estado de Direito, seu quadro de referência o pressupõe. Não se tratam de categorias excludentes ou que se repelem mutuamente. Muito ao contrário. A exceção é filha da tradição democrática, não do absolutismo. E é aí precisamente que se encontra sua feição mais sórdida, pois diversamente de um movimento revolucionário, a exceção não instaura uma nova ordem constitucional, mas erode, de maneira sub-reptícia, aquela vigente – assim como o Estado de Direito –, “submetendo a imperatividade das normas jurídicas ao talante do poder de turno.”³¹¹

Ao negar a lei, a exceção “toma de assalto a democracia”, já que a impessoalidade de um governo orientado pela norma jurídica cede às vontades e paixões daqueles que o ocupam. Assim “o estado de exceção potencializa o processo de *despolitização* de que é vítima a sociedade atual” e substitui o debate democrático pela “monologia autoritária”, investindo contra conquistas civilizatórias irrenunciáveis a que antes o constitucionalismo moderno colocava a salvo do debate público e jurisdicional por meio do que a doutrina brasileira convencionou nominar *cláusulas pétreas* e, com ainda maior intensidade, também contra direitos sociais historicamente consolidados. Daí por que os mercados têm um especial apreço pela exceção: a exceção é a forma jurídica do neoliberalismo.³¹²

Não há dúvida de que nesse contexto utilitário-eficientista e, ao mesmo tempo, seletivo, a confissão assume um protagonismo inédito no sistema de justiça criminal. Mesmo não se perdendo de vista que a confissão é central (e crescente) no processo penal desde o século XIII, seja como forma de legitimação das condenações criminais e do próprio poder punitivo – tal qual já exposto e nos moldes verificados –, ante o neoliberalismo a confissão é requalificada como instrumento de punição e se presta a uma perversidade dúplice que desagua na barganha nos processos criminais, perante à qual o imputado é coercitivamente convidado a participar desse mercado transacionando aquilo que o constitui como indivíduo (suas garantias

³¹¹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017, ps. 154-182. Arquivo eletrônico (Kindle). Conforme Thaiana Conrado Nogueira e Thomaz Muylaert de Carvalho Britto (2019, p. 8), a partir das lições de Giorgio Agamben, “as democracias não estão imunes ao Estado de exceção permanente.”

³¹² VALIM, Rafael. **Estado de exceção...**, ps. 210-232. Há aqui referência expressa ao título da obra do autor citado (2017). Thaiana Conrado Nogueira e Thomaz Muylaert de Carvalho Britto (2019, p. 9) reconhecem serem “diversas as situações de excepcionalidade verificadas no contexto brasileiro dos últimos anos”, desde o espectro político (pedidos de *impeachment* revelam o ápice da anormalidade) até o protagonismo do Poder Judiciário em questões fundamentais, passando ainda pelo Legislativo. Não raro, os três Poderes da República decidem “com base em uma suposta situação fática que justificaria medidas excepcionais.”

individuais) em um procedimento assimétrico que tende, inevitavelmente, à intensificação da seletividade em prol de cortinados interesses.

2.2 *Plea bargain*, delação premiada e seus desdobramentos neoliberais

“é tão mais fácil gerir os vizinhos se compactuarmos com a hipótese de existir um indivíduo sem corpo que atravessa as casas e escuta tudo quanto dizemos e vê tudo quanto fazemos.”

(Valter Hugo Mãe – A máquina de fazer espanhóis)

O neoliberalismo é uma governamentalidade. Sua faceta mais atual é aquela que começou a se desenvolver na Alemanha do final da década de 1940, do pós-guerra, porque a experiência nazista esteve no cerne da reflexão dos cultores da programação política neoliberal. O nazismo lhes permitiu definir seu “campo de adversidade”, ou seja, o sistema geral contra o qual estariam a se postar e a se organizar: aquele da incompatibilidade, ao menos para a Alemanha, entre uma política nacional e uma economia liberal (ideia formulada por Friedrich List); do socialismo de Estado bismarckiano; do dirigismo keynesiano e, a partir da 2ª Guerra Mundial, de uma economia planificada. Portanto, se o nazismo azeitou e coalizou esses diferentes elementos em um sistema de economia protegida, assistencialista, keynesiana e planificada, interconectados por uma administração central, os neoliberais alemães estrategicamente teorizaram que esses quatro componentes da história política e econômica alemã – que foram aparecendo de forma sucessiva em sua cena governamental – estariam interligados uns aos outros e, uma vez adotado quaisquer deles, os três restantes viriam como consequência inescapável. O nazismo, portanto, seria “simplesmente o sistema de relações necessárias que há entre esses diferentes elementos”, ou seja, a consequência final da adoção de qualquer um deles.³¹³ Daí a razão pela qual, para Ludwig von Mises, a filosofia nazista seria “a manifestação mais pura e mais firme do espírito anticapitalista e socialista de nossa era.”³¹⁴

³¹³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica...**, ps. 145-150.

³¹⁴ MISES, Ludwig von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Tradução de Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 202. Ainda segundo o autor (2017, p. 204), “[é] fácil para os economistas destruir as falácias em torno das doutrinas nazistas. Porém, aqueles que desprezam a economia como ‘ortodoxa e reacionária’ e apoiam com fanatismo as falsas crenças do socialismo e do nacionalismo econômico estavam sem meios de combatê-los. Porque o nazismo não era nada, mas sim a aplicação lógica de seus próprios princípios às condições específicas da Alemanha comparativamente superpovoada.”

Realmente, os ordoliberalis alemães, que deram a faceta do neoliberalismo contemporâneo,

“tentaram identificar uma espécie de invariante econômico-política que poderia ser encontrada em regimes políticos tão diversos quanto o nazismo e a Inglaterra parlamentar, a União Soviética e a América do *New Deal*; procuraram identificar essa invariante relacional nesses diferentes regimes, em diferentes situações políticas, e estabeleceram o princípio de que a diferença essencial não era tampouco entre esta estrutura constitucional e aquela outra. O verdadeiro problema era entre uma política liberal e qualquer outra forma de intervencionismo econômico, quer ele adquira a forma relativamente suave do keynesianismo, quer adote a forma drástica de um plano autárquico como o da Alemanha.”³¹⁵

Foi por meio desse tipo de análise, de uma “série de golpes teóricos e analíticos”, que se originou o ordoliberalismo. O problema não estaria, segundo esses teóricos, na economia de mercado mas, ao contrário, no Estado, em suas defectibilidades intrínsecas e em sua racionalidade própria. E se assim é – porque, antes de mais nada, em essência o nazismo é apenas o crescimento infinito do poder estatal –, não é o Estado que deve limitar a economia (como ocorria no século XVIII) mas a economia que deve regulamentar a existência e ação estatais. É dizer, em vez de a liberdade de mercado ser definida pelo Estado e se manter sob sua estreita vigilância (fórmula inicial do liberalismo) é preciso, segundo os ordoliberais da Alemanha do pós-guerra, inverter a fórmula e “adotar a liberdade de mercado como princípio organizador e regulador do Estado, desde o início de sua existência até a última forma das suas intervenções. Em outras palavras, um Estado sob a vigilância do mercado em vez de um mercado sob a vigilância do Estado.” E este é o cerne do neoliberalismo atual.³¹⁶

O neoliberalismo é uma governamentalidade porque, já em meados dos anos 1970 o capital, diz Antonio Negri, passou a aumentar sua capacidade de valorização (atingindo sua plenitude entre os anos 1980 e 1990) e começou a regulamentar não apenas a relação entre a

³¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica...**, p. 151. O diagnóstico de Michel Foucault é mesmo preciso, pois de Ludwig von Mises (2017, p. 203) se extrai que “[o] *slogan* no qual os nazistas condensaram sua filosofia econômica, a saber, *Gemeinnutz geht Eigennutz* (ou seja, as alas do bem-estar social acima do lucro privado), é semelhante à ideia subjacente ao *New Deal* norte-americano e à gestão soviética de assuntos econômicos.”

³¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica...**, ps. 157-159. Ainda conforme o autor (2008, p. 181), o problema do neoliberalismo é “saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado.”

fábrica e a sociedade, mas diretamente o tecido social, intervindo “na relação entre a organização social do desenvolvimento, da economia, das formas de exploração do trabalho em geral e da vida, a vida dos cidadãos, a vida da população.”³¹⁷ Com efeito, uma vez que “o mercado é um regulador econômico e social geral” a intervenção governamental deve recair sobre suas próprias condições de existência (sobre a chamada “moldura”, ou seja, sobre tudo aquilo que não surge de forma espontânea do mercado, mas que determina ou é determinado pela vida econômica), isto é, sobre a população.³¹⁸

Mas não só. Se para os ordoliberais e para os neoliberais contemporâneos os processos econômicos propriamente ditos não devem sofrer intervenção (ou sofrê-la de modo muito marginal e discreto), as técnicas de produção, a aprendizagem e educação nessas técnicas, a demografia, ou seja, as bases materiais e culturais – sociais, grosso modo – passam a ser objeto de cada vez mais ferrenha ingerência governamental. O regime jurídico, naturalmente, tampouco lhe escapa.³¹⁹ A massificação do *plea bargain* nos Estados Unidos da América e, muito mais recentemente, a delação premiada no Brasil são produtos dessa política de moldura. São dispositivos neoliberais. Dispositivos no sentido foucaultiano, muito bem captado por Edgardo Castro, ou seja, de redes de relações estabelecíveis entre elementos heterogêneos, como discursos, instituições, regramentos, proposições filosóficas e a natureza de seus fios de continuidade; de sua função de resposta a uma urgência, de sua funcionalidade estratégica.³²⁰

Com efeito, Mary Vogel expõe que muitos dos autores que estudam o fenômeno do *plea bargain* na tradição jurídica americana deixam de atentar para o fato de que suas raízes deitam nas práticas do *common law* inglês do perdão e das testemunhas de caráter (o que na prática judicial brasileira se convencionou denominar “testemunhas de antecedentes”) em prol de uma elite que, no final do século XVII, era muito minoritária e precisava manter o controle sobre uma vasta população por meio de leis penais extremamente duras. Essas leniências episódicas – em razão das quais se escapava a condenações ou mesmo a processos penais – combinada com a severidade das leis tinha um efeito social muito poderoso em fortalecer nós informais das classes inferiores para com a elite e as classes médias, conservando sua lealdade, subserviência e senso de reciprocidade como forma de proteção do sistema de justiça. Com isso

³¹⁷ NEGRI, Antonio. **Biocapitalismo**: entre Spinoza e a constituição política do presente. Tradução de Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: Iluminuras, 2015, p. 59.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**..., ps. 192-193.

³¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**..., ps. 193-194.

³²⁰ CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2ª ed., 2016, p. 124.

não apenas se legitimava o sistema de justiça, que passava a mensagem de universalidade e igualdade formal perante a lei, mas também a estrutura social de ordem e controle, mediante o servilismo dos estratos inferiores, era mantida e perpetuada.³²¹

Ainda segundo a autora, o *plea bargain* emergiu nos Estados Unidos da América quando os juízes adaptaram a leniência da estrutura do *common law* inglês para o contexto norte-americano de política de massa. E o objetivo era exatamente o mesmo: “cultivar ordem e estabilidade, fomentando não apenas nós sociais hierárquicos mas também processos de classificação social em uma ‘nação de estranhos’ em urbanização e novos relacionamentos entre os cidadãos e o Estado.”³²² Realmente, a história do *plea bargain* demonstra que a construção de autoridade política como base do suporte popular não está estruturada apenas nos códigos legais, mas também em arranjos sociais para interpretá-los capazes de formatarem a população para a aceitação da governança e de suas regras como vinculativas.³²³

O surgimento do *plea bargain* se deu nos anos 1830 e 1840, um período de crise e instabilidade política nos Estados Unidos da América que convergiu com a extensão do sufrágio universal e com a necessidade de uma resposta estatal efetiva à conseqüente turbulência provocada pela popularização da política. Essa resposta foi a reestruturação das práticas legais e o *plea bargain* uma de suas inovações, que só poderia mesmo ter surgido naquele momento de plasticidade das formas legais, quando juízes estavam criando e moldando institutos que mais tarde assumiriam sua feição moderna.³²⁴

³²¹ VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise: plea bargain**, the courts, and the making of political authority. New York: Oxford University Press, 2017, ps. 13-14.

³²² Tradução minha do original em língua inglesa: “to cultivate order and stability by fostering not only hierarchical social ties but also processes of social classification in an urbanizing ‘nation of strangers’ and new relationships between citizens and the state.”

³²³ VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise...**, p. 14.

³²⁴ VOGEL, Mary E. The social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. **Law & Society Review**, vol. 33, n. 1, p. 161-246, 1999, p. 196. O privilégio do voto nos Estados Unidos da América era reservado aos homens brancos adultos com significativos títulos de propriedade, em uma lógica derivada daquela da Inglaterra medieval, segundo a qual os proprietários de terra teriam um interesse maior e de longo prazo para com o bem estar da comunidade do que simplesmente os homens livres. Todas as treze colônias mantiveram esse sistema até as vésperas da Revolução Americana (1776) – Georgia, Carolina do Norte, Virginia, Nova Jersey, Nova Hampshire, Nova Iorque e Ilha de Rodes (Rhode Island) requeriam um mínimo de propriedade, em área cultivada ou valor, ao passo que as outras seis colônias eram um pouco mais flexíveis, permitindo a comprovação de mera posse de terra ou propriedade acima de determinado valor e até, no caso da Carolina do Sul, o pagamento de uma quantidade em impostos. A reforma do sufrágio era, portanto, um debate central após a Revolução Americana e o movimento para a eliminação de qualquer critério econômico para o voto – permitindo, pois, que todo homem branco pudesse votar – começou no início dos anos 1790, quando Vermont (em 1791) e Kentucky (1792) integraram os Estados Unidos da América. Indiana, Illinois e Missouri foram anexados aos Estados Unidos da América entre 1815 e 1820 e nenhum deles possuía qualquer tipo de restrição econômica para o exercício do voto. Tais restrições estavam mais fortemente enraizadas nos treze estados originais e batalhas políticas dramáticas foram travadas em torno

O *plea bargain* triunfou nos Estados Unidos da América de forma clandestina e sem resistência,³²⁵ varrendo o sistema penal norte-americano e relegando o julgamento por júri como um mero e pequeno bolsão de resistência, diz George Fischer. E a razão, na apertada síntese do autor, não poderia ser mais simples e objetiva: “o *plea bargain* venceu em grande parte porque servia aos interesses dos poderosos.”³²⁶ A delação premiada, no Brasil, seguiu o mesmo influxo, assim como o seguirá, naturalmente, a proposta de “acordo penal” contida no malfadado Projeto de Lei Anticrime,³²⁷ apresentado ao Congresso Nacional pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública,³²⁸ ou quaisquer de suas variantes, como o abertamente inconstitucional “acordo de não persecução penal” (ANP), previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que criou no sistema jurídico brasileiro, sem o amparo de qualquer lei federal, “uma nova oportunidade para interromper as investigações”³²⁹ de crime cuja pena mínima for inferior a quatro anos e não praticado com violência ou grave ameaça a pessoa, desde que o investigado confesse “formal e circunstancialmente a sua prática”, mediante condições.³³⁰

da questão no final da década de 1810 e 1820. Até 1820 mais da metade dos homens brancos adultos podiam votar, exceto nos estados que ainda mantinham requisitos de propriedade – Virginia e Ilha de Rodes (Rhode Island), que os mantiveram até 1840, e Carolina de Norte, que os manteve até 1856 em alguns escritórios estaduais) ou fiscais significativos para tanto, como Louisiana e Nova Iorque. Qualificações fiscais mínimas para o voto sobreviveram na Pensilvânia e na Ilha de Rodes (Rhode Island) até o século XX (ENGERMAN; SOKOLOFF, 2005, ps. 5-7; 11; 13-16).

³²⁵ Ana Lara Camargo de Castro (2019, ps. 49-50) afirma que, “historicamente, muito embora os acordos tenham sempre existido, as tratativas eram negadas perante o juízo, verdadeiramente repudiadas.”

³²⁶ FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph**: a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003, ps. 1-2. Tradução minha do original em língua inglesa: “*plea bargain won in great part because it served the interests of the powerful.*”

³²⁷ PL nº 882/2019, apresentado ao Congresso Nacional em 19.02.2019, e apensado ao PL nº 10372/2018. Em decorrência da apensação, a matéria passou (a partir de 13.03.2019) a tratar em regime de prioridade. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Último acesso em 15.07.2019.

³²⁸ Na segunda metade do século XVIII, nos Estados Unidos da América, o complexo de ideias do *common law* e as instituições associadas ao *rule of law* competiam com outros discursos políticos que buscavam hegemonia cultural em suas concepções e capacidades de moderação do comportamento humano, como os do *republicanismo clássico* (virtude cívica secular, sustentada pela independência decorrente da propriedade privada), do *cristianismo evangélico* (redenção individual a partir de uma moralidade cristã animada por novos códigos de conduta), da *política econômica* (busca de interesses individuais legitimada pelos efeitos equilibrantes de mercado em uma sociedade bem regulamentada) e da *polícia* (TOMLINS, 1993, n. p.). Nesse sentido, o contexto do período – imediatamente anterior ao surgimento do *plea bargain* – nos Estados Unidos da América chama a atenção pela semelhança com as pautas bolsionistas do Brasil de 2019.

³²⁹ SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 227.

³³⁰ BRASIL. CNMP. Resolução nº 181/2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Último acesso em 15.10.2019. Afirma Marllon Souza (2019, p. 228), com razão, que “o CNMP extrapolou seu papel constitucional como conselho administrativo, concedeu-se poder para promulgar editar (*sic*) norma de conteúdo penal e processual penal, e aprovou uma resolução que permite aplicação de penas diversas da prisão para delitos sem qualquer julgamento.”

O *plea bargain* e a delação premiada traduzem a mesma ideia – acordo mútuo com os órgãos de persecução penal em troca de algum benefício ao acusado –, embora mediante práticas diferentes. Enquanto o *plea bargain* é pré-processual, a delação premiada é parte do processo criminal ou meio de obtenção de provas³³¹ para que a ação penal se desenvolva. Seria ingênuo, entretanto, pensar que a delação premiada é meio de obtenção de provas contra os poderosos ou contra uma elite financeira envolta em criminalidades organizadas. Embora o senso comum assim o sugira, trata-se de uma visão míope e fabricada, que não guarda ressonância com uma série de externalidades determinantes.³³²

Como em qualquer mercado, a negociação entre o candidato a delator e o membro do Ministério Público (ou a autoridade policial)³³³ tende a ser tão mais frutífera quanto maior for o interesse pelo objeto negociado, ou seja, a informação. E tem tanto mais informação, quantitativa e qualitativamente considerada – e, portanto, capacidade de barganha –, o investigado quanto em mais condutas criminosas estiver envolvido e/ou quanto mais elevado for seu posto na organização criminosa (merecendo destaque que a Lei 12.850/13 não veda ao seu líder a possibilidade de delação premiada, apenas impede que o Ministério Público deixe

³³¹ SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil...*, p. 223. Ainda segundo o autor (2019, p. 225), “[a] noção de barganha processual baseia-se na autoincriminação, enquanto o testemunho recompensado está mais ligado à ‘traição’ cometida pelo acusado em relação aos outros membros de sua organização criminosa.” No mesmo sentido, mas enxergando que “o *plea bargaining*, se bem analisado juridicamente, mais difere do que se assemelha à colaboração premiada”, Pablo Giordano Bernardi Bombardelli (2019, p. 83 e 61) ressalva que aquele é mero instrumento de economia processual, ao passo que esta é meio de obtenção de provas. Com acerto, Marcelo Costenaro Cavali (2017, p. 257) afirma que, ao arpejo da legislação vigente e da forma como tem sido praticada na Operação Lava Jato, a delação premiada é “um autêntico *acordo de reconhecimento de responsabilidade penal e cumprimento de pena*, diretamente entre as partes, sob a supervisão judicial, nos moldes do *plea bargain* americano.”

³³² Essa equivocada visão do instituto no Brasil guarda estreita relação com a Operação Lava Jato – a maior do País – e com a forma como a mídia, especialmente a televisiva se comportou nos últimos cinco anos acerca de seus desdobramentos. Os pontos de contato são óbvios: sob o *nomen juris* de colaboração premiada, seu disciplinamento expresso e determinante no ordenamento jurídico brasileiro se deu em 16.09.2013 (exatos 45 dias corridos após a publicação da Lei 12.850/13) e o primeiro acordo com o Ministério Público Federal firmado no âmbito da Operação Lava Jato ocorreu menos de um ano depois, já em 27.08.2014, dando início a um verdadeiro efeito cascata que atingiu alguns dos principais nomes do cenário político e empresarial da República. Talvez ainda seja cedo – desde o ponto de vista do tempo histórico – para a devida análise dos efeitos e consequências da Operação Lava Jato para o sistema de justiça criminal brasileiro, apesar de os mais latentes já poderem ser sentidos (e com severa intensidade). Seus bastidores muito possivelmente jamais virão a ser conhecidos, embora a série de reportagens publicada inicialmente pelo *The Intercept Brasil* em 09.06.2019 esteja a demonstrar – acaso o conteúdo das mensagens divulgadas seja, de fato, verdadeiro (o que, em geral, não foi confirmado pelos envolvidos) – que para além da aplicação da lei penal ante fatos típicos cometidos, interesses políticos e pessoais teriam, em tese, direcionado a atuação persecutória de alguns agentes públicos.

³³³ O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, na ADI 5.508/DF, a constitucionalidade do artigo 4º, parágrafos 2º e 6º da Lei 12.850/13, e a consequente possibilidade de o delegado de polícia firmar acordo de delação premiada com o investigado (candidato a delator).

de oferecer denúncia em seu desfavor,³³⁴ mantidos todos e quaisquer outros benefícios negociados). “Não raro, quem conseguirá celebrar acordo é justamente quem sabe mais detalhes sobre os fatos havidos e, portanto, alguém que se situa no alto escalão de uma eventual agremiação delitiva. Dificilmente será o ‘mula’ do tráfico ou o *office-boy* do cartel criminoso”, resume Flavio Antônio da Cruz.³³⁵

Ao contrário do que pode parecer, destarte, a delação premiada no Brasil não está regulamentada de modo a fornecer aos estratos mais baixos, menos importantes e dotados de menor culpabilidade da organização criminosa um incentivo e um instrumento jurídico para implicar seus comparsas de mesma hierarquia e seus superiores imediatos, atingindo os postos médios que, por sua vez – e já com benefícios menores – poderiam vir a delatar o estrato superior e o seu líder. Não. A delação premiada no Brasil é uma pirâmide invertida, em que se premia o estrato superior (e quiçá até o líder) acaso delate seus subordinados na empreitada criminosa, o que produz notórias disparidades em termos de justiça material. Essa circunstância, ademais, mostra-se tão mais verdadeira quanto menos cruentos forem os ilícitos penais em questão. Não por acaso Alexandre Morais da Rosa afirma que “o processo penal virou ‘grande negócio’ para rico, porque sem pudores, brada-se que ‘delação não é para pobre’.”³³⁶

Mas mesmo entre empresários e diretores de grandes corporações se produz injustiças de toda ordem, como é intuitivo. A conjuntura que permeia o instituto premial estimula situações incontroláveis, possibilitando o uso da repressão estatal pelo delator com mera finalidade de abatimento de concorrentes (pessoas físicas ou jurídicas) nos negócios. Além disso, nada impede que empresas menos implicadas sejam “arrastadas ao processo por

³³⁴ Art. 4º, § 4º, Lei 12.850/13: “Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa;”. Vinícius Gomes de Vasconcellos (2017, ps. 212-213) destaca que, para a maior parte da doutrina, a aplicação do referido benefício depende de ambas os requisitos do art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13, a saber: *a*) não ser o delator o líder da organização criminosa (art. 4º, § 4º, I, Lei 12.850/13) e *b*) ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, § 4º, II, Lei 12.850/13). Discordo do referido posicionamento, pois a Lei 12.850/13 não especifica de forma expressa se tratarem de requisitos cumulativos, dispondo-os inclusive em incisos diversos, não sendo admissível a interpretação mais desfavorável ao imputado/delator.

³³⁵ CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ed. 2, dez. 2016, p. 11.

³³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos...**, p. 541. Andrey Borges de Mendonça (2017, p. 63, nota de rodapé) afirma que “[n]os crimes violentos a colaboração premiada é menos utilizada, pois há a percepção do maior risco de morte, o que acaba não incentivando a colaboração. A isso se soma o nosso sistema de proteção de testemunhas, que possui poucos recursos e é baseado em redes de proteção privadas.”

outras com maior envolvimento”, provocando desequilíbrios e efeitos desproporcionais, “em particular quando o mais forte pode ou determina a sorte do mais fraco.”³³⁷

Em crítica à justiça negocial *latu sensu*, Geraldo Prado afirma que a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, por meio da ação penal pública, no Estado de Bem-Estar Social está alicerçada na ideia de proteção das camadas desfavorecidas da população assim como as universalizações dos serviços de saúde e educação, no Estado intervencionista, tutela o interesse daqueles que dificilmente conseguiriam fruí-los sem acesso gratuito.³³⁸ Embora, via de regra, a ação penal pública continue a ser mantida mesmo nas hipóteses em que firmada a delação premiada, o sigilo inerente às negociações e os seus “modos ocultos de funcionamento”³³⁹ impedem que se conheça – e, portanto, que se controle – as razões pelas quais informações sobre ilícitos de terceiros foram ou não consideradas relevantes ou suficientes para a consecução do acordo, afastando o funcionamento do Ministério Público daquele ideário típico do Estado de Bem-Estar Social na proteção e garantia dos interesses dos mais pobres e desprovidos de toda ordem, tanto quando figurados como vítimas quanto quando apontados como autores de ilícitos penais. Ou, ainda – o que é mais grave desde o ponto de vista sistêmico –, quando esse afastamento se dá para impedir ou dificultar a participação de políticos que ao menos em tese representam os interesses dos estratos sociais menos favorecidos em eleições, minando ou enfraquecendo o adequado funcionamento da democracia.

2.2.1 O delator como empresário de si mesmo (e objeto do processo)

“Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”

(Henri Dominique Lacordaire – Conférences de Notre-Dame de Paris)

³³⁷ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Ed. IDP, 2015, p. 69. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1744/A_Dela%C3%A7%C3%A3o_ou_Colabora%C3%A7%C3%A3o_Premiada.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Último acesso em 18.09.2019.

³³⁸ PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 83.

³³⁹ A expressão é de Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 541).

A principal transformação que a delação premiada impõe ao processo penal diz com o imputado e com sua tradicional posição de resistência frente à investigação e à ação penal que lhe são dirigidas. A inatividade processual, nos termos descritos por Roberto Delmanto Junior, ou seja, a materialização no mundo exterior e sensível da conduta processual omissiva, “da vontade de quedar-se inativo”,³⁴⁰ é constantemente minada pelas ofertas delatórias propostas pelo Ministério Público, que se tornam tão mais irresistíveis quanto mais alongado for o tempo de prisão preventiva e mais degradante as condições a que se impõe ao imputado nesse período. Trata-se a inatividade (ou a posição de resistência, *latu sensu* considerada) de estratégia que, em termos pragmáticos, simplesmente deixa de fazer sentido – e os poucos que nela insistem acabam por se tornar exemplo de como não agir em termos processuais.³⁴¹

Tido como uma *ultima ratio probandi* de conjecturados delitos absconditos, cometidos sem testemunhas ou rastros documentais, apenas sob os olhares de cúmplices,³⁴² o imputado passa a ser, em potencial, uma poderosa ferramenta – é de instrumentalização que se trata – nas mãos do órgão acusatório e das versões que intenta construir. E para cooptá-la, tudo é admitido nas franjas do sistema punitivo: desde prisões preventivas sem requisitos de cautelaridade que se protraem indefinidamente até quaisquer outras técnicas de barganha próprias de qualquer mercado não regulado, como a omissão probatória em favor do imputado ou a sobrecarga penal (*overcharging*), com o acréscimo de imputações e qualificadoras para criar uma confortável margem de negociação em prol do Ministério Público ou da autoridade policial. Não sendo suficiente, nem mesmo os parentes do imputado escapam: se há suspeita de ganho ilícito – quando não há? –, qualquer abastecimento financeiro em prol do núcleo familiar passa a ser visto pelas lentes da lavagem de dinheiro, com implicações penais para seu cônjuge e seus filhos, acaso penalmente imputáveis.³⁴³ E se esse tipo de pressão não é reconhecido como

³⁴⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida – vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

³⁴¹ Situação emblemática foi a vivida por Marcos Valério Fernandes de Souza, condenado a 37 anos de prisão por corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas no caso popularmente conhecido como *Mensalão* (AP 470, STF). O Procurador da República Deltan Dallagnol afirma abertamente que um dos fatores que frutificou a Operação Lava Jato, “que fez com que os acordos de colaboração acontecessem, foi o efeito Marcos Valério. As pessoas viram que um caso de repercussão gerou punição severa ao Marcos Valério e nós obtemos o efeito Marcos Valério. Ninguém quer ser um segundo Marcos Valério” (GAZETA DO POVO, 2015). Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/ninguem-quer-ser-um-marcos-valerio-afirma-procurador-da-lava-jato-539mxdxd5px6pqsqeeyjors9g/>. Último acesso em 11.10.2019.

³⁴² CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades..., p. 12.

³⁴³ Fabio Roberto D’Avila (s.a., no prelo) alerta para o crescente *fenômeno da dispersão* em direito penal, decorrentes de tipos penais anteriores (*organização criminosa*) à conduta principal – que se pretende punir e evitar – ou a ela posteriores (*lavagem de dinheiro*). Nas palavras do autor: “[o] *fenômeno da dispersão*, uma peculiar forma de subversão da lógica de desvalor que deve reger a relação entre os ilícitos que, eventualmente, se sucedem em dado substrato fático. Consiste em um fenômeno de hiperestesia do interesse penal nos momentos que *antecedem* e *sucedem* (a) o crime, enquanto núcleo de referência e desvalor. Esse, enquanto

ilegal – até porque a negociação não é submetida a qualquer controle jurisdicional –, já não há diferença entre a execução e a transgressão da lei, o que configura, segundo Ricardo Gloeckner, o estado de exceção descrito por Giorgio Agamben, ou seja a “incapacidade distintiva entre cumprimento e violação da norma.”³⁴⁴

Premido pelo cárcere, pelas ameaças penais aos familiares, pelas súplicas ou acusações destes, em algum momento, mais cedo ou mais tarde (o sistema de justiça criminal sabe esperar), o imputado cede. E aí passa a ser um corpo que fala, um objeto a serviço das teses acusatórias, um preenchedor de suas lacunas e saneador de suas contradições. Torna-se um confitente qualificado, que confessa por si e pelos outros; um ventríloquo que se presta não apenas à legitimação da própria punição e do sistema de justiça criminal como um todo, mas que garante condenações de terceiros e sustenta qualquer hipótese mental acusatória, independentemente de seus elementos probatórios.

Não é preciso esgotamento mental para perceber, nesse contexto, que não há voluntariedade nenhuma do imputado para com o acordo de delação premiada. Não há liberdade de vontade porque não há alternativa de ação. A possibilidade de agir de forma diversa (o que distingue uma ação livre de uma ação determinada), naturalmente, não decorre de uma pressuposição metafísica, mas do “contexto no qual se desenvolveu a atividade.”³⁴⁵ A própria acepção da palavra *acordo* é eufêmica, já que a convergência de vontades entre os celebrantes é fabricada, produto de excessos legitimados pelo Poder Judiciário para premir o imputado para o pacto delatatório. Literalmente, cerram-se lhe todas as portas e lhe abrem uma pequena janela de oportunidade, sempre prestes a se fechar, como único horizonte de escape. É pegar ou largar. Como assinala Augusto Jobim do Amaral acerca da delação premiada, portanto, “já pouco se consegue esconder seu parentesco com a chantagem institucionalizada.”³⁴⁶

Ademais, não há qualquer dúvida que, para se ver livre do cárcere (ou pela perspectiva de abreviá-lo ou mesmo evitá-lo para si ou para os familiares) o imputado afirma

locus próprio de convergência e articulação do eixo desvalor de ação/desvalor de resultado – e, por isso, também desencadeador de centros de valoração secundários que irão lhe anteceder e preceder –, acaba, nessa torta expressão, por ceder tamanho espaço ao seu entorno, à *periferia*, ao ponto de ver-se eclipsado por ela, em uma curiosa inversão de papéis. O que era *principal* torna-se *secundário*; o que era *periferia* ganha foros de *centro*.” (D’AVILA, s. a., no prelo).

³⁴⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Transpolíticas do imaginário (punitivo) ou a codificação da sedução. **Sistema penal & violência**. Dossiê pensamento político e criminológico. Porto Alegre, vol. 5, nº 2., p. 252-264, jul-dez 2013, p. 259.

³⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 425.

³⁴⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. Um ensaio sobre a dramaturgia da delação nos sistemas punitivos contemporâneos..., p. 54.

que a celebração do acordo se deu por sua própria vontade. É de seu interesse que assim seja, naturalmente. A celebração do pacto premial presume também a falsa confissão da vontade de delatar e, mais do que isso, a abonação dos meios coercitivos que o levaram a tanto. Delatar significa *lembrar e acusar*, mas antes de mais nada *absolver e esquecer*. Não é à toa que não se ouve, por parte de qualquer delator, o relato de abusos de autoridade ou excessos cometidos por agentes estatais durante as negociações. Fazê-lo seria anular os próprios benefícios adquiridos. Nada além disso.

John Langbein destaca que os advogados medievais tratavam a confissão obtida sob tortura como involuntária e, portanto, inefetiva – a não ser que o imputado a repetisse no dia seguinte ou um pouco depois, em audiência própria para tanto, e sem qualquer coerção física. Mas se houvesse retratação naquele momento a sessão de tortura podia ser repetida, o que rapidamente ensinava aos imputados que apenas a ratificação da voluntariedade da confissão perante os juízes os salvariam da agonia do retorno ao suplício.³⁴⁷ O requisito de voluntarismo para delatar, previsto no *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/13,³⁴⁸ é tão hipócrita – ou tão efetivo para resguardá-lo – quanto a postura dos advogados na Idade Média para com a confissão.³⁴⁹

O delator é, portanto, empresário de si mesmo exatamente no contexto do neoliberalismo. É empresário de si mesmo porque outra opção não lhe socorre. A conjuntura o empurra ao mercado concorrencial, sujeitando-se à negociata de suas garantias processuais como qualquer trabalhador que abdica da relação empregatícia para ser prestador de serviços em regime de disponibilidade e sujeição total ao seu único cliente. Firmado o acordo, o delator passa a trabalhar para o aparato investigador, passa a empregar sua energia, sua liberdade, para alimentar a maquinaria de controle do Estado, com informações verdadeiras ou não e com elementos de corroboração muitas vezes insuficientes ou inexatos. Torna-se, assim, escravo de

³⁴⁷ LANGBEIN, John H.. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n° 1, p. 3-22, 1978, p. 7.

³⁴⁸ BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal...** Diário Oficial da União, de 05.08.2013 (edição extra), art. 4º, *caput*: “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:”

³⁴⁹ John Langbein tem o mesmo diagnóstico em relação ao *plea bargain* norte-americano. Para o autor (1978, ps. 12-13), assim como a tortura o *plea bargain* é coercitivo – e a diferença entre ter os membros quebrados em consequência de uma resistência à confissão e alguns anos a mais de prisão é de intensidade, não de gênero. Ainda de acordo com John Langbein (1978, p. 14), se a Europa medieval obrigava o confitente torturado a repetir a confissão livre de coerções diretas, mas sob a ameaça de novas torturas, o ordenamento jurídico norte-americano proíbe a Corte de aceitar um *guilty plea* sem antes encaminhar o imputado a uma audiência para referendar seu voluntarismo. Mas, “[o]bviamente, o acordo é a *fonte* da coerção e já incorpora a ausência de voluntariedade.” (Tradução minha do original em língua inglesa).

suas próprias palavras, eternamente vinculado às versões apresentadas, eternamente instrumento de legitimação do sistema punitivo.

2.2.2 A disfuncionalidade dos atores judiciais na negociação da delação premiada e o reforço do inquisitorialismo processual penal brasileiro

“e se nada me contas mais te invento teres feito e mais o imagino e fico louco de to atribuir”

(Valter Hugo Mãe – O remorso de Baltazar Serapião)

As transformações mais graves operadas pelo dispositivo da delação premiada talvez sejam aquelas atinentes aos demais atores processuais. Existem razões para que todos tenham interesse pessoal no acordo de delação premiada: desde o órgão investigador (Ministério Público ou Polícia Judiciária) até o juiz de direito, passando pelo imputado e, inclusive, seu defensor. Todos esses atores têm razões próprias para a proposição (órgãos responsáveis pela investigação), para a homologação (juiz de direito), para o aceite (imputado) e para a indução ao acordo de delação premiada (advogado criminalista). Como sintetiza Malcolm Feeley acerca da realidade norte-americana, cortes criminais de primeira instância são como mercados, nos quais impera um complexo sistema de barganhas e trocas em que diferentes valores, metas e interesses competem entre si.³⁵⁰ Nada muito diferente do que ocorre nas varas criminais brasileiras (ou em outras jurisdições), pois, tal qual assinala Alexandre Morais da Rosa, o protagonismo do individualismo e da pragmática do ambiente contemporâneo invade todos os campos do conhecimento humano, inclusive o processo penal.³⁵¹

Cortes criminais não são burocracias no sentido weberiano do termo, cuja essência depende de que as tomadas de decisão sejam previsíveis e derivadas da rotineira aplicação de um conjunto de regras. A aplicação da discricionariedade por parte de juízes e membros do Ministério Público, a tomada de decisão a partir de julgamentos individuais (e não de regras previamente estabelecidas) é a antítese do conceito de burocracia. Não há nas salas de audiência uma autoridade central supervisionando ou coordenando os trabalhos de juízes, promotores ou

³⁵⁰ FEELEY, Malcolm M. **The process is the punishment**: handling cases in a lower criminal court. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 12.

³⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos...**, p. 35.

advogados. O funcionamento do sistema de justiça criminal tem muito mais em comum com o mercado do que com a operacionalidade da burocracia e, conseqüentemente, as soluções de eficiência que produz derivam muito mais dos conflitos dos interesses de seus operadores do que de metas comuns. É dizer: uma racionalidade muito mais próxima daquela descrita pela teoria do mercado de Adam Smith do que pela teoria da burocracia de Max Weber.³⁵²

Ainda que eventualmente associados a outras circunstâncias, muitos autores apontam que a crescente quantidade e complexidade de casos criminais foram determinantes para o surgimento do *plea bargain* nos Estados Unidos da América. Essa é a percepção de Albert Alschuler, por exemplo, para quem apenas o sistema de *guilty plea* poderia operacionalizar o funcionamento das cortes com seus recursos escassos.³⁵³ Mary Vogel afirma que a carga de trabalho é descrita nas cortes norte-americanas como problemática e excessiva desde os tempos coloniais e que esse fator não levou nem leva, automaticamente, promotores de justiça à barganha.³⁵⁴ George Fischer, por sua vez, reconhece que a facilidade na gestão da grande massa dos casos é um dos motivos pelos quais promotores de justiça optam pelo *plea bargain*, mas ressalta que mesmo antes do exponencial aumento do número de casos criminais já existiam fortes motivos para que aderissem à eficácia do instituto: no século XIX muitos desempenhavam suas funções públicas apenas meio-período, de modo que, independentemente de quantos casos tivessem em mãos, reduzi-los o mais rapidamente possível ensejava a possibilidade de dedicação a segundos empregos ou outros afazeres que lhes rendessem alguma resposta financeira, como prolação de aulas ou palestras. A despeito da quantidade de casos criminais sob responsabilidade de cada qual, portanto, diz o autor, a redução da carga de trabalho sempre foi buscada em prol de ganho pecuniário decorrente de uma qualquer outra atividade.³⁵⁵ Tomado por base o cálculo econômico primário que incentiva a busca de um ponto ótimo entre mais ganho e menos esforço, é fácil perceber a razão pela qual membros do Ministério Público optam pelo *plea bargain*. Basicamente, eles o fazem porque podem fazê-lo.³⁵⁶

³⁵² FEELEY, Malcolm M. **The process is the punishment...**, ps. 16-18.

³⁵³ ALSCHULER, Albert. W. The prosecutor's role in plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 36, nº 50, 1968, p. 51.

³⁵⁴ VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise...**, p. 11.

³⁵⁵ FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph...**, ps. 40-44.

³⁵⁶ Para George Fischer (2003, p. 49), promotores de justiça começaram a utilizar o *plea bargain* em casos de contrabando de bebida alcoólica nos Estados Unidos da América porque era o único tipo de crime em que podiam fazê-lo, já que as penalidades previstas amarravam as mãos dos juízes na sentença, permitindo aos acusadores determiná-las pela manipulação de imputações.

As vantagens para o Estado são muitas, evidentemente – e não apenas porque a condenação do imputado é garantida. Dinheiro e outros recursos são economizados tanto nas cortes quanto no Ministério Público e na polícia ostensiva, que já não precisa tirar seus membros das ruas para testemunharem em processos judiciais.³⁵⁷ Com a delação premiada a lógica é a mesma, embora o que se retraia seja a atividade investigativa *per se*, com a consequente diminuição da carga de trabalho daqueles que a presidem.

A primeira disfuncionalidade da delação premiada, destarte, diz exatamente com esse desvio ou encurtamento da atividade investigativa, que passa a ser não apenas direcionada – como se poderia supor legítimo, ao menos em um primeiro momento, já que a natureza jurídica do instituto é de *meio de obtenção de prova* –, mas parcial ou totalmente calcada nas palavras do delator, que não raras vezes (e muito menos por acaso) vão exatamente ao encontro das hipóteses formuladas, desde o início, pelos próprios investigadores (Ministério Público e/ou Polícia Judiciária).³⁵⁸ “É o Ministério Público que irá escolher com quem celebrará a colaboração e, o que é mais relevante, que versão dos fatos será aceita”,³⁵⁹ afinal.

Tendo celebrado o acordo de delação premiada com o imputado, destarte, o Ministério Público deixa de ser instituição comprometida com a ordem jurídica e com os interesses individuais indisponíveis, perdendo as condições materiais necessárias para o exercício de sua função de *custus legis*, constitucionalmente prevista.³⁶⁰ Ora, é evidente que ao firmar o acordo de colaboração premiada o Ministério Público manifesta e se compromete,

³⁵⁷ BOLL, Matthias. **Plea bargaining and agreement in the criminal process: a comparison between Australia, England and Germany.** Hamburg: Diplomatica Verlag, 2009, p. 10.

³⁵⁸ “Quando surge a primeira colaboração, normalmente na fase inicial da persecução penal, já há uma hipótese fática previamente escolhida pelo investigador e pelo Ministério Público. A atividade de investigação, consistente na busca e obtenção de fontes de prova, pressupõe que o investigador tenha formulado mentalmente a hipótese fática a ser investigada. Investiga-se, inicialmente, elementos que confirmem tal imagem de como os fatos teriam se passado. Inegável que, em tal contexto, há uma preliminar disposição mental, a favor de que os fatos tenham se passado tal qual imaginado pelo investigador e, o que é mais grave e inevitável, facilmente essa concepção prévia poderá se converter na decisão final.” (BADARÓ, 2017, ps. 142-143).

³⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?, ps. 127-149. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords). **Colaboração premiada.** São Paulo: Ed. Revista ds Tribunais, 2017, 2ª tiragem, p. 143. Ainda segundo o autor (2017, p. 143), “[h]á colaboradores que recebem imunidade e sequer serão processados; outros, mesmo sem terem sido investigados ou denunciados, já aceitam voluntariamente uma pena específica a ser cumprida, com simples homologação do acordo. Não haverá instrução nem julgamento! É inegável que vivemos um retorno a um modelo de concentração de funções: o Ministério Público investigou, estabeleceu a verdade dos fatos, decidiu, estabelecendo a pena que foi aceita pelo colaborador resignado, e puniu. Como ocorria séculos atrás, a fogueira ad inquisição continua acesa, só tendo sido trocado quem exerce o papel de inquisidor!”

³⁶⁰ Art. 127, CF: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

contratualmente, com a versão do imputado acerca do envolvimento de terceiros delatados. Passa o órgão acusatório a ter manifesto interesse, portanto, na condenação dos demais, defendendo o próprio acordo do qual é parte e inclusive aquele com o qual pactuou concessões recíprocas. Se é certo que sua posição de fiscal lei – com todas as prerrogativas que lhe são inerentes – desde sempre foi incompatível com um processo penal acusatório, em razão da disparidade para com a defesa, ao firmar o acordo de delação premiada essa incompatibilidade passa a ser qualificada, manifesta, grosseira até. Ao fazê-lo, vale vincar, o Ministério Público é *parte*; parte do acordo de delação premiada, parte de seu contrato de verdade, parte do processo penal no qual busca executá-lo. E, como parte interessada, pretende naturalmente ver o acordo de delação premiada cumprido e com efeitos surtidos.

O fato de o Ministério Público não reunir as condições para manter sua condição de *custus legis* e, mesmo assim, continuar a exercê-la sem constrangimentos demonstra como a adoção da delação premiada no Brasil não é, como poderia supor algum desavisado, o avanço para um sistema acusatório ou adversarial, como em tese se tem nos Estados Unidos da América, mas uma abrupta e vertiginosa derivação inquisitória de um processo penal que é e sempre foi inquisitório por excelência.

Na realidade, segundo Ricardo Bascuas, a *Sentencing Reform Act* de 1984 e a consequente *Federal Sentencing Guidelines*, dela derivada, com suas sentenças extremamente duras e, principalmente, as limitações impostas aos juízes e o poder conferido aos promotores de justiça introduziram, na esfera federal, um processo inquisitorial nos Estados Unidos da América, exatamente porque trazem tremenda pressão aos imputados para abdicar de seus direitos ao processo e porque a única maneira confiável de reduzir a severidade das condenações é por meio do denunciamento de outros indivíduos (delação). Além disso, são os oficiais de condicional (*probation officers*) que investigam crimes e imputados, que apresentam os fatos supostamente corretos de cada situação e que recomendam a sentença para cada caso concreto. Na esfera federal o sistema é inquisitorial, portanto, não apenas porque muitos casos são resolvidos via *plea bargain*,³⁶¹ mas porque a *Federal Sentence Guidelines a)* trata a opção pelo julgamento adversarial como um ato reprovável e merecedor de repreensão, de modo que as sentenças condenatórias daí resultantes são extremamente duras e sem sentido, *b)* premia a autoincriminação e a incriminação de terceiros por meio de substanciais reduções na pena e *c)* encarrega um burocrata do governo para determinar tanto os fatos como a punição aplicável

³⁶¹ Para Ricardo Bascuas (2010, p. 4), o *plea bargain* “é, em algum sentido, inerentemente inquisitorial” (tradução minha do original em língua inglesa).

exatamente para desencorajar as partes de barganharem em torno das severas punições de tamanho único. Essas três diretrizes da *Federal Sentence Guidelines* visam a desencorajar a opção por um embate adversarial com as alegações do Estado, com o intuito de se manter a ordem e a eficiência do sistema de justiça criminal.³⁶²

Parece claro, portanto, que se a delação premiada e as pressões para que o imputado abdique do processo levaram, na esfera federal, o adversarial sistema norte-americano a uma virada inquisitória, no Brasil esse instituto qualifica e recrudescer as características inquisitórias de um processo penal que sempre foi autoritário – e em torno do qual, conforme identifica Ricardo Gloeckner, “a doutrina foi omissa na detecção de tais bases discursivas, permitindo não apenas a transmissão geracional acrítica destes conceitos” mas também a conexão dos novos institutos processuais a esse legado.³⁶³

“Os juízes”, por sua vez, “têm um forte incentivo para não rejeitar o acordo das partes, pois se o fizer os devolverá à mesa de negociação, prolongando o caso e arriscando um julgamento pelo júri”, explica Daniel McConkie sobre o sistema judicial estadunidense.³⁶⁴ No Brasil a delação premiada também engessa e empareda a magistratura, mas de forma muito mais perversa. Embora a Lei nº 12.850/13 traga alguns limites – de todo insuficientes – às negociações entre o Ministério Público e, por meio de seus advogados, o imputado, nenhum deles têm sido cumpridos nos grandes casos (que por sua vez acabam criando parâmetros para os demais) porque as informações prestadas pelo delator, embora sigilosas, não raro chegam às mãos da imprensa, que naturalmente as divulgam, criando uma forte pressão no Poder Judiciário para a homologação do acordo, ainda que suas cláusulas sejam manifestamente ilegais. As balizas legais, diz Alexandre Morais da Rosa, são rompíveis – e efetivamente rompidas – porque também o Poder Judiciário fica refém da informação prestada pelo delator.³⁶⁵ E, se assim é, já não ostenta a independência necessária em relação às partes envolvidas (Ministério Público, delator e delatado) para o julgamento e para a própria presidência do processo penal.

³⁶² BASCUAS, Ricardo J. The American Inquisition: sentencing after the Federal Guidelines. **Wake Forest Law Review**, vol. 45, 2010, ps. 2-5.

³⁶³ GLOECKNER, Ricardo J. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 46.

³⁶⁴ MCCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. **Stanford Law & Policy Review**, vol. 26, nº 61, p. 61-118, 2015, p. 64 (tradução minha do original em língua inglesa).

³⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Como advogar depois da Operação Lava Jato**. Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina (OAB-SC). XVIII Conferência Estadual da Advocacia, 2017. Palestra realizada em Criciúma/SC. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=45L_EztG54k. Último acesso em 28.07.2019.

A delação premiada, por derradeiro, desnatura a função do defensor. Stephanos Bibas aponta que o sistema de justiça criminal é composto por pessoas que estão nele inseridos (*insiders* – promotores de justiça, juízes, advogados e outros profissionais) e por aqueles que lhe são marginais (*outsiders* – vítimas, réus e público em geral). Os *insiders* deveriam representar os melhores interesses dos *outsiders*, mas não raro existe um espaço, uma distorção, entre o que é conveniente um grupo e o que é para o outro. Na maquinaria do *plea bargain*, diz o autor, promotores e advogados de defesa não se opõem como adversários zelosos, contrachecando e contrabalanceando suas atividades, mas trabalham em conjunto em prol de seus próprios interesses. Interesses de *insiders*, não necessariamente representativos dos de *outsiders*. “Em algum sentido”, diz o autor, “o jogo realmente competitivo se dá entre *insiders* e *outsiders*.”³⁶⁶ Como sintetiza Alexandre Morais da Rosa, tratam-se “de sujeitos humanos, complexos, maximizadores de seu bem-estar e não de sujeitos imaginários sempre munidos de boa-fé.”³⁶⁷

O *plea bargain* garante a punição, evitando que os promotores submetam o caso ao risco de um julgamento em troca de uma reprimenda menos dura, ao passo que muitos advogados têm pouco ou nenhum interesse financeiro em se dedicar a determinados clientes em vez de deles se livrarem rapidamente. Por serem jogadores regulares, que vão necessariamente se encontrar tantas e quantas outras vezes, os *insiders* têm fortes incentivos para trabalharem conjuntamente, formando grupos de trabalho enquanto barganham interesses alheios.³⁶⁸ A funcionalidade é integralmente aplicada à delação premiada. Os advogados que não se sujeitam a essa lógica de facilidades recíprocas tendem a ter sua participação minada por aqueles que detêm a titularidade da ação penal – afinal, “os promotores são a estrela do *show*”³⁶⁹ e a eles vão se curvando em uma depressiva subserviência. Isso porque, uma das táticas que podem ser manejadas pelo Ministério Público ou mesmo pela Polícia Judiciária durante a negociação do acordo de delação premiada é a do controle da troca de oponentes, “com a indicação”, diz Alexandre Morais da Rosa, “de que com certos defensores não se negocia ou,

³⁶⁶ BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice**. New York: Oxford University Press, 2012, ps. 29-31. Arquivo eletrônico (Kindle). (Tradução minha do original em língua inglesa.)

³⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos...**, p. 369.

³⁶⁸ BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice...**, ps. 31-32.

³⁶⁹ MCCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining..., p. 66 (tradução minha do original em língua inglesa).

indiretamente, sugerindo-se que se houver a troca de defensores, por outros já acostumados com as regras não ditas do jogo da colaboração, o resultado pode ser melhor.”³⁷⁰

Seria injusto dizer, inclusive, que nessa hipótese haveria um distanciamento entre os interesses do *insider* – advogado de defesa, de continuar no caso e perceber os honorários dele decorrentes – e os do *outsider* – imputado, candidato a delator em busca da menor punição possível –, porque não raro ceder à pressão delatária nos termos propostos pelo Ministério Público é a única opção defensiva. Não há dúvida, porém, que o fato de o jogo da barganha ser jogado não apenas com os recursos (informação e garantias individuais) do imputado mas também de seu advogado (interesse em continuar na representação de seu cliente e, o que é mais importante, de não cerrar a possibilidade de sentar à mesa de negociação em outras oportunidades vindouras) desestabiliza a necessária relação de confiança entre um e outro e enfraquece a posição da defesa frente ao Estado.

Uma grave deturpação do que se poderia entender como um republicano espírito colaborativo entre os atores processuais tem, aliás, espreado a tática de pressões institucionais em desfavor dos defensores para além dos corredores dos fóruns ou da clandestinidade da antessala de audiência, como se verifica de decisão judicial prolatada, em julho de 2019, pelo Juiz de Direito do Tribunal do Júri de Ponta Grossa/PR, na qual – após o requerimento do defensor dativo de que a sessão de julgamento fosse suspensa em razão da não presença do acusado preso por ausência de condições de a Polícia Militar em fazer a devida escolta – se ressaltou caber “ao defensor nomeado, caso pretenda continuar a ser contemplado com futuras nomeações, colaborar com o Juízo” e aceitar sua realização por videoconferência.³⁷¹

2.2.3 A depreciação das garantias fundamentais como consequência necessária da delação premiada

“Simplesmente, já não se absolve ninguém.”

(Albert Camus – A queda)

³⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos...**, p. 535. Segundo o autor (2017, p. 535), “pode acontecer no jogo da delação/colaboração, que a acusação possa ‘jogar mais duro’ se for o defensor X, justamente diante da memória e rivalidade dos jogadores.”

³⁷¹ CONJUR. **Juiz diz para advogado dativo colaborar se quiser ‘nomeações futuras’**. Por Tábata Viapina, 26.07.2019. Decisão judicial prolatada nos autos da ação penal nº 0012917-85.2014.8.16.0019, em 24.07.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/juiz-advogado-colaborar-quiser-contemplado>. Último acesso em 11.10.2019.

O medo da arbitrariedade e discriminação dominam a mente de muitos advogados acerca de suas avaliações sobre a justiça.³⁷² Não por acaso. É fácil perceber o quanto os limites à intervenção estatal, garantidos pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias, são ordinariamente vilipendiados e submetidos a influxos de ocasião. Nada de novo quanto a esse ponto específico. O que surge com ares de novidade é a motivação judicante por detrás da obsolescência do conceito de garantias individuais, que já não se limita aos posicionamentos ideológicos ou mesmo utilitários de cada juiz.

Apontam Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner que o conteúdo (objeto) do processo penal já tem seu lastro em uma espécie de “pretensão delatória”, de modo que, em vez de “representar uma pretensão deflagrada desde um movimento acusatório mínimo que precisará ser comprovado, o atual estado da arte processual penal no Brasil não dista de possuir como epicentro, ou como polo atrator, o próprio conteúdo das delações ou de seus desdobramentos”, girando os debates em torno do “curso delatório apresentado, sobretudo posto como existente até que se consagre o contrário.”³⁷³ É dizer, em vez de se pretender provar a acusação (pretensão acusatória), o que se busca é garantir que a instrução processual não invalide ou infirme a delação premiada (pretensão delatória), em uma redução brutal – para não dizer total – do *standard* probatório.

Mas não só. Essa pretensão delatória significa, também e de forma primeva, o exercício utilitário do *potestas puniendi* em busca de novas e consequentes delações premiadas, em uma produção de cínicas subjetividades jurídicas oportunisticamente forjadas e destilatórias do medo como estratégia.³⁷⁴ A partir do momento em que o ordenamento jurídico abre a possibilidade de uma justiça negociada e que o sistema criminal a enxerga, com ou sem razão, como *necessária* para sua própria perpetuidade, é evidente que ao imputado serão ofertados incentivos cada vez maiores para que opte pela não contenda processual. Tais incentivos podem ser classificados em positivos ou negativos. *Incentivos positivos* são aqueles declarados, previstos na legislação ou legitimados por meio de criações jurisprudenciais e que englobam desde a redução da pena e fixação de seu cumprimento em regime diferenciado (mais benéfico)

³⁷² BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice...**, p. 33.

³⁷³ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos...**, ps. 66-67.

³⁷⁴ AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos...**, p. 67.

até a possibilidade de fruição financeira de parte do proveito do ilícito. Naturalmente, os incentivos positivos, por maiores que sejam, são limitados por uma série de fatores, inclusive de política criminal. Quase concomitantemente à justiça negociada surgem, destarte, os *incentivos negativos*, muito mais fluidos e não declarados, intencionalmente mal camuflados nas entranhas do sistema de justiça criminal e que se fazem presentes em desfavor daqueles que ousam reivindicar seu direito ao devido processo penal. São as prisões preventivas sem fundamentos de cautelaridade, as cautelares reais desprovidas de qualquer proporcionalidade, a parcialidade judicial em favor do órgão acusatório, o desrespeito às formas processuais, o desprezo pelo contraditório pleno e efetivo, a negação à presunção de inocência, dentre inúmeros outros. Tratam-se da obsolescência, pura e simples, portanto, daquele conjunto mínimo de garantias que asseguram ao processo penal um procedimento digno desse nome.

Os incentivos negativos são inexoráveis à justiça negociada como um todo e à delação premiada em particular. Uma vez que as garantias individuais e a própria liberdade passam a ser objeto de negociação, comercializadas como meras *commodities*,³⁷⁵ é natural que o Estado busque depreciá-las tanto quanto possível para melhorar sua capacidade de barganha, maximizando seus resultados. *Ninguém* quer ser delator. E mesmo assim *todos* pretendem o acordo de delação premiada. A equação fecha alinhada aos interesses estatais porque o processo penal deixa de ser uma alternativa viável. E assim o é porque o próprio Estado o inviabiliza, por meio da negação da efetividade de qualquer proteção jurídico-constitucional. Nesse exato sentido, Marcelo Costenaro Cavali afirma que um dos fatores fundamentais para a eficácia da Operação Lava Jato foi, por exemplo, “a manutenção de prisões preventivas pelas instâncias judiciais superiores”.³⁷⁶ E o faz em tom de endosso, sem a menor preocupação – ao menos aparente – com a efetiva legalidade dessas restrições cautelares.

Estado-acusação, Estado-juiz e Estado-legislador trabalham juntos e bem azeitados nesse impulso de implosão do devido processo penal. O retrocesso jurisprudencial a que se prestou o Supremo Tribunal Federal ao viabilizar, contra o texto constitucional, a prisão-pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e as subseqüente iniciativas legislativas para as alterações da Constituição Federal e do Código de Processo Penal para ratificá-la talvez seja o exemplo mais óbvio dessa maquinaria. Com efeito, o contexto em que se deu a virada jurisprudencial, no âmbito da Operação Lava Jato, bem evidenciam o caráter

³⁷⁵ Como já referido, a expressão é de Albert Alschuler (1983, p. 932).

³⁷⁶ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada..., ps. 256-257.

instrumental da antecipação punitiva como meio de desincentivar a opção do imputado pelo devido processo penal, com todos os recursos que lhe são inerentes.³⁷⁷

2.3 O regime de verificação delatatório no processo penal brasileiro

“animais inteligentes inventaram o conhecimento”

(Friedrich Nietzsche – Verdade e mentira no sentido extramoral)

A partir de Friedrich Nietzsche, Michel Foucault afirma que o conhecimento foi inventado, que o conhecimento não tem origem e que o conhecimento não tem qualquer sintonia com o mundo a conhecer. O que se extrai do mundo a conhecer é produto de força, de dominação, de poder: “[o] conhecimento só pode ser uma violação das coisas a conhecer e não percepção, reconhecimento, identificação delas ou com elas.”³⁷⁸ Em outras palavras, o conhecer não é uma apreensão linear do objeto a ser conhecido, mas uma arbitrária deformação de seu conteúdo.

Para Friedrich Nietzsche o conhecimento é sempre uma perspectiva, ou seja, uma relação tática imposta por aquele que se presta a conhecer elementos que são diferentes e múltiplos entre si, o que significa obrigatoriamente parcialidade e obliquidade. O conhecimento

³⁷⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 320. Endossando a instrumentalidade da antecipação punitiva como incitamento à delação premiada, Marcelo Costenaro Cavali (2017, p. 257, nota de rodapé) ostensivamente afirma que se o Supremo Tribunal Federal “voltar atrás nesse entendimento, o instituto estará virtualmente extinto, já que a infinidade de recursos previstos no nosso sistema processual e a demora no trâmite das ações penais representam enormes desincentivos à colaboração: salvo num caso excepcional (quicá somente existente num imaginário mundo ideal), em que o réu efetivamente se arrependa dos delitos cometidos, a colaboração se realiza quase sempre pela razão utilitarista de recebimento de benefícios legais, de modo que um investigado/réu com boas chances de ver seu processo se arrastar até a prescrição dificilmente optará por contribuir com a persecução penal. Uma pá de cal no instituto, por sua vez, seria a proibição legal de que o réu preso preventivamente possa colaborar com a justiça.” Independentemente da percepção pessoal do autor quanto a uma suposta inefetividade do sistema de justiça criminal operante em conformidade com a Constituição Federal (presunção de inocência até trânsito o julgado) e seu efeito perante os acusados – que reputo absolutamente equivocadas –, o que se verifica é o aberto desprezo pelo texto constitucional em prol de um argumento puramente utilitário. Mostra-se pertinente, nesse sentido, a advertência de Tiago Bunning Mendes (2019, p. 5) em face das críticas sensacionalistas aos recursos penais: “esses pensamentos nefastos permitem que continue se propiciando a condenação de (muitos) inocentes para, em contrapartida, evitar a absolvição de (poucos) culpados.”

³⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 25-27.

é estratégico, portanto. E esquematiza, ignora diferenças, faz assimilações “sem nenhum fundamento em verdade”, de sorte tal que “o conhecimento é sempre um desconhecimento.”³⁷⁹

A reflexão crítica sobre os limites do conhecimento histórico convida à comparação entre os papéis do historiador e do juiz – um *locus classicus*, segundo Paul Ricœur –, exatamente porque ambos são designados a ocupar posição de terceiro em relação aos protagonistas da ação social em razão de sua intenção de verdade e de justiça. Diz o autor francês que a imparcialidade também está ligada a essa posição de terceiro, mas de forma “provavelmente mais modesta que as duas precedentes”. Isso porque o desejo de imparcialidade deve ser colado “sob o signo da impossibilidade de um terceiro absoluto”, na medida em que todo intérprete é parte de seu meio e por este contaminado. O que se poderia esperar de imparcialidade do historiador e do juiz nesse aspecto, já que ambos partilham a mesma deontologia profissional, é que repassem o passado sem favor nem cólera – ou seja, “[n]em complacência, nem espírito de vingança.”³⁸⁰

Analisada sob esses termos – e sob a premissa de que “[o] juiz não pode ser neutro e indiferente ao mundo dos valores”³⁸¹ –, a fórmula do famoso adágio *nec studio, nec ira*, lembrada por Paul Ricœur, representa, entretanto, já uma prévia tomada de posição contrária não apenas ao passado como àqueles apresentados como seus protagonistas. E a expectativa de que historiadores e juízes façam emergir uma *suposta* verdade (e a partir dela uma *pretensa* justiça), é um eloquente sintoma da pulsante metástase inquisitória do tecido social. Mas se os impulsos inquisitórios são aceitáveis e até desejáveis na abordagem historiográfica – em que a investigação e seu produto estão reunidos na mesma figura do historiador, afinal –, o mesmo não se poderia dizer da abordagem jurídica.

Ora, como identifica Paul Ricœur, ao contrário da leitura histórica, a jurídica é terminativa e definitiva. Enquanto esta faz sentença, aquela é um sempre inacabado julgamento, pendente de revisionismos:

“O juiz deve julgar – é sua função. Ele deve concluir. Ele deve decidir. Ele deve reinstaurar uma justa distância entre o culpado e a vítima, segundo uma topologia imperiosamente binária. Tudo isso o historiador não faz, não pode, não quer fazer; se tenta, com o risco de erigir-se sozinho em tribunal

³⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 32-33.

³⁸⁰ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et. al.]. Campinas: Unicamp, 2007, ps. 331-332.

³⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 6ª ed., 2018, p. 49.

da história, é ao preço da confissão da precariedade de um julgamento cuja parcialidade e até mesmo a militância ele reconhece. Mas então, seu julgamento audacioso é submetido à crítica da corporação historiadora e à do público esclarecido, sua obra oferecida a um processo ilimitado de revisões que faz da escrita da história uma perpétua reescrita. Essa abertura para a reescrita marca a diferença entre um julgamento histórico provisório e um julgamento judicial definitivo.”³⁸²

Com efeito, diz Antoine Garapon, “[o] caráter agonístico do processo obsta a que a procura da verdade judiciária se prossiga nas mesmas condições de serenidade e de rigor típicas da verdade científica ou histórica.”³⁸³ Daí que, na realidade, o juiz penal tem muito pouco em comum com o historiador.³⁸⁴ Não por outro motivo se reconhece a falibilidade do regime de veridicação judicial e se tem (ou se deveria ter) por consagrado o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência como critérios orientadores de quaisquer decisões privativas de liberdade ou restritivas de direitos. Um breve olhar para a cena judicial despe rapidamente tal ingenuidade, entretanto. As normas garantem as expectativas, diz Niklas Luhmann, mas não os comportamentos a elas correspondentes.³⁸⁵ Ora, o processo penal pregado à lógica dedutiva – amplamente palatável ao modo do pensamento ocidental – permite ao juiz que primeiro decida depois busque elementos a fundamentar a decisão, podendo elegê-la *livremente*³⁸⁶ em face da possibilidade de ir à cata da prova que a sustente, o que significa, por sua vez, aderência necessária à hipótese acusatória – pois, como se sabe, a absolvição independe de elementos probatórios.³⁸⁷

Em face dos *efeitos perseverança e aliança*, de que trata Bernd Schünemann, essa eleição talvez nem sequer se possa dizer livre. Segundo o autor alemão, o ser humano sempre busca manter um equilíbrio em seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões, de modo que, quando abalado, diante de uma dissonância cognitiva, inconscientemente buscará reduzi-la de sorte a restaurá-lo, com o consequente descarte das contradições (*efeito perseverança*). Daí decorre, de um lado, que “as informações

³⁸² RICEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento...**, p. 335.

³⁸³ GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 153.

³⁸⁴ HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la Constitución. Tradução de Tania Ixchel Atilano Camacho. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México: UBIJUS Editorial, 2009, p. 28.

³⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Revisão (e apresentação) de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 2 (apresentação).

³⁸⁶ “Ir à cata da prova é deixar a premissa maior à escolha do juiz, agora inquisidor, por mais belas intenções que possua” (AMARAL, 2014, p. 187).

³⁸⁷ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva...**, p. 187.

que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas” e, de outro, que serão procuradas informações confirmatórias da hipótese previamente aceita, “tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador”. Assim, continua o catedrático da Universidade de Munique, a imagem mental formada pela hipótese trazida pelo inquérito policial – e pela própria denúncia – é aquela à qual se apega o juiz pelo simples fato de a ter conhecido primeiro, sendo as informações dela dissonantes não apenas menosprezadas “mas frequentemente sequer percebidas”.³⁸⁸

Some-se a isso o fato de que o juiz se orienta de acordo com a avaliação realizada pelo membro do Ministério Público³⁸⁹ (*efeito aliança*) – porque é nele (e não no advogado criminalista) que encontra um padrão de conduta a ser seguido – e o que se tem na sentença é a mera chancela da hipótese acusatória, em uma dispendiosa encenação que apenas visa à legitimação da verdade que se tem por descoberta e da pena ao final imposta pela neutralização do protesto defensivo. Realmente, segundo o autor, os resultados de psicologia social de sua pesquisa dariam concretude e confirmariam a tese sociológica geral de Niklas Luhmann, de modo que, conclui, a audiência processual penal não visa ao acerto do caso penal, mas apenas a “obter legitimação por meio da marginalização do processo.” E é exatamente a crença na santidade dos princípios jurídicos e em sua inviolabilidade que permitem esse efeito legitimador.³⁹⁰

Nos casos em que a denúncia venha calcada não apenas no caderno investigativo mas também em delação premiada homologada pelo próprio julgador, os *efeitos perseverança* e *aliança* são reforçados e ampliados com severa intensidade. Ao delator cabe, afinal, em troca dos prêmios avençados, exatamente a função de preencher as lacunas não esclarecidas pela investigação ou de reforçar, em prol da hipótese acusatória, elementos ou indícios ambivalentes.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito**. Direito penal & Criminologia. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, ps. 215-218.

³⁸⁹ Os juízes são pouco críticos quanto ao conteúdo do caderno investigativo e “na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considerara suficientes para provar a culpa do acusado” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 213).

³⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito...**, ps. 215-219. O autor não fala em *acertamento do caso penal*, mas em “descobrir a verdade”, expressão dúbia e que traz em si mesma uma série de problemas, razão pela qual se preferiu a substituição – sem que, com isso, tenha ocorrido qualquer alteração no conteúdo ou na ideia que a obra original pretendeu transmitir.

2.3.1 Delação premiada como verdade e a ruptura com a incerteza no processo penal inquisitório: o regime de verificação em *Édipo-Rei*

“Se alguém esconde algo atrás de uma moita e depois a procura exatamente nesse lugar acabando por encontrá-la aí, não há nenhum motivo para a glorificação dessa procura e dessa descoberta.”

(Friedrich Nietzsche – Verdade e mentira no sentido extramoral)

Grosso modo, é possível afirmar que a delação premiada ingressa como verdade no processo penal – embora o delator seja meramente forçado a se comprometer a ser veraz³⁹¹ –, rompendo com a incerteza de sua prognose tanto perante a opinião pública quanto perante os atores diretamente envolvidos na cena judicial (aí incluídos tanto *insiders* quanto *outsiders*, na definição de Stephanos Bibas).³⁹² Uma análise menos superficial, entretanto, revela que em processos penais estruturados por delação premiada o juiz se posta em um esforço maiêutico em relação ao delator, a quem inquire de forma direta e aparentemente ingênua – mas jamais sem perspicácia –, extraindo-lhe as informações a partir das quais vai supostamente acertar o caso penal. Trata-se, na realidade, da enunciação de uma *verdade construída* em conjunto com o delator.³⁹³

Nesse sentido, Michel Foucault demonstra que a tragédia de Édipo representa uma certa maneira de relação entre poder e saber (entre poder político e conhecimento), de que a civilização Ocidental ainda não se libertou. Para o autor, há sim um complexo de Édipo nessa sociedade, mas não relacionado ao inconsciente ou à desejo – nem às suas relações intrínsecas. O complexo de Édipo não se dá “ao nível individual, mas coletivo; não a propósito de desejo e inconsciente, mas de poder e de saber.”³⁹⁴ A determinação edipiana está, portanto, no plano do discurso verdadeiro. Trata-se de “um certo tipo de coerção ao qual, a partir da Grécia, o discurso

³⁹¹ BRASIL. **Lei 12.850...**, artigo 4º, § 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.”

³⁹² BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice...**, p. 29.

³⁹³ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 43) afirma que, ao partir de uma falsa premissa – não raro ancorada em um lugar comum – chega-se a uma falsa conclusão, “transmutada em *verdade construída*.”

³⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 38-39.

de verdade obedece nas sociedades ocidentais.”³⁹⁵ A releitura da obra de Sófocles feita por Michel Foucault, seu olhar crítico e analítico é deveras interessante e merece ser explorado nos limites deste trabalho, portanto.

Assinala Aníbal Bruno que fontes jurídicas sobre o direito punitivo primitivo dos gregos são escassas, razão pela qual se recorre mesmo à literatura – a partir de poetas, oradores ou filósofos –, muito melhor preservada, a obtenção das informações mais importantes sobre tais práticas. Nos poemas, os deuses participam dos conflitos e vidas humanas, eis que estão também eles submetidos às paixões e fraquezas dos homens. “A pena é, então, uma fatalidade que decorre do crime, por sua vez uma fatalidade também. É uma expiação, que deixa claro o seu caráter sacral. Assim é que ela se apresenta nos mitos e nas obras dos trágicos, sobretudo no mais antigo dos três grandes, Ésquilo.” Com efeito, para o autor pernambucano, *Eumênides*, de Ésquilo, “poderia servir como fonte histórica da maior importância para o conhecimento do Direito ático relativo aos crimes de sangue”.³⁹⁶

Como regime de veridição, entretanto, *Eumênides* não é tão interessante. Em seu relato à deusa Atena, Orestes desde logo confessa ter matado a própria mãe e as razões e circunstâncias que o levaram a fazê-lo. Sua mãe assassinara o marido, Agamêmnon, pai de Orestes, e este a matara para punir a morte de seu querido genitor. Orestes esclarece a Atena, ainda, que fora o próprio deus Apolo quem lhe determinara a assim agir, ameaçando-o com as penas que “sofreria se não cumprisse suas ordens para punir os culpados.”³⁹⁷ E quando do julgamento, instalado a mando de Atena, Apolo se apresenta como testemunha, como purificador do sangue derramado, como defensor de Orestes e, ainda, “como responsável máximo pelo crime de morte contra sua mãe.”³⁹⁸ O debate que segue, pois, não é sobre se o fato foi praticado, mas se estaria justificado. É um debate sobre justiça, não sobre verdade ou regime de veridição.

Por outro lado, a tragédia de Édipo – uma história em que pessoas (um soberano e seu povo) conseguem, por uma série de técnicas muito específicas, descobrir uma verdade que ignoram “e que coloca em questão a própria soberania do soberano” – é o primeiro testemunho

³⁹⁵ FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber**: curso no Collège de France (1970-1971). Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 173.

³⁹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, 3ª ed., 1967, p. 76.

³⁹⁷ ÉSQUILO. **Eumênides**. Tradução do grego de Mário da Gama Kury. Zahar, 2010, p. 374 (versos 585 a 615). Arquivo eletrônico (Kindle).

³⁹⁸ ÉSQUILO. **Eumênides**..., ps. 436-456 (verso 755).

das práticas judiciárias da Grécia arcaica e de seu regime de veridificação, ao qual Michel Foucault denomina *lei de metades*. “É por metades que se ajustam e se encaixam que a descoberta da verdade procede em *Édipo*.”³⁹⁹

Certo é que o primeiro testemunho da pesquisa da verdade no procedimento judiciário grego está na *Ilíada*, história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos realizados por ocasião da morte de Pátroclo. Entretanto, no poema de Homero a verdade é estabelecida não pelo apelo àquele que viu (testemunha), mas pelo desafio do juramento (*épreuve*) ao qual Antíloco renuncia (e, portanto, reconhece que cometeu uma irregularidade). Édipo e a cidade de Tebas, por sua vez, utilizam outro regime de veridificação (os séculos passaram, afinal).⁴⁰⁰ E o fazem não por vontade própria, mas a pedido do deus Apolo, que ordenara que o assassinato de Laio – antigo rei de Tebas – fosse investigado,⁴⁰¹ e em razão da recusa do cego e idoso profeta Tirésias em descortinar a identidade do assassino – pois, a despeito de conhecê-la, prefere não revelá-la para não ensejar sua própria desgraça e a de Édipo.⁴⁰²

Édipo é produto de seu tempo, portanto; da profunda reorganização do poder político que ocorreu na Grécia nos séculos VII e VI a.C. e que passava a enxergar a conspiração social – coletiva, atentatória a toda a *pólis* – como consequência da prática de um delito. Daí por que o deus Apolo exige que o assassinato de Laio seja investigado e o assassino punido. E é a própria divindade quem impõe que a verdade seja perquerida de maneira terrena, sem recurso ao conhecimento dos deuses. Com efeito, Édipo questiona Creonte – que trazia a mensagem do deus Apolo – onde seriam encontrados vestígios de crime tão antigo e este lhe responde que os vestígios estão “[e]m nossa terra”, em Tebas, portanto, acessível pelas limitações do conhecimento humano.⁴⁰³ O regime de veridificação adotado em *Édipo*, destarte, é uma imposição da ordem do divino – e não uma eleição humana.

³⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 39-41.

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 39-41.

⁴⁰¹ SÓFOCLES. **A trilogia tebana**: Édipo Rei; Édipo em Colono; Antígona. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Zahar, 15ª reimpressão, 2012, p. 341 a 360 (versos 105 a 130). Arquivo eletrônico (Kindle).

⁴⁰² SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, p. 531 (verso 400): TIRÉSIAS: “Não quero males nem para mim nem para ti. Por que insistes na pergunta? É tudo inútil. De mim, por mais que faças nada saberás.”

⁴⁰³ SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, p. 341-360 (versos 120 a 135): CREONTE: “Revelarei então o que ouvi do deus. Ordena-nos Apolo com total clareza que libertemos Tebas de uma execração oculta agora em seu benevolente seio, antes que seja tarde para erradicá-la.” ÉDIPO: “Como purificá-la? De que mal se trata?” CREONTE: “Teremos de banir daqui um ser impuro ou expiar morte com morte, pois há sangue causando enormes males à nossa cidade.” ÉDIPO: “Que morte exige expiação? Quem pereceu?” CREONTE: “Laio, senhor, outrora rei deste país, antes de seres aclamado soberano.” ÉDIPO: “Sei, por ouvir dizer, mas nunca pude vê-lo.” CREONTE: “Ele foi morto: o deus agora determina que os assassinos tenham o castigo justo, seja qual for a sua

Em Homero, a “verdade factual” do crime não animava a totalidade do processo judicial, pois o relevante era que o desenrolar dos desafios e restituições fosse correto. Acaso fosse um homicídio praticado e a família da vítima não se vingasse, era sobre ela que recaía a cólera dos deuses – não sobre a cidade. Mas “a partir do momento em que o crime produz a conspurcação e em que a conspurcação atinge a cidade, então é essencial saber se efetivamente houve crime.”⁴⁰⁴ E, claro, quem o praticou. Na obra de Ésquilo o deus Apolo aponta a autora do homicídio e demanda a devida reparação, facilitando o processo e afastando qualquer atividade de investigação. Não é preciso saber, pois a informação está dada, já é conhecida. Não é o que ocorre na obra de Sófocles, porém. Em *Édipo* é preciso *saber*. E quem o diz é o próprio deus Apolo.

Édipo representa e legitima essa passagem do estabelecimento da verdade na sociedade grega arcaica. Da *épreuve à inquisitio*. Da verdade-ordálica à verdade-saber, na expressão de Michel Foucault, a partir da qual, para o julgamento ser justo é necessário que “leve em conta, que tenha como fundamento, o exato retorno do tempo, a exata medida das coisas.”⁴⁰⁵ À época da antiga jurisdição homérica, o poder intervinha apenas a propósito da regularidade dos procedimentos judiciais, mas quando das transformações políticas e das leis de Drácon sobre o homicídio, “o poder intervém em termos de uma qualificação jurídico-religiosa dos atos e daqueles que os cometeram.”⁴⁰⁶ A partir de então é preciso saber para punir. E *purificar*.

Para além desse caráter político que a demonstração da verdade assume a partir de então, em termos jurídico-religiosos,⁴⁰⁷ entretanto, há precisamente algo na obra de Sófocles que muito remete ao regime de verificação dos processos penais calcados em delações premiadas. É que “desde a segunda cena de Édipo, tudo está dito e representado.” Desde logo já se sabe que há uma conspurcação em Tebas, que tal conspurcação decorre de um assassinato e que Édipo matara Laio. A verdade está posta de antemão, portanto, pelas respostas oraculares de Apolo (Tebas está conspurcada por um assassinato) e Tirésias (Édipo matou Laio) – elas próprias apresentadas em metades, pela clarividência do deus do Sol (Apolo) e pela sombra de

posição presente.” ÉDIPO: “Onde os culpados estarão? Onde acharemos algum vestígio desse crime muito antigo?” CREONTE: “Em nossa terra, disse o deus; o que se busca encontra-te, mas foge-nos o que deixamos.”

⁴⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*..., p. 163.

⁴⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*..., p. 97.

⁴⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*..., ps. 160-161.

⁴⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Aulas sobre a vontade de saber*..., p. 165.

sua verdade divina (Tirésias).⁴⁰⁸ O que falta, destarte, é a unificação dessas verdades, a sanabilidade de suas contradições, o preenchimento de suas espaços, a conectividade de seus vazios. Assim como no processo penal, em que aquilo que se elege como verdade é apresentado desde logo na investigação preliminar – servindo a segunda metade do procedimento como um mero descortinar legitimador da hipótese antes verificada –, as demais cenas da obra de Sófocles são um simples preenchimento de lacunas de uma tragédia anunciada de antemão pela voz de Tirésias.

Na segunda metade da peça, passa-se a estabelecer quem matou Laio, já que Jocasta desconfia das palavras de Tirésias, por sua vez confirmadas pela lembrança de Édipo. O fragmento restante, que sustenta a esperança de Édipo e Jocasta, é exatamente a previsão divina segundo a qual Laio não seria morto por qualquer um, mas por seu próprio filho. E Édipo, como se sabe, acredita ser filho de Pôlibo, contradição sanada e esclarecida pelo testemunho de um escravo de Corinto, que nega a relação de parentesco entre ambos. E elucidada ainda por outro

⁴⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 41-42. SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, ps. 490 a 550 (versos 360 a 430): ÉDIPO: “Tu, que apreendes a realidade toda, Tirésias, tanto os fatos logo divulgados quanto os ocultos, e os sinais vindos do céu e os deste mundo (embora não consigas vê-los), sem dúvida conheces os terríveis males que afligem nossa terra; para defende-la, para salvá-la, só nos resta a tua ajuda. Se ainda não ouviste de meus mensageiros, Apolo revelou ao meu primeiro arauto que só nos livraremos do atual flagelo se ,descoberto o assassino do rei Laio, pudermos condená-lo à morte ou ao exílio. Nesta emergência então, Tirésias, não nos faltes, não nos recuses a revelação dos pássaros nem os outros recursos de teus vaticínios; salva a cidade agora, salva-te a ti mesmo, salva-me a mim também, afasta de nós todos a maldição que ainda emana do rei morto! Estamos hoje em tuas mãos e a ação mais nobre de um homem é ser útil aos seus semelhantes até o limite máximo de suas forças.” TIRÉSIAS: Pobre de mim! Como é terrível a sapiência quando oquem sabe não consegue aproveitá-la! Passou por meu espírito essa reflexão, mas descuidei-me, pois não deveria vir.” ÉDIPO: “Qual a razão dessa tristeza repentina?” TIRÉSIAS: “Manda-me embora! Assim suportarás melhor teu fado e eu o meu. Deixa-me convencer-te!” ÉDIPO: “Carecem de justiça tais palavras tuas e de benevolência em relação a esta terra que te nutriu, pois não quiseste responder.” TIRÉSIAS: “Em minha opinião a tua longa fala foi totalmente inoportuna para ti. Então, para que eu não incorra em erro igual... *TIRÉSIAS faz menção de afastar-se.*” ÉDIPO: “Não, pelos deuses, já que sabes não te afastes! Eis-nos aqui à tua frente, ajoelhados em atitude súplice, toda a cidade!” TIRÉSIAS: “Pois todos vós sois insensatos. Quanto a mim, não me disponho a exacerbar meus próprios males; para ser claro, não quero falar dos teus.” ÉDIPO: “Que dizes? Sabes a verdade e não a falas? Queres trair-nos e extinguir nossa cidade?” TIRÉSIAS: “Não quero males para mim nem para ti. Por que insistes na pergunta? É tudo inútil. De mim, por mais que faças nada saberás.” ÉDIPO: “Não falarás, então, pior dos homens maus, capaz de enfurecer um coração de pedra? Persistirás, inabalável, inflexível?” TIRÉSIAS: “Acusas-me de provocar a tua cólera? Não vês aquilo a que estás preso e me censuras?” ÉDIPO: “E quem resistiria à natural revolta ouvindo-te insultar assim nossa cidade?” TIRÉSIAS: “O que tiver de vir virá, embora eu cale.” ÉDIPO: “Mas tens de revelar-me agora o que há de vir!” TIRÉSIAS: “Nada mais digo; encoleriza-te, se queres; cede à mais cega ira que couber em ti!” ÉDIPO: “Pois bem. Não dissimularei meus pensamentos, tão grande é minha cólera. Fica sabendo que em minha opinião articulaste o crime e até o consumaste! Apenas tua mão não o matou. E se enxergasses eu diria que foste o criminoso sem qualquer ajuda!” TIRÉSIAS: “Teu pensamento é este? Então escuta: mando que obedecendo à ordem por ti mesmo dada não mais dirijas a palavra a esta gente nem a mim mesmo, pois és um maldito aqui!” ÉDIPO: “Quanta insolência mostras ao falar assim! Não vês que aonde quer que vás serás punido?” TIRÉSIAS: “Sou livre; trago em mim a impávida verdade!” ÉDIPO: “De quem a recebeste? Foi de tua arte?” TIRÉSIAS: “De ti; forçaste-me a falar, malgrado meu.” ÉDIPO: “Que dizes? Fala novamente! Vamos! Fala! Não pude ainda compreender tuas palavras.” TIRÉSIAS: “Não percebeste logo? Queres que eu repita?” ÉDIPO: “Parece-me difícil entender-te. Fala!” TIRÉSIAS: Pois ouve bem: és o assassino que procuras!”

escravo, vindo do Monte Citéron, que afirma ter recebido uma criança trazida do palácio de Jocasta e que lhe haviam dito ser seu filho. Fecha-se, pois, o ciclo que revela que Édipo é descendente de Laio e Jocasta e que, pensando ser filho de Pôlibo, e voltando a Tebas – que ele não sabia ser sua pátria –, para escapar da profecia do deus Apolo, acabou por matar Laio, seu verdadeiro pai, no entroncamento de três caminhos, concretizando a predição divina.⁴⁰⁹

O ciclo se fecha, destarte, “por uma série de encaixes de metades que se ajustam umas às outras”, como se a história “tivesse sido quebrada em dois e, em seguida, cada fragmento partido de novo em dois, e todos esses fragmentos repartidos em mãos diferentes.” É da reunião do deus Apolo com seu profeta Tirésias, de Jocasta com Édipo e dos escravos de Corinto e Citéron que as metades se ajustam umas às outras, se adaptam e se encaixam, permitindo a reconstituição de um passado que se tinha posto – embora desde o início – apenas na ordem da predição. Trata-se, diz Michel Foucault, não apenas de uma forma retórica, mas também religiosa e política, consistente no *símbolo grego*, um instrumento de exercício de poder que permite a alguém que detém um segredo “quebrar em duas partes um objeto qualquer, de cerâmica etc., guardar uma das partes e confiar a outra parte a alguém que deve levar a mensagem ou atestar sua autenticidade”, que apenas estará reconhecida, por sua vez, precisamente “pelo ajustamento destas duas metades” e que só então poderá, portanto, manifestar novamente o exercício desse *potestas* quase mágico.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 43-44. SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, ps. 913 a 932 (versos 925 a 975): ÉDIPPO: “Meu pai é Pôlibo, coríntio, minha mãe, Mérope, dórica. Todos consideravam-me o cidadão mais importante de Corinto. Verificou-se um dia um fato inesperado, motivo de surpresa enorme para mim embora no momento não me preocupasse, das as circunstâncias e os participantes. Foi numa festa; um homem que bebeu demais embriagou-se e logo, sem qualquer motivo, pôs-se a insultar-me e me lançou o vitupério de ser filho adotivo. Depois revoltei-me; a custo me contive até findar o dia. Bem cedo, na manhã seguinte, procurei meu pai e minha mãe e quis interroga-los. Ambos mostraram-se sentidos com o ultraje, mas inda assim o insulto sempre me doía; gravara-se profundamente em meu espírito. Sem o conhecimento de meus pais, um dia fui ao oráculo de Delfos mas Apolo não se dignou de desfazer as minhas dúvidas; anunciou-me claramente, todavia, maiores infortúnios, trágicos, terríveis; eu me uniria um dia à minha própria mãe e mostraria aos homens descendência impura depois de assassinar o pai que me deu vida. Diante dessas predições deixei Corinto guiando-me pelas estrelas, à procura de pouso bem distante, onde me exilaria e onde jamais se tornariam realidade – assim pensava eu – aquelas sordidezas prognosticadas pelo oráculo funesto. Cheguei um dia em minha marcha ao tal lugar onde, segundo dizes, o rei pereceu. E a ti, mulher, direi toda a verdade agora. Seguiu despreocupado a minha rota; quando me aproximei da encruzilhada tríplice vi um arauto à frente de um vistoso carro correndo em minha direção, em rumo inverso; no carro viajava um homem já maduro com a compleição do que me descreveste há pouco. O arauto e o próprio passageiro me empurraram com violência para fora do caminho. Eu, encolerizado, devolvi o golpe do arauto; o passageiro, ao ver-me reagir aproveitou o momento em que me aproximei do carro e me atingiu com um dúplice aguilhão, de cima para baixo, em cheio na cabeça. Como era de esperar, custou-lhe caro o feito: no mesmo instante, valendo-me de meu bordão com esta minha mão feri-o gravemente. Pendendo para o outro lado, ele caiu. E creio que também matei seus guardas todos. Se o viajante morto de fato Laio, quem é mais infeliz que eu neste momento?”

⁴¹⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, ps. 44-45.

Ora, assim como em *Édipo*, no processo penal orientado pela delação premiada a verdade é descortinada por um jogo de metades, por meio de um exercício de poder que permite àquele que detém um segredo (ou que pelo acordo de delação premiada ocupa esse *locus* qualificado) apresentá-lo em fragmentos a quem, por seu posterior (re)ajustamento, vai lhe conferir autenticidade. E essa palavra do delator entra mesmo com ares de sacralidade oracular, como se a circunstância dual de ter frequentado os escaninhos da criminalidade organizada e ser colaborador da Justiça, enxergando o sistema punitivo com seu olhar fronteiro, de dentro e de fora, o transformasse em um mensageiro sábio, desapaixonado e desinteressado, único capaz de fazer emergir os pruridos ocultos que se fazem necessários extirpar.⁴¹¹

Realmente, delator e juiz-inquisidor compartilham os pedaços de uma mensagem oracular que será (sabe-se já de antemão) reconhecida autêntica na sentença. Com efeito, quando a verdade anunciada pelo delator for chancelada pelo juiz-inquisidor, quando os dois fragmentos daquele objeto – e serão tantos mais quanto maior o número de delatores – forem novamente ajustados em uma única peça, se terá chegado à verdade. Verdade publicada e chancelada pelo decreto condenatório.

Há um inegável imbricamento entre o delator e o juiz-inquisidor, portanto. Aquele anuncia a verdade, ao passo que este se (pro)põe a reunir os elementos que a sustentem ao longo da instrução processual, com todos os ajustes, sobrevalorizações e desvalorizações necessários para que os encaixes permaneçam suficientemente firmes e não afrouxem ao longo do tempo. E para tanto os poderes instrutórios e de agir de ofício conferidos ao juiz pelo sistema inquisitório são fundamentais. Só assim há *certeza* de que as duas metades do objeto partilhado pelo delator serão unificadas ao final da *tragédia*, na sentença condenatória.

Por meio de *Édipo*, Sófocles legitima esse regime de verificação. Demonstra à sociedade grega arcaica que a verdade dos deuses, antes manifestada pela *épreuve*, também pode – e deve – ser alcançada pelo inquirido. Realmente, “toda a peça de Édipo é uma maneira de deslocar a enunciação da verdade de um discurso de tipo profético e prescritivo a um outro discurso, de ordem retrospectiva, não mais da ordem da profecia, mas do testemunho.”⁴¹² *Édipo* é, pois, um ritual de passagem nas práticas judiciárias gregas e o fio condutor que, embora

⁴¹¹ Essa percepção idealizada e pueril pode ser verificada, por exemplo, na obra de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli (2019, ps. 68-69), para quem a confissão do delator acerca de seu envolvimento nas atividades criminosas descortinadas confere a tais informações “a credibilidade atribuível ao conhecimento de quem realmente participou (e, portanto, conhece ‘a partir de dentro’) da empreitada criminosa sob investigação.”

⁴¹² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 46.

interrompido (pois a história do nascimento inquérito se perdeu e só foi retomada, como em um segundo nascimento, na Idade Média europeia),⁴¹³ ainda hodiernamente anima a sociedade ocidental e o princípio inquisitivo.

Mas não só. A confirmação da predição de Tirésias, a liberdade que ele assegurava a si mesmo por trazer “a impávida verdade”,⁴¹⁴ o desprazer em anunciá-la com a qual se apresenta a Édipo,⁴¹⁵ o desinteresse em prejudicá-lo,⁴¹⁶ são todos elementos que lhe agregam legitimidade e que são, mais tarde, utilizados pelo sistema de justiça criminal para emprestá-la aos delatores. E assim como, após ter feito sua predição, Tirésias permanece à margem do regime de verificação em *Édipo*, nos atuais processos penais movidos pela delação premiada o que se tenta demonstrar a todo custo é que o édito condenatório sustenta-se por si mesmo e pelas provas dos autos, como se as palavras do delator tivessem sido determinantes meramente no início das investigações e não edificassem todo o castelo teórico das hipóteses acusatórias e da própria sentença.

Assim, se a obra de Sófocles representa esse deslocamento da enunciação da verdade da profecia para o testemunho, como assinala Michel Foucault, os processos penais animados por delação premiada nada mais são do que um meio de deslocar a enunciação da verdade do delator para o juiz, legitimando-a por si mesma.

2.3.2 A falácia da necessidade de prova corroborativa da versão do delator para a condenação do delatado

“Ninguém é tão inocente que não possa parecer culpado.”

(Mia Couto e José Eduardo Agualusa – O terrorista elegante e outras histórias)

⁴¹³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas...**, p. 59.

⁴¹⁴ SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, p. 550 (verso 420): TIRÉSIAS: “Sou livre; trago em mim a impávida verdade!”

⁴¹⁵ SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, p. 410 (verso 380): TIRÉSIAS: “Pobre de mim! Como é terrível a sapiência quando quem sabe não consegue aproveitá-la! Passou por meu espírito essa reflexão mas descuidei-me, pois não deveria vir.” E mais adiante: TIRÉSIAS: “Eu não teria vindo aqui se não mandasses.” (SÓFOCLES, 2012, p. 596 [verso 520]).

⁴¹⁶ SÓFOCLES. **A trilogia tebana...**, p. 531 (verso 400): TIRÉSIAS: “Não quero males para mim nem para ti. Por que insistes na pergunta? É tudo inútil. De mim, por mais que faças nada saberás.”

A principal defesa em favor do instituto da delação premiada reside na crença pueril da efetividade garantista da chamada *regra de corroboração*,⁴¹⁷ prevista no parágrafo 16 do artigo 4º da Lei 12.850/13, segundo a qual “[n]enhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”⁴¹⁸ Aqueles que desconhecem a maquinaria do sistema inquisitório, com suas silenciosas roldanas e perversas engrenagens, talvez possam sinceramente acreditar que referido dispositivo legal, por si só, tem o condão de impedir condenações materialmente injustas decorrentes de inverídicas palavras incriminatórias de um qualquer delator. Mais difícil é se fiar na ingenuidade dos que têm um mínimo contato com a realidade das salas de audiência orientadas pelo princípio inquisitivo e as sentenças dali resultantes. É que, lida em sua literalidade, referida disposição legal abre as comportas para o arbitrário manejo da delação premiada como se se tratasse da prova em si mesma.

Ora, celeuma antiga e objeto de constante crítica da doutrina processual penal brasileira é a insuficiente restrição ao uso dos elementos constantes do caderno investigativo – não submetidos ao contraditório judicial – para a fundamentação da sentença condenatória. Trata-se da ductibilidade epistêmica de séculos, assegurada pelo chamado sistema processual misto (de matriz autoritária), que rapidamente fulminou as reformas francesas do final do século XVIII, orientadas pela regrada contenção do poder punitivo, com vistas a minimizar danos e erradicar “excessos característicos das práticas persecutórias do passado.” Alçado ao poder na França com a missão de “estabelecer a ordem e proteger os interesses da nova classe dirigente”, Napoleão Bonaparte introduziu o *Code d’instruction criminelle* de 1808, a partir do qual se delineou uma política criminal cristalinamente persecutória fundada sob vãs promessas de segurança e que revogou, por meio da reencarnação da Ordenação Criminal francesa de 1670 – um monumento laico à Inquisição, que tinha sido eliminado na década de 1790 a 1800 –, “as formas acusatórias que haviam prosperado nos anos seguintes à Revolução Francesa”.

⁴¹⁷ Cf. SILVA, Marcelo Magno Ferreira e. A celebração do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova: uma análise do HC 127.483/PR e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 17, n. 30, p. 263-316, jan./jun. 2018, p. 289. Afirma o autor (2018, ps. 288-289), por exemplo, após transcrever o artigo 4º, parágrafo 16, da Lei 12.850/13, que a delação premiada “não representa restrição à atividade probatória de terceiro delatado, no bojo de eventual processo penal em que este figura como acusado ou indiciado, tampouco representa uma flexibilização no ônus da acusação, que se mantém na mas absoluta incumbência do órgão ministerial, sendo lícito àquele contrapor eventual elemento indiciário ou prova que contra si formar o agente colaborador.”

⁴¹⁸ BRASIL. **Lei 12.850...**, artigo 4º, § 16.

Realmente, o sistema inaugurado pelo código francês de 1808 inutilizou os direitos de defesa ao longo da fase instrutória no processo penal.⁴¹⁹

Entre a tradição inquisitória e o processo penal acusatório então recém implementado, optou-se por ambos, como se se tratasse do produto de uma feliz inteligência aglutinativa. O processo penal foi, então, dividido, e a um primeiro procedimento sem contraditório – voltado a operações secretas e documentadas por escrito – foi acrescido outro, destinado a reviver os fatos ali postos, em que se admitia a disputa. Tratou-se de um perverso golpe de mestre, a partir qual se obteve o reavivamento das indigestas práticas inquisitórias, mas disfarçadas pelas formas acusatórias da segunda etapa do procedimento – que, na prática, pouco ou nada significavam, pois os elementos colhidos na primeira se insinuavam abertamente ao julgador. Portanto, a segunda etapa, na qual se garantia o contraditório, era mero simulacro da primeira, caliginosa e inquisitória, não existindo muita diferença entre esse procedimento e os métodos de Tomás de Torquemada e Fernando de Valdés.⁴²⁰

O imbricamento dos dois modelos produziu ainda outras pulsões autoritárias, sempre orientadas pelo dispositivo inquisitório. Conforme Gustavo Henrique Badaró, a ideologia democrática firmada com a Revolução Francesa permitiu o advento da Lei de 16-24 de agosto de 1790, que estabelecia um conjunto de inovadores princípios de organização judiciária e no direito processual, como oralidade, imediação e convencimento íntimo dos jurados. Consoante exposto, este modelo durou pouquíssimo tempo, entretanto, pois o *Code d'instruction criminelle* de 1808 o substituiu pelo chamado sistema misto e os juízes das cortes inferiores – mesmo sendo de carreira (e não leigos como os jurados) – passaram também a aplicar a *intime conviction*, critério de valoração muito libertador do qual logo se apossou em unísono a magistratura. A partir de então, o livre convencimento se tornou o modo de valoração probatória pelos juízes profissionais – que, via de consequência, viram seus poderes cada vez mais intensificados, tanto na análise da prova como em sua produção. Afinal, se a valoração probatória passara a ser livre e o juiz tudo poderia valorar, ninguém melhor do que o próprio para apontar quais seriam as provas necessárias para a descoberta da verdade. Daí que

⁴¹⁹ KHALED JR., Salah H. Itinerário de uma epistemologia persecutória: a refundação do processo penal inquisitório através da cientificidade e do positivismo jurídico, ps. 11-30. In: MIGUEL; Vincícius Valentin Raduan; KHALED JR., Salah H. (Orgs.). **Direitos fundamentais na era dos extremos**: a exceção como regra. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, ps. 12-13.

⁴²⁰ CORDERO, Franco. Linhas de um processo penal acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – vol. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, ps. 19-20.

rapidamente o sistema de livre convencimento (livre valoração) passou a ser entendido como de “valoração livre”, ou seja, “um processo intelectual e particular de cada julgador e, portanto, intransferível e incontrolável por outro sujeito, tornando-se uma porta aberta para a pura arbitrariedade judicial.”⁴²¹

A legislação de Napoleão Bonaparte – “um ditador como outro qualquer” que diretamente influenciou na direção de um retorno à estrutura inquisitorial do *ancien régime* – influenciou enormemente a grande maioria dos ordenamentos jurídicos da Europa continental e, por via de consequência, os que foram por estes influenciados, como o brasileiro. Ocorre, no entanto, que com o retorno das democracias no pós-guerra, as cortes constitucionais europeias, ainda que de forma imperfeita, paulatinamente adaptaram seus processos penais a um modelo mais aceitável – como o fez a Itália, em 1988, com seu *Codice di Procedura Penale*, de essência acusatória.⁴²²

Mas não o Brasil, que, sob inspiração do código napoleônico e mediante “um compromisso político – como sói acontecer – entre liberais e conservadores”, introduziu em seu ordenamento jurídico o inquérito policial em 1871⁴²³ (regulamentando-o por decreto nesse mesmo ano),⁴²⁴ com a finalidade de dar conta da primeira fase da persecução penal⁴²⁵ e de espraiar o que fora ali produzido sem a participação da defesa para os autos da ação penal. E desde então essa prática permanece, mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Realmente, ainda nessa toada autoritária, a redação originária do artigo 157 do Código de Processo Penal de 1941 dispunha que a convicção judicial deveria se dar pela livre

⁴²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ps. 206-208.

⁴²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – vol. 1. Organizado por Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 55. Luigi Ferrajoli (2010, p. 522), afirma que a Itália foi um dos países mais influenciados pelo sistema misto inaugurado com o código napoleônico de 1808 – tendo persistido nos códigos borbônico de 1819, de Parma de 1820, pontifício de 1831, toscano de 1838, piemonteses de 1847 e 1859 e se conservado, com variações marginais, no código italiano de 1865, no de 1913 e, finalmente, no Código Rocco de 1930 – e que seu caráter de irracionalidade e despotismo atingiu níveis comparáveis ao processo pré-moderno com a ulterior acentuação do caráter de juízo autônomo na fase instrutória e um esvaziamento progressivo da fase dos debates, que se reduziu a mera duplicação da primeira etapa. Tais problemas só foram em parte superados pelo (atual) Código de Processo Penal italiano.

⁴²³ BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. **Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária**. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, 21.11.1871.

⁴²⁴ BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. **Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária**. Palácio do Rio de Janeiro, 22.11.1871.

⁴²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais...**, p. 55.

apreciação da prova,⁴²⁶ o que ensejava certa dubiedade (e pela qual se bateu a melhor doutrina) porquanto *prova* é elemento de convicção produzido sob contraditório judicial, embora essa conceituação restritiva não tenha sido, é certo, a vislumbrada por Francisco Campos – um cultor e justificador de práticas autoritárias que teve papel de destaque nas duas grandes guinadas conservadoras da história república e para quem *governar* seria sinônimo de *prender*⁴²⁷ – e tampouco a assimilada pela jurisprudência pátria.

Em 2008, como se sabe, a reforma parcial do Código de Processo Penal em tese veio para adequá-lo – tardia e insuficientemente – aos ditames democráticos restabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Quanto ao artigo 157 do Código de Processo Penal, a alteração se fazia necessária para assegurar o contraditório devido, nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, razão pela qual o Projeto de Lei nº 4.205/2001, decorrente do anteprojeto entregue ao Ministério da Justiça pela comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, previa redação bastante satisfatória para o dispositivo (que passaria – e passou – ao artigo 155): o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a decisão nos elementos informativos colhidos na investigação.⁴²⁸

Ocorre, no entanto, que era preciso mudar – mas, como diria o jovem Tancredi Falconeri no romance de Tomasi di Lampedusa, mudar para que tudo permanecesse como estava.⁴²⁹ Daí que foi inserida a palavra “exclusivamente” e o artigo 155 do Código de Processo Penal recebeu sua atual redação: “[o] juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não

⁴²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal...**, artigo 157 (redação original, revogada pela Lei 11.690/2008): “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

⁴²⁷ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. **Francisco Campos**: um ideólogo para o Estado Novo. In: *Locus: revista de história*, v. 13, n. 12, p. 31-48, 2007, p. 32.

⁴²⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.205, de 2001**. Altera dispositivo do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, 30.03.2001. A redação prevista para o artigo 155 do Código de Processo Penal era (com os erros gramaticais do original, posteriormente corrigidos): “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.”

⁴²⁹ LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **O leopardo**. Tradução de Rui Cabeçadas. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 40: “Se nós não estivermos lá, eles fazem uma república. Se queremos que tudo fique como está é preciso que tudo mude. Expliquei-me bem?”

repetíveis e antecipadas.”⁴³⁰ Aliás, diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “desde 1941 se fazem no Brasil *reformas parciais*; e a situação permanece como sempre esteve.”⁴³¹

Foi, portanto, segundo Aury Lopes Jr., perdida uma grande oportunidade “de acabar com as condenações disfarçadas, ou seja, baseadas no inquérito policial, instrumento inquisitório e que não pode ser utilizado na sentença.” Afinal, ao dispor que a decisão condenatória não pode estar fundamentada “exclusivamente” no inquérito policial, está a legislação a manter aberta a absurda possibilidade de os juízes seguirem utilizando os elementos de informação ali contidos, “desde que também invoquem algum elemento probatório do processo.”⁴³² Ou seja, “[m]antevê-se, assim, a autorização legal para que os juízes e tribunais sigam utilizando a versão *dissimulada*, que anda muito em voga, de ‘condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito’”, fórmula jurídica que escamoteia a ausência de elementos probatórios no processo para sustentar a condenação, razão pela qual seu fundamento é buscado no caderno investigativo.⁴³³ E ainda assim (talvez precisamente por tal razão), “[a] jurisprudência atual – inclusive da Suprema Corte – é no sentido da possibilidade de o juiz utilizar dados colhidos na fase inquisitorial como elemento de convicção, desde que conjugados com outros apurados mediante o contraditório no processo criminal.”⁴³⁴

Importa repisar a redação do artigo 4º, parágrafo 16, da Lei nº 12.850/13 para que fique bem evidenciada a similitude das situações processuais em questão: “[n]enhuma sentença condenatória será proferida com fundamento *apenas* nas declarações de agente colaborador.” O “exclusivamente” de ontem é o “apenas” de hoje. E se nenhuma sentença condenatória pode ser proferida “apenas” ancorada na palavra de delator, o que se escancara é a possibilidade de que se use suas declarações exatamente para, como já exposto, *preencher lacunas*, ou seja, criar pontes entre dois ou mais núcleos objetivos de conhecimento que, por si sós, nada traduzem em

⁴³⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**..., artigo 155.

⁴³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**..., p. 302.

⁴³² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2017, p. 165. Essa é, também, a posição de Nereu José Giacomolli (2016, p. 216), para quem a interpretação isolada do artigo 155 do Código de Processo Penal autoriza, sim, que os atos de investigação sejam utilizados como argumentos de prova, embora ressaltando que tal interpretação está incorreta, pois “a complexidade e a evolução jurídico exigem suporte em lastros constitucionais, convencionais, diálogo das fontes, inclusive jurisprudenciais internacionais, motivo por que a consideração de elementos colhidos sem o contraditório pleno, a ampla defesa, a publicidade, de forma inquisitorial, não encontram legitimidade no Estado de Direito para firmar um juízo condenatório, de forma exclusiva ou subsidiária, observadas as ressalvas das perícias, da antecipação de prova, quando seguido o devido processo legal.”

⁴³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**..., p. 165. Destaques no original. Itálicos do original. Nesse mesmo sentido: Rui Cunha Martins (2013, ps. 23-24).

⁴³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados & crítica jurisprudencial** – vol. 1. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2017, p. 444.

termos de acervo probatório suficiente para a condenação. Trata-se, portanto, de fórmula jurídica que autoriza – e estimula – a condenação a despeito da ausência de prova no processo que a sustenta, bastando, para tanto, que o juiz se socorra livremente das palavras incriminatórias (e premiadas) do delator.

Em defesa às claras da redação do parágrafo 16 do artigo 4º da Lei 12.850/13 – ou seja, enxergando virtude naquilo que ora se aponta como grave problema –, Frederico Valdez Pereira afirma que

“não se pode exigir que os elementos de corroboração sejam de entidade suficiente a constituir prova por si mesmos da culpabilidade do imputado, ou seja, os outros elementos externos não necessitam constituir demonstração suficiente do conteúdo das declarações do colaborador.

Acaso a conclusão fosse diversa, não haveria sequer razão para se questionar o valor probatório das declarações judiciais do colaborador, uma vez que a decisão judicial levaria em consideração somente os meios de prova externos às declarações do agente colaborador.

Não há dúvida de que a intenção do legislador, ao fazer constar expressamente da norma que a sentença condenatória não pode se embasar apenas nas declarações de agente colaborador, foi de atribuir força probatório (*sic*) autônoma a dito contributo cognitivo.

Em outras palavras, se o juízo penal condenatório pode se fundamentar também nas declarações do colaborador, desde que corroboradas por outros elementos, isso significa que tais depoimentos têm natureza de meio de prova no processo.”⁴³⁵

O equívoco do autor está, precisamente, em partir da delação premiada como meio de prova e não mero *meio de obtenção* de prova, em contrariedade à reconhecida a natureza jurídica do instituto, conforme disposições da Lei nº 12.85/13,⁴³⁶ da Orientação Conjunta do Ministério Público Federal nº 1/18,⁴³⁷ e do precedente do Supremo Tribunal Federal mais referenciado pela própria Corte e pela doutrina acerca da delação premiada (HC

⁴³⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão do mutual corroboration na colaboração premiada.** In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Orgs.). Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal, ps. 121-155. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2018, p. 127.

⁴³⁶ BRASIL. **Lei 12.850...**, artigos 1º e 3º, inciso I.

⁴³⁷ BRASIL. MPF. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à corrupção. Orientação conjunta nº 1/2018. Acordos de colaboração premiada, artigo 1. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Último acesso em 06.10.2019.

127.483/PR⁴³⁸).⁴³⁹ Ainda assim, entretanto, suas reflexões são coerentes com a maliciosa redação do parágrafo 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 e demonstram a falaciosidade da regra de corroboração como freio a condenações materialmente injustas decorrentes apenas de declarações incriminatórias por parte do delator. Com efeito, não deixa de ter razão o autor quando afirma que, “[a]caso a intenção do legislador fosse outra, bastaria ter inserido no dispositivo legal a previsão de que a sentença condenatória não poderia se embasar, em nenhuma hipótese, nas declarações do agente colaborador.”⁴⁴⁰

Frederico Valdez Pereira, afirma, mais uma vez com razão, que a exigência de que “os elementos de corroboração sejam idôneos por si mesmos a provar os fatos declarados pelo colaborador”, tornaria suas declarações supérfluas “do ponto de vista comprobatório, o que seria uma forma indireta de retirar a condição de meio de prova do depoimento de colaboradores.”⁴⁴¹ Precisamente! Como se percebe, entretanto, o autor faz tal análise – de forma clara e coerente – para fundamentar juízos condenatórios na palavra do delator, conclusão radicalmente diversa da ora apresentada e que não encontra amparo constitucional. A transcrição das palavras do autor revela, uma vez mais, que o equívoco de seu raciocínio reside da premissa da qual parte – ou da conclusão a que chega pela leitura do parágrafo 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 –, ou seja, da delação premiada como meio de *prova* (e não mero meio de *obtenção* de prova).

O que se verifica, portanto, é que a natureza jurídica de meio de obtenção de prova da delação premiada, expressamente declarada pela Lei nº 12.850/13 em duas oportunidades (artigo 1º e artigo 3º, inciso I), vai de encontro à forma como a regra de corroboração foi disciplinada por esse mesmo diploma legislativo (artigo 4º, parágrafo 16). E se é certo, de um lado, que a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a delação premiada como mero meio de obtenção de prova, é também claro, de outro, que os tribunais têm admitido a validade de sentenças penais condenatórias calcadas na palavra de delator⁴⁴² (não exigindo, pois, que os

⁴³⁸ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC 127.483/PR. Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 27.08.2015, item 3 da ementa: “[c]onsiderando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).”

⁴³⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 36.

⁴⁴⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão do mutual corroboration na colaboração premiada...**, p. 128.

⁴⁴¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão do mutual corroboration na colaboração premiada...**, p. 128.

⁴⁴² BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC 127.483/PR..., voto Min. Dias Toffoli (p. 40): “Neste particular, o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, ao prever que ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento

elementos de corroboração constituam elementos suficientes, por si sós, para a prova da culpabilidade do delatado). Logo, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da natureza jurídica da delação premiada como meio de obtenção de prova não tem sido suficiente para uma leitura restritiva e coerente do parágrafo 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 com os fundamentos do instituto premial e com a própria Constituição da República.

A falibilidade da regra de corroboração, tal como posta pela Lei nº 12.850/13 e compreendida pela jurisprudência pátria, é bem denunciada por Gustavo Henrique Badaró, para quem a mera plausibilidade da versão delatatória, em um contexto no qual o conjunto probatório demonstre a existência de crimes, inclusive com confissões de alguns dos envolvidos, é suficiente para a condenação do delatado, ainda que contra ele não existam provas concretas. Diz o autor, reconhecendo “o retrocesso de séculos de evolução da persecução penal”:

“[n]um contexto recente, em que alguns funcionários públicos confessam seus atos de corrupção, com narrativas fáticas compatíveis entre si, e devolvem algumas dezenas ou até centenas de milhões de dólares, essa repetição de versões criminosas somadas à montanha incalculável de dinheiro já são suficientemente plausíveis, seja no que confessam contra si, seja no que incriminam terceiros. E se torna absolutamente inútil ao delatado criticar ou tentar falsear a crença gerada pela narrativa dos delatores, a partir de mecanismos probatórios. Fica-se com a crença alucinadora pela evidência e rejeita-se a prova que possa confrontá-la, mostrando uma verdade diversa.”⁴⁴³

A despeito da reconhecida natureza jurídica de meio de prova da delação premiada, portanto, “na prática o que tem ocorrido é uma valoração probatória em cima das informações dela colhidas, a ponto de se obter um decreto condenatório fundado exclusivamente em elementos pré-processuais, que não foram produzidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa.”⁴⁴⁴ O próprio *nomem iuris* da norma prevista no artigo 4º, parágrafo 16, da Lei nº

apenas nas declarações de agente colaborador’, inspira-se nitidamente no citado art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, que não exclui a utilização probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“attendibilità”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 6. ed. p. 323-324).”

⁴⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?...*, ps. 144-145.

⁴⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da; SAN’ANA, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade**. Florianópolis: Emais, 2019, p. 34.

12.850/13 atribui-lhe um sentido garantista que, como visto, a literalidade da lei não assegura e a jurisprudência não tem adotado.

Como lamenta José Saramago, “algumas palavras – ou conceitos – significam pouco ou nada, por mais que as respeitemos, porque foram [e são] utilizadas para negar precisamente o que afirmam.”⁴⁴⁵ Trata-se da *razão ardilosa* de que fala Ricardo Timm de Souza, ou seja, aquela que se cerca de cuidados e credibilidades e “procura, antes de mais nada, não chocar”, enquanto se presta à “difícil tarefa de sustentar a violência e vulgaridade do mundo”. Daí por que “o meio-tom intelectual é seu registro, pois não pode mostrar a que veio, mas apenas o que transparece em sua retórica de intenções.” Com sua “violência adocicada”, instrumentaliza “o álibi perfeito para dispensar a moral em nome da técnica”, escamoteando, assim, “tanto suas *razões* reais quanto suas *reais* finalidades”.⁴⁴⁶

As palavras não constam das leis por mero capricho. O “exclusivamente”, de 2008, e o “apenas”, de 2013, fizeram-se presentes não por acaso e muito menos por descuido. Tem-se a exata consciência do que se produz em termos legislativos. Sabe-se exatamente o porquê da introdução, *a posteriori*, da palavra *exclusivamente* na redação do artigo 155 do Código de Processo Penal. Sabe-se claramente, destarte, que o parágrafo 16 do artigo 4º da Lei 12.850/13 não encerra uma limitação ao exercício do *potestas puniendi* em face de uma mera declaração premiada, mas é, ao contrário, um expresse convite à sua cruenta manifestação a despeito da ausência de provas para a condenação.

Essa é, aliás, a história de séculos do poder punitivo: sempre plástico, sempre fluido, sempre animado por pulsões inquisitórias. Nada de novo, portanto, mas a mera e persistente manifestação do inquisitório *par excellence*. As questões processuais debatidas pela doutrina se repetem em variadas facetas e se são tidas por problemáticas por uns, são vistas como resolutivas por outros. O que não existe é ingenuidade. Ao fim e ao cabo a discussão é orientada ideologicamente pela preferência de cada qual pela manutenção do dispositivo inquisitório ou por sua substituição pelo dispositivo acusatório, com as conhecidas consequências jurídicas e políticas daí decorrentes.

⁴⁴⁵ SARAMAGO, José. **Democracia e universidade**. Belém: Ed. UFPA; Lisboa: Fundação José Saramago, 2013, p. 27.

⁴⁴⁶ SOUZA, Ricardo Timm de. O nervo exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética, ps. 107-118. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, ps. 111-112.

2.3.3 O processo penal como golpe de cena (reduzora em sua complexidade)

“Um único carrasco poderia substituir o tribunal inteiro.”

(Franz Kafka – O processo)

O processo penal orientado por delação premiada manifesta-se, então, como mero golpe de cena. Uma vez admitida a palavra do delator como prova, contraditório judicial nenhum é efetivo para infirmá-la – nem mesmo aquele que traz contraprova e, destarte, demonstra ou ao menos corrobora a inocência do delatado.

Como se sabe, sob a estrutura do sistema de provas legais a confissão entrava no processo penal como *notorium* – uma construção do direito canônico sem precedente no direito romano. Na hierarquia probatória, o *notorium* situava-se acima de qualquer prova e, inclusive, a dispensava. Seu *status* era de incontestabilidade e permitia fosse o processo penal abreviado, tornando sua continuidade desnecessária. Enquanto *notorium*, portanto, a confissão não apenas fazia prova plena mas tinha verdadeiro efeito saneador sobre quaisquer irregularidades havidas no processo penal.⁴⁴⁷

Em uma releitura de práticas de um passado que insiste em não passar, as declarações premiadas do delator também ingressam no processo penal como *notorium*. “Com isso”, diz Gustavo Henrique Badaró,

“desloca-se a centralidade da legitimação do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado no saber construído em contraditório, com o funcionamento de um mecanismo dialético de verificação e confronto entre tese e antítese, baseado na prova produzida que suporte cada uma delas, para um modelo em que haverá apenas uma ‘verdade’ preestabelecida por uma escolha discricionária.”⁴⁴⁸

A aceitação dessa narrativa, nem verificada e nem provada, se dá de maneira incontestada, tornando-se quase que imune a críticas tanto perante a opinião pública quanto

⁴⁴⁷ SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**: tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI-XVIII). Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2006, ps. 124-126.

⁴⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?... p. 143.

perante o Poder Judiciário porque está “fundada em evidências geradoras da crença. E o que é evidente dispensa prova”, ainda segundo o autor.⁴⁴⁹ Trata-se de um círculo vicioso, cujo ponto de partida e direcionamento do fluxo reside na hipótese acusatória, que nada mais é do que uma expectativa a ser preenchida. Com efeito, conforme aponta Rui Cunha Martins, a lógica epistêmica da evidência sequestra o regime de expectativas, que compreende um *campo de experiência*, um dado *horizonte de expectativa* e uma dada *vontade de preenchimento*. E a expectativa processa um funcional desdobramento que a leva à sua própria materialização, ao se oferecer ao campo de experiência como o horizonte solicitado pelo preenchimento. Em um tal contexto, a expectativa coincide com o preenchimento, portanto. Ela se autopreenche.⁴⁵⁰

Esse preenchimento sem outra causa que não a da própria realização desejante é consequência do peso e do incômodo que a abertura do horizonte de sentido provoca. Não por outro motivo, ainda segundo Rui Cunha Martins, se trabalha com *redutores de complexidade*, tanto na ciência quanto na política, na religião ou mesmo no direito – áreas que têm “uma particular vocação para administrar o horizonte de expectativas em termos morais e normativos” e que se prestam à instauração de níveis generalizada de confiança e que reduzem o mundo a códigos binários (verdadeiro/falso, legítimo/ilegítimo, bem/mal, legal/ilegal).⁴⁵¹

No direito, como já (espera-se) ficou claro a este ponto, a delação premiada funciona como um eficiente redutor de complexidade, legitimando – perante uma plateia ávida por punições no seio de uma alta criminalidade econômica com ramificações em agentes políticos – condenações penais e execrações públicas, com notórios reflexos na institucionalidade nacional. Essa dinâmica se torna por demais perniciosa quando verificado que a comunicação social (*mass media*) é não apenas alimentada pela redução de complexidade operada por delações premiadas, mas ela própria produtora de códigos binários e, conseqüentemente, também redutora de complexidade.⁴⁵² Em processos orientados por delações premiadas vazadas à mídia, portanto, tem-se uma dúplici compressão, uma dupla redução de complexidade, que se retroalimenta em uma criação de expectativa (condenatória) e que não admite qualquer questionamento ou problematização.

⁴⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?..., ps. 143-144.

⁴⁵⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**..., ps. 42-43.

⁴⁵¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**..., p. 46.

⁴⁵² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**..., ps. 46-47.

A questão, portanto, é da maior gravidade e não pode permanecer nesses termos, em que se deixa a perigo “a criação de informações” e “as narrativas de ocasião”, possibilitando-se que sejam dados coloridos criminosos a dinâmicas absolutamente lícitas e legítimas, apenas porque “o delator precisa ‘dourar’ a narrativa para que tenha valor no mercado de compra e venda de informações.”⁴⁵³

Ocorre, entretanto, que, se a delação premiada “é meio de obtenção de prova destinada a demonstrar a ocorrência de crime e sua autoria”⁴⁵⁴ – e não *a prova* em si mesma –, razão nenhuma existe (ao menos concorde à Constituição Federal) para que seja valorada, ainda que de maneira subsidiária, pelo juiz sentenciante. Nessa linha de raciocínio, nem mesmo as palavras do delator em Juízo poderiam ser objeto de valoração da sentença penal condenatória no que toca aos delatados. Delator não é testemunha e – em razão de seu interesse no desfecho do processo em relação não apenas a si mesmo mas também no que se refere à condenação dos delatados, além de sua própria imbricação com o órgão acusatório e suas teses relativas aos fatos – suas declarações não deveriam ter nem sequer o peso daquelas atribuídas à testemunha não compromissada, cuja tentativa de mentir é meramente presumida e indireta, pois decorrente de parentesco próximo com o imputado.⁴⁵⁵ A sujeição do delator “ao compromisso legal de dizer a verdade”⁴⁵⁶ não neutraliza seu interesse no desfecho do caso penal e tampouco reveste suas declarações de idoneidade probatória.⁴⁵⁷

Para Vinicius Gomes de Vasconcellos, o artigo 4º, parágrafo 16, da Lei 12.850/13 há de ser lido em conjunto com o atual artigo 197 do Código de Processo Penal,⁴⁵⁸ que dispõe que a idoneidade da confissão deve ser aferida por meio da confrontação com as demais provas do processo, devendo o juiz verificar se entre estas e aquela “existe compatibilidade ou concordância.”⁴⁵⁹ Trata-se, porém, de critério de todo insuficiente e que desconsidera as

⁴⁵³ ROSA, Alexandre Morais da; SAN’ANA, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico...**, p. 33.

⁴⁵⁴ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada...**, p. 50.

⁴⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal...**, artigo 208: “Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”; artigo 206: “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

⁴⁵⁶ BRASIL. **Lei 12.850...**, artigo 4º, § 14.

⁴⁵⁷ “Ainda que a própria legislação imponha o dever de veracidade, isso não altera o cenário de fragilidade das declarações do colaborador”, diz Vinicius Gomes de Vasconcellos (2017, ps. 220-221).

⁴⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal...**, p. 221.

⁴⁵⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal...**, artigo 197: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o

diferenças medulares entre o réu confitente e o delator. Partindo de um pressuposto teórico de eticidade e conformação das agências punitivas para com a lei, é possível dizer que aquele que confessa conduta própria, via de regra o faz em razão do vasto acervo probatório que enxerga coligido contra si e do benefício, ainda que módico, da confissão espontânea, previsto na alínea *d* do inciso III do artigo 65 do Código Penal,⁴⁶⁰ ao passo que o delator apresenta versão premiada acerca da participação do delatado. E o faz exatamente em razão da insuficiência probatória que vincule tal pessoa, direta e subjetivamente, ao contexto criminoso investigado.

Ademais, o artigo 197 do Código de Processo Penal foi pensado para uma criminalidade cruenta e visa a proteger o réu confitente e, possivelmente de forma mais interessada, o próprio sistema de justiça criminal de uma falsa confissão – esdrúxula e divorciada da prova dos autos – forçada ou induzida pelo verdadeiro autor do delito.⁴⁶¹ Para evitar a impunidade do real agente da conduta criminosa a partir da recepção da confissão como prova absoluta é que a legislação a condicionou aos critérios de compatibilidade ou concordância, não para proteger o confitente. Com efeito, tais parâmetros são extremamente maleáveis e se prestam à eficiência punitiva, tanto em um contexto de fragilidade probatória quanto em um em que sobejam provas contra o imputado.

Assim, se o critério de compatibilidade ou concordância basta para a valoração da confissão, não se pode dizer o mesmo para as palavras do delator. Até porque é difícil imaginar que o delator se apresente com seu advogado perante o Ministério Público ou perante a autoridade policial, buscando um acordo de colaboração premiada que melhore significativamente sua situação processual e ofereça, àqueles que estão presidindo as investigações – e que já têm à disposição significativo acervo reunido –, versão que seja com elas absolutamente incompatível ou que os frustrate em suas hipóteses. Em tais situações o acordo nem sequer seria aceito pelas agências de persecução penal.

Certo é que a Lei nº 12.850/13 previu como crime “[i]mputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe

juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

⁴⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, 31.12.1940, artigo 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...): III – ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;”

⁴⁶¹ Por exemplo a falsa confissão de determinada prática criminosa por menor de idade, penalmente inimputável e sujeito às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – dentre as quais a que prevê período máximo de internação de três anos (art. 121, § 3º, Lei nº 8.069/1990).

inverídicas”.⁴⁶² Entretanto, à toda evidência a efetividade de tal dispositivo é muito diminuta para evitar a chamada *delação caluniosa*, limitando-se às hipóteses em que a imputação falsa não vá ao encontro das expectativas ou anseios – mais ou menos explícitos (e não raro já indicados formalmente no próprio caderno investigativo) – dos membros do Ministério Público ou da polícia judiciária responsáveis pela investigação. Afinal, sendo esses os órgãos responsáveis pela própria investigação e persecução penal, o delito de *delação caluniosa* mais serve como instrumento de pressão (mais um) para que o delator ceda às expectativas e hipóteses de seus inquiridores quanto aos personagens a serem delatados – além, é claro, de conferir alguma aura externa de geral legitimidade às versões produzidas.

Ora, conforme aponta Gustavo Henrique Badaró, as atividades dos órgãos de investigação, na fase preliminar à da ação penal, são levadas a cabo por meio de um raciocínio abduutivo, caracterizado “por operações seletivas, que inicialmente condicionam o resultado. (...) E quem investiga, exatamente por formular a hipótese explicativa, compromete-se com a mesma e deixa de ter uma posição neutra quanto à sua confirmação ou refutação.”⁴⁶³ Portanto, o critério de aceitação do acordo de delação premiada – acerca do qual não há nenhum controle – deslegitima, só por si, a valoração da palavra do delator pelo juiz na sentença penal condenatória.

Realmente, se ao juiz – ainda segundo Gustavo Henrique Badaró – não é permitido percorrer a trilha do raciocínio abduutivo que é lícita ao investigador, pois isso afetaria sua imparcialidade e o comprometeria com uma hipótese eleita *a priori*,⁴⁶⁴ então as declarações do delator não podem embasar a condenação do delatado, sob pena de falsificação do processo penal enquanto procedimento em contraditório nos termos propostos por Elio Fazzalari.⁴⁶⁵

⁴⁶² BRASIL. **Lei 12.850...**, artigo 19.

⁴⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal...**, p. 147. Ainda segundo o autor (2019, p. 148), ao se deparar com um fato tido por criminoso o investigador deve necessariamente formular uma hipótese para explicá-la, por meio de raciocínio abduutivo. E ao fazê-lo, o investigador “se compromete psicologicamente com a hipótese por ele inventada. Isso porque, diante dos dados disponíveis, somados a sua experiência e criatividade em os interpretar, aquela foi a considerada a melhor explicação dos fatos. Isso envolve sua própria pré-compreensão dos fatos, pois não se pode compreender sem pré-compreender, isto é, orientar-se por uma hipótese inicial é uma espécie de representação antecipada do resultado. Logo, quem formula a hipótese o faz propondo a explicação que lhe considera preferível. Posteriormente, terá que a confirmar, mediante indução. Para tanto, sairá em busca de elementos que a corrobore, mostrando o acerto de sua formulação.”

⁴⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal...**, p. 147.

⁴⁶⁵ Cf. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

Daí que, se a delação premiada é meio de obtenção de prova (e é mesmo), são as provas *decorrentes* da delação premiada – e estas somente – que merecem valoração judicial. A questão é precisamente a mesma do atual artigo 155 do Código de Processo Penal, como se verifica, e a melhor solução seria a exclusão física de todo o caderno investigativo aliada à criação do juiz de garantias, para que o magistrado que fosse julgar o caso penal recebesse os argumentos das partes e visse as provas por ela produzidas em originalidade cognitiva, com mitigação dos vícios decorrentes dos *efeitos perseverança* e *aliança*.⁴⁶⁶ O delator poderia ser ouvido em Juízo apenas por requisição do delatado, de modo a lhe garantir a possibilidade de exercício do direito ao confronto, assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴⁶⁷

CONCLUSÃO

Conquanto de questionável constitucionalidade – ou, precisamente por neutralizar a efetividade das garantias previstas na Constituição Federal de 1988 –, a delação premiada ressurge, com ares de refinada novidade, vigorosa como nunca na prática forense da pós-democracia neoliberal brasileira. Sua emersão é ressignificada a partir da lógica econômico-mercantilista que faz transacionável – não raro a módicos preços – cada aspecto da condição humana em prol de uma perversa maquinaria de *ratio* utilitarista e efficientista. A aceitabilidade acrítica de tal instituto pela jurisprudência e doutrina processual penal pátria, entretanto, decorre também e precipuamente do inquisitorialismo estrutural e da subjetividade cristã que por séculos contaminaram e contaminam corações e mentes em torno da confissão como epicentro e fim mesmo de uma persecução criminal que carece, cada vez mais, de legitimação política.

⁴⁶⁶ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito...**, ps. 205-221. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 55) chega a afirmar que “*há de se dar cabo do inquérito policial, não para introduzir-se (como ingenuamente querem alguns menos avisados) o chamado juizado de instrução (juízes ou promotores de justiça, como parece primário e demonstrou a história não serão menos inquisidores que as autoridades policiais: basta estar naquela situação!) mas para, aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório.*”

⁴⁶⁷ CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22.11.1969, artigo 8.2.f: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;”

Esse caldo autoritário, nutrido e retroalimentado pelo seletivo vazamento de informações a uma imprensa também pouco ou nada preocupada com os pilares de uma democracia constantemente sufocada por concertos políticos de ocasião, acabou por se espriar e embrenhar de tal modo no sistema de justiça criminal brasileiro que já não parece ser possível pensá-lo para além do inquisitório e de suas práticas delatórias. Idealizar a possibilidade de um tal cenário é de uma ingenuidade contraproducente, sem qualquer possibilidade de efetivação.

A gravidade e complexidade do atual momento do processo penal brasileiro urge ser, contudo, descortinada, para que aos poucos se possa encabrestá-lo a um mínimo de racionalidade. Foi o que este trabalho, em suas modestas pretensões, objetivou fazer: lançar luz às bases e subjetividades cristãs e inquisitórias que, aliadas à conjuntura internacional de processos penais de emergência, conduziram o sistema de justiça criminal brasileiro a uma distopia kafkiana, na qual a palavra de um qualquer premiado delator estrutura ações penais e condenações, independentemente da ausência de elementos concretos para tanto.

A delação premiada entra como verdade no processo penal brasileiro em uma alucinadora autopoiese que não permite qualquer horizonte de escape e reduz a todas as garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, além da presunção de inocência, do delatado. Em seu desfavor, portanto, o processo penal consequente à homologação do pacto delatatório é meramente um golpe de cena legitimador da condenação construída entre o Ministério Público e o delator, à margem do Poder Judiciário.

Como se não bastasse, a narrativa delatória reduz a complexidade das interações humanas, permitindo que seja midiaticamente apresentada aos espectadores como um produto embalado e pronto para consumo, sem quaisquer digressões ou reflexões. A consequência óbvia é que o Poder Judiciário fica refém dessa própria narrativa e da expectativa de condenação dela decorrente, não lhe sendo autorizado frustrá-la em nome do devido processo penal. Cria-se, pois, um deletério círculo vicioso cuja atroz força centrípeta impede ajustes de trajetória.

Uma vez que no atual estágio de alucinação parece realmente não ser possível extirpar a delação premiada do sistema de justiça criminal brasileiro, é preciso, ao menos, que se passe a raciocinar de maneira a lhe reduzir os danos e potencialidades de condenações materialmente injustas. Tratando-se, pois, o instituto de mero meio de obtenção de prova – e não a prova em si mesma –, como o reconhece a Lei 12.850/13 e a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, além da própria doutrina, o primeiro passo a ser dado deve ser em direção à exclusão da palavra do delator dos autos do inquérito policial. Só assim se poderá voltar às

bases de um processo penal que, apesar do inquisitorialismo que estrutura o sistema de justiça criminal brasileiro, permite, ainda que de maneira insuficiente, a aplicação daqueles princípios e regras constitucionais tão caros a qualquer democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida – I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **O Reino e a Glória**: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer, II. Coleção Estado de Sítio. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

ALSCHULER, Albert. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. **University of Chicago Law Review**, v. 50, n. 3, 1983.

ALSCHULER, Albert. W. The prosecutor's role in plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 36, nº 50, 1968.

ALVES, Marcelo Mayora. Diante da lei: o camponês de Kafka não é o abandonado de Agamben. **Novos estudos jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 277-284, jul./dez. 2007.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. Um ensaio sobre a dramaturgia da delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *In*: GOSTINSKI, Aine; PRAZERES, Deivid Willian dos. **Em busca das garantias perdidas**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, ps. 49-50.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 128, p. 65-89, fev. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 2ª tiragem.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters, 6ª ed., 2018.

- BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BARROS, José D'Assunção. **Papas, Imperadores e hereges na Idade Média**. Série A Igreja na História. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2011.
- BASCUAS, Ricardo J. The American Inquisition: sentencing after the Federal Guidelines. **Wake Forest Law Review**, vol. 45, 2010.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro: I**. Coleção pensamento criminológico, 5. Prólogo de Eugênio Raúl Zaffaroni. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2ª ed., 2013.
- BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno – v. I: séculos XVII e XVIII**. Tradução de Maria Maanuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.
- BAUR, Benito. **La confesion frecuente: instrucciones, meditaciones y oraciones para la frecuente recepción del Sacramento de la Penitencia**. Traducido de la 7ª ed. alemana por Edith Tech Ernst e Rodrigo Huidobro Tech. Barcelona: Herder, 1953.
- BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice**. New York: Oxford University Press, 2012. Arquivo eletrônico (Kindle).
- BÍBLIA. Novo Testamento. Romanos 13; 1:2. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/vc/rm/13>. Último acesso em 05.12.2019.
- BOLL, Matthias. **Plea bargaining and agreement in the criminal process: a comparison between Australia, England and Germany**. Hamburg: Diplomica Verlag, 2009.
- BOMBARDELLI, Pablo Giordano Bernardi. **Colaboração premiada: meio de obtenção de prova e instrumento de defesa**. Porto Alegre; SV, 2019.
- BORRAS, Alphonse. Bíblia e direito canônico. *In*: MIES, Françoise (Org). **Bíblia e direito: o espírito das leis**. Tradução de Paula S. R. C. Silva. São Paulo: Loyola, 2006.
- BOTERO, Giovanni. **Della Ragioni di Stato**. Libri dieci. Venetia: apresso i gioliti, 1589. Disponível em: <http://sciencepoparis8.hautetfort.com/media/02/01/1597175066.pdf>. Último acesso em 29.08.2018.

BRASIL. CNMP. Resolução nº 181/2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Último acesso em 15.10.2019.

BRASIL. Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871. **Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária.** Palácio do Rio de Janeiro, 22.11.1871.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, 31.12.1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, 13.10.1941.

BRASIL. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 10.06.2008.

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1955; e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 05.08.2013 (edição extra).

BRASIL. Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. **Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária.** Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, 21.11.1871.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 16.07.1990.

BRASIL. MPF. 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à corrupção. Orientação conjunta nº 1/2018. Acordos de colaboração premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Último acesso em 06.10.2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.205, de 2001. **Altera dispositivo do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.** Diário da Câmara dos Deputados, 30.03.2001.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC 127.483/PR. Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 27.08.2015.

BRO, Bernard. **Procuram-se pecadores**. Tradução de M. Cecília de M. Duprat. Com aprovação eclesiástica. São Paulo: Paulinas, 1976.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: tomo 1.º: introdução, norma penal, fato punível. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Forense, 3ª ed., 1967.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CANTARELLA, Glauco Maria. Filosofia e monaquismo. *In*: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média**: bárbaros, cristãos e muçulmanos – vol. I. Tradução de Bonifácio Alves. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 4ª ed., 2016.

CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. As abordagens policiais e o caso Miranda v. Arizona (1966): violência institucional e o papel das cortes constitucionais na garantia da assistência do defensor na fase policial. **Revista brasileira de direito processual penal**, v. 4, n. 1, p. 303-334, 2018.

CASAGRANDE, Carla; VECCHIO, Silvana. Pecado. Tradução de Lênia Márcia Mongelli. *In*: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval**: volume 2. Tradução coordenada por Hilário Franco Júnior. São Paulo: Unesp, 2017.

CASARA, Rubens R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução de Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2ª ed., 2016.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões 'conservadora' e 'arrojada' do instituto na Lei 12.850/13, ps. 255-274. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 2ª tiragem.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados & crítica jurisprudencial – vol. 1. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Qual justiça penal?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 35, p. 15, nov. 1995.

CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22.11.1969.

CONJUR. **Juiz diz para advogado dativo colaborar se quiser ‘nomeações futuras’**. Por Tábata Viapina, 26.07.2019. Decisão judicial prolatada nos autos da ação penal nº 0012917-85.2014.8.16.0019, em 24.07.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/juiz-advogado-colaborar-quiser-contemplado>. Último acesso em 11.10.2019.

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

CORDERO, Franco. Linhas de um processo penal acusatório. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – vol. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. Milano: Giuffrè, 9ª ed., 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – vol. 1. Organizado por Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ed. 2, dez. 2016.

D’AVILA, Fabio Roberto. **Resultado e dispersão em direito penal: reflexões iniciais à luz da práxis penal brasileira**. Homenagem ao Prof. Doutor José de Faria Costa. *No prelo*, s. a.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE LAGASNERIE, Geoffroy. **A última lição de Michel Foucault**: sobre o neoliberalismo, a teoria e a política. Tradução de André Telles. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida – vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Ed. IDP, 2015, p. 69.

Disponível em:

http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1744/A_Dela%C3%A7%C3%A3o_ou_Colabora%C3%A7%C3%A3o_Premiada.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Último acesso em 18.09.2019.

DREHER, Martin N. **A Igreja no mundo medieval** – vol. 2. Coleção História da Igreja. São Leopoldo: Sinodal, 1994.

ELIADE, Mircea. **O sagrado e o profano**: a essência das religiões. Tradução de Rogério Fernandes. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGERMAN; Stanley L.; SOKOLOFF, Kenneth L. **The Evolution of suffrage institutions in the new world**, fev. 2005. Disponível em

<http://economics.yale.edu/sites/default/files/files/Workshops-Seminars/Economic-History/sokoloff-050406.pdf>. Acesso em 19.07.2019.

ÉSQUILO. **Eumênides**. Tradução do grego de Mário da Gama Kury. Zahar, 2010. Arquivo eletrônico (Kindle).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Salinas v. Texas, 570 U. S. ____ (2013). Disponível em:

https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-246_7148.pdf. Último acesso em 01.08.2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Berghuis v. Thompkins, 560 U. S. 370 (2010). Disponível em:

<https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/560bv.pdf>. Último acesso em 03.08.2018.

EXAME. **Mais de 40 mil juízes e promotores assinam carta contra Lei de do Abuso:** integrantes de associação de magistrados e procuradores disseram que a lei incentiva a impunidade e fragiliza o sistema de justiça do país. Por Estadão Conteúdo, 10.10.2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/mais-de-40-mil-juizes-e-promotores-assinam-carta-contra-lei-do-abuso/>. Último acesso em 11.10.2019.

EXTRACTS FROM NA INTERVIEW WITH FRIEDRICH VON HAYEK. **Punto de Vista Económico**, 2016. Disponível em: <https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>. Acesso em 12.02.2019.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcolm M. **The process is the punishment:** handling cases in a lower criminal court. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010.

FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo**. Apresentação e tradução de Adriana Veríssimo Serrão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianps, 2ª, ed.

FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph:** a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FOLHA DE S. PAULO. **1968 – Ato Institucional 5**. Novo em folha, 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/personas/delfimNetto.html>. Último acesso em 21.10.2019

FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade:** o governo de si e dos outros II. Curso no Collège de France (1983-1984). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 1973.

FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber:** curso no Collège de France (1970-1971). Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos**. curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

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

FOUCAULT, Michel. **Obrar mal, decir la verdad**: la función de la confesión en la justicia. Curso de Lovaina, 1981. Tradução de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 42ª ed., 2014, p. 96.

FRANKENBERG, Günter. **Técnicas de Estado**: perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção. Tradução de Gercelia Mendes. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GAZETA DO POVO. “**Ninguém quer ser um Marcos Valério**”, afirma procurador da Lava Jato. Por Estadão Conteúdo Web, 17.09.2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/ninguem-quer-ser-um-marcos-valerio-afirma-procurador-da-lava-jato-539mxdxd5px6pqsqeeeyjors9g/>. Último acesso em 11.10.2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2016.

GLOECKNER, Ricardo J. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Transpolíticas do imaginário (punitivo) ou a codificação da sedução. **Sistema penal & violência**. Dossiê pensamento político e criminológico. Porto Alegre, vol. 5, nº 2., p. 252-264, jul-dez 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GRAEF, Richard. **O sacramento da divina misericórdia**. Tradução de Júlio e Gabriele Fachini. São Paulo: Paulinas, 1967, ps.

GUDJONSSON, Gisli H.. **The psychology of interrogations, confessions and testimony**. West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 1992.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

HARVEY, David. **A brief history of neoliberalism**. New York: Oxford University Press, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución**. Tradução de Tania Ixchel Atilano Camacho. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México: UBIJUS Editorial, 2009.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 3ª ed., 2018.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Série di Diritto. Bologna: Zanichelli, 1979.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal. Editorial. **Boletim IBCCRIM**, n. 323, out. 2019.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, 10ª reimpressão.

KASSIN, Saul M. **Why confessions trump innocence**. American Psychological Association, vol. 67, n.º 6, set. 2012, p. 431-445.

KASSIN, Saul M.. On the psychology of confessions: does innocence put innocents at risk? **American Psychological Association**, vol. 60, n. 3, p. 215-228, 2005.

KASSIN, Saul M.; DRIZIN, Steven A.; GRISSO, Thomas; GUDJONSSON, Gisli H.; LEO, Richard A.; REDLICH, Allison D. **Police-induced confessions: risk factors and recommendations**. Universit of San Francisco School of Law. Law Hum Behav, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/SSRN-id1483878.pdf>. Último acesso em 31.07.2018.

KAZANTZAKIS, Nikos. **O Cristo recrucificado**. Tradução de Guilhermina Sette. Coleção Os imortais da literatura universal. São Paulo: Abril Cultural, 1ª ed., 1971.

KHALED JR., Salah H. Itinerário de uma epistemologia persecutória: a refundação do processo penal inquisitório através da cientificidade e do positivismo jurídico, ps. 11-30. *In*: MIGUEL; Vincícius Valentin Raduan; KHALED JR., Salah H. (Orgs.). **Direitos fundamentais na era dos extremos**: a exceção como regra. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

KHALED JR., Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016, 2ª ed.

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **O leopardo**. Tradução de Rui Cabeçadas. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LANGBEIN, John H.. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, nº 1, p. 3-22, 1978.

LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado**. Tradução de Daniel P. P. da Costa. São Paulo: n-1 edições, 2017.

LEA, Henry Charles. **A history of auricular confession and indulgences in the latin Church** – vol. I: confession and absolution. Philadelphia: Lea Brothers & Co. 1896.

LEBRUN, Gérard. **O que é poder**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Silvia Lara Ribeiro. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1984.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LEO, Richard A. Inside the interrogation room. **Journal of Criminal law and & criminology**, vol. 86, n. 2, p. 266-303, 1996.

LEURET, François. **El tratamiento moral de la locura**. Asociación Española de Neuropsiquiatria. Tradução de María José Pozo Sanjuán. Madrid: Siglo XXI, 2001.

LEURET, François. **El tratamiento moral de la locura**. Asociación Española de Neuropsiquiatria. Tradução de María José Pozo Sanjuán. Madrid: Siglo XXI, 2001.

- LICCIARDELLO, Pierluigi. A cultura dos mosteiros e a literatura monástica. *In*: ECO, Umberto (Org.). **Idade Média: bárbaros, cristãos e muçulmanos** – vol. I. Tradução de Bonifácio Alves. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 4ª ed., 2016.
- LITTLE, Lester K. Monges e religiosos. Tradução de Eliana Magnani. *In*: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval**: volume 2. Tradução coordenada por Hilário Franco Júnior. São Paulo: Unesp, 2017.
- LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Tradução de Giovanni Semeraro. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.
- LÖWY, Michael. **Quando capitalismo não rima com democracia**. Tradução de Gabriela Leite. Disponível em: <https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/lowy-quando-capitalismo-nao-rima-com-democracia/>. Último acesso em 05.03.2019.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Revisão (e apresentação) de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas**. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del puerto, 2004, 2ª ed., 3ª reimp.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho procesal penal: tomo I. Buenos Aires: EJEJA, 1951.
- MARÍN-DÍAZ, Dora Lilia. **Autoajuda, educação e práticas de si: genealogia de uma antropotécnica**. Coleção estudos foucaultianos. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MBEME, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2ª ed., 2014.
- MCCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. **Stanford Law & Policy Review**, vol. 26, nº 61, p. 61-118, 2015.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade, ps. 53-104. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coords). **Colaboração premiada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, 2ª tiragem.

Ministerio de la Guerra. **Código Penal frances**: traducido al castellano de orden de S. M. El Emperador Maximiliano I. México: 1866.

MISES, Ludwig von. **Caos planejado**: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo. Tradução de Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017.

MISES, Ludwig von. **Intervencionismo**: uma análise econômica. São Paulo: LVM, 3ª ed., 2018.

NEGRI, Antonio. **Biocapitalismo**: entre Spinoza e a constituição política do presente. Tradução de Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: Iluminuras, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução e notas de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2018.

NOGUEIRA, Thaiana Conrado; BRITTO, Thomaz Muylaert de Carvalho. A relação entre o projeto de lei anticrime e a teoria do estado de exceção permanente. **Boletim IBCCRIM**, n. 323, out. 2019.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A Inquisição**. Coleção Tudo é História. São Paulo: Brasiliense, 2012.

O'SHEA, Stephen. **A heresia perfeita**: a vida e a morte revolucionária dos cátaros na Idade Média. Tradução de André Luiz Barros. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e os outros**. Tradução de Felipe Denardi. Campinas: Vide Editorial, 2017.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PASTOUREAU, Michel. Símbolo. Tradução de Lênia Márcia Mongelli. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude (Orgs.). **Dicionário analítico do Ocidente medieval**: volume 2. Tradução coordenada por Hilário Franco Júnior. São Paulo: Unesp, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão do *mutual corroboration* na colaboração premiada**. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Orgs.). Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal, ps. 121-155. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018.

PINTO, Felipe Martins. A Inquisição e o sistema inquisitório. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, jan./jun. 2010.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012, 2ª ed.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REGIDOR, José Ramos. L'evoluzione storica della penitenza. Disponível em: http://www.cdbchieri.it/rassegna_stamp_a_2016/regidor1.htm. Último acesso em 22.09.2018. Originalmente publicado em: REGIDOR, José Ramos. **Com-Nuovi Tempi**, n. 15, abr. 1983.

RICŒUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et. al.]. Campinas: Unicamp, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Como advogar depois da Operação Lava Jato**. Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina (OAB-SC). XVIII Conferência Estadual da Advocacia, 2017. Palestra realizada em Criciúma/SC. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=45L_EztG54k. Último acesso em 28.07.2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 4ª ed., 2017.

ROSA, Alexandre Morais da; SAN'ANA, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico**: a ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019.

RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: *Ad Abolendam* (1184) e *Vergentis in Senium* (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**: tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI-XVIII). Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. **Francisco Campos**: um ideólogo para o Estado Novo. In: *Locus: revista de história*, v. 13, n. 12, p. 31-48, 2007.

SARAMAGO, José. **Democracia e universidade**. Belém: Ed. UFPA; Lisboa: Fundação José Saramago, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito**. Direito penal & Criminologia. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Marcelo Magno Ferreira e. A celebração do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova: uma análise do HC 127.483/PR e breves considerações acerca da gestão das provas no sistema acusatório. **De Jure**: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 17, n. 30, p. 263-316, jan./jun. 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Bulas medievais, cultura punitiva e processo penal: sobre as raízes da mentalidade inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA; Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SÓFOCLES. **A trilogia tebana**: Édipo Rei; Édipo em Colono; Antígona. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Zahar, 15ª reimpressão, 2012. Arquivo eletrônico (Kindle).

SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

SOUZA, Ricardo Timm de. O nervo exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética, ps. 107-118. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010.

SUMPTION, Jonathan. **The Albigensian Crusade**. Edição eletrônica (*ebook*). Londres: Faber and Faber, 2010.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOMLINS, Christopher L. **Law, labor and ideology in the early American republic**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. Transferido para versão digital em 2002. Não paginado. Arquivo eletrônico (Kindle).

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2017. Arquivo eletrônico (Kindle).

VANELLA, Carolina Alejandra. La literatura, una expresión válida para entender la cuestión criminal: a propósito de el proceso de Franz Kafka em la letra y la ley. *Revista de Derecho Penal*, **Buenos Aires**, n. 2, p. 447-470, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2017.

VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, v. 7, n. 23, 2010, ps. 371-398.

VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**: *plea bargain*, the courts, and the making of political authority. New York: Oxford University Press, 2017.

VOGEL, Mary E. The social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. **Law & Society Review**, vol. 33, n. 1, p. 161-246, 1999.

WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. Tradução de Sérgio Lamarão. *In*: BATISTA, Vera Malaguti. **Loïc Wacquant e a questão penal do capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª ed., 2012.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 3ª ed., 2ª reimp., 2015.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. *In*: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. **O absoluto frágil**: ou por que vale a pena lutar pelo legado cristão? Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2015.

ZÖRLEIN, Josef. **Directorio de confesores**. Reflexiones teológico-pastorales para la administración del sacramento de la penitencia. Barcelona: Herder, 1955.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br