

ACORDOS PENAIS SÃO INCOMPATÍVEIS COM PRINCÍPIOS GARANTISTAS ?

DOUGLAS FISCHER

O questionamento traduzido no presente texto não é inédito. Já tivemos a oportunidade de abordá-lo de forma mais detalhada em inúmeros espaços, de modo que é possível o leitor verificar a identidade, mesmo que parcial, de alguns fundamentos. Então, realmente os acordos penais seriam incompatíveis com os “princípios garantistas”? Como dizemos na companhia de Frederico Valdez Pereira¹:

há se compreender que, partindo-se das premissas originárias da obra de Luigi Ferrajoli, numa primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela que deveria ser capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico como *un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*. Em consequência, é garantista *todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efetiva*.² Já numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas. Sob esse espectro, garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser em Direito. Numa frase: não há obrigação – especialmente aos juízes – de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes. Regras podem ser formalmente vigentes, mas, para além disso, precisam ser válidas, isto é, estarem emitidas de

1. Valdez, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 4 ed., 2022. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 28.

2. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 851- 852. O cerne dessa concepção vem sendo acolhida pelas Cortes interamericana e europeia de direitos humanos.

acordo com os princípios e valores fundamentais estampados não só nos ordenamentos comunitários, mas também nas próprias Constituições. Pelo prisma de uma terceira acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos. É nesse ponto que, talvez, se irá demonstrar que essa justificação fundamental não pode ser mais vista exclusivamente pelo prisma de direitos fundamentais de quem eventualmente está sendo investigado ou processado. Não significa, evidentemente, defender uma desconsideração desses vetores fundamentais num sistema de direito democrático, muito menos visualizar um utilitarismo no direito penal, mas unicamente a compreensão de que as ordens constitucionais e comunitárias possuem previsões – e assim as interpretam as Cortes internacionais, como se verá – de outros preceitos fundamentais que merecem igual consideração no momento da análise de seus comandos normativos.

É relevantíssima a advertência de Prieto Sanchís³ quando destaca que Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista “*es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la otra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente*”. Por evidente, refere-se a todos os direitos (e igualmente deveres, acrescemos) previstos nos comandos ordenadores e dirigentes.

Ferrajoli denomina de SG (*Sistema Garantista*) uma concepção que tem pilares assentados sobre dez axiomas fundamentais, que, ordenados, conectados e harmonizados *sistemicamente*, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe o Direito Penal e também o Direito Processual Penal⁴. Literalmente, defende que:

*el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminal, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos*⁵.

De forma bem sintética, vamos a eles:⁶ 1) princípio da *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido; 2) princípio da *legalidade*; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato; 5) princípio da *materialidade*; 6) princípio da *culpabilidade*; 7) princípio da *jurisdicionalidade*; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *encargo da prova*: ao réu não se deve impor o ônus da prova da sua inocência, pois é a acusação quem tem a obrigação de demonstrar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do *contraditório*.

Ousamos criar uma expressão intitulada “garantismo penal integral”, que, ao contrário do que é dito por alguns, não é distorção dos postulados garantistas (muito menos a “criação de uma nova teoria”), mas unicamente uma ideia que procura chamar a atenção para o fato – há muito reconhecido inclusive pelo STF e pelas próprias Cortes de Direitos Humanos – que o garantismo tem uma dupla face, uma negativa (tradicionalmente vista), e outra positiva (que impõe a atuação do Estado na proteção de direitos fundamentais, vinculando-se, de certa forma, às chamadas obrigações processuais penais positivas). Ou seja, para a

3. PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

4. FERRAJOLI, op. cit., p. 93.

5. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104

6. Idem. p. 93.

(e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

É dizer: a compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação *sistemática* (por isso *integral*) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 (mas também em face de decisões da Corte IDH). Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos integrais do sistema garantista.

Seguindo a linha de sempre tratarmos os temas com a mais absoluta honestidade informativa, não podemos deixar de referir que, por suas proposições “jusfilosóficas”, Ferrajoli (que não é “penalista” ou “processualista penal”, como muitos pensam) é contrário a acordos penais *de forma geral*. Ele defende que “*nemo tenetur se detegere es la priera máxima del garantismo procesal acusatorio, enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés*”. E acrescenta: “*el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales*”⁷.

Relembremos a advertência de Miguel Carbonell⁸ no sentido de que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um paradigma inacabado, como uma obra no meio

do caminho, carente de complementação e devida compreensão. Não esqueçamos ainda que o termo “garantismo” não é de autoria de Ferrajoli, mas de Martinetto.

Acorrendo às origens de seus escritos, é correta a assertiva no sentido de que:

“en el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin”. Diz ainda: “*el esquema triádico y la epistemología falsacionista, propias del garantismo procesal acusatorio, excluyen cualquier colaboración del imputado con la acusación que sea el fruto de sugerencias o negociaciones, tanto más se se ubieran desarrollado en la sombra*”⁹.

Dizemos nós: excluem a colaboração *contra* a vontade do investigado/processado e sem a devida assistência defensiva. Pelo prisma *filosófico*, compreende o maestro italiano que se deveria ter uma “*absoluta prohibición legal de atribuir alguna relevancia penal al comportamiento procesal del imputado*”¹¹. Perguntamos nós: há(veria) realmente uma incompatibilidade dos acordos penais com princípios garantistas? Ou se trata de uma posição pessoal jusfilosófica (plenamente defensável, diga-se) de Ferrajoli? Não é pelo fato de o mestre italiano ser contrário em tese a acordos que não possamos apresentar o tema para que o leitor analise se efetivamente está correta essa “melhor” interpretação a partir das previsões constitucionais e convencionais.

Defender que há, em tese, a compatibilidade dos acordos penais significa negar os postulados garantistas? Se considerarmos que unicamente as proposições originárias do autor italiano são as que “nos pautam” e “valem” para um

7. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 608.

8. Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005. p.171.

9. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 608.

10. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.609.

11. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.609-610.

raciocínio jurídico (sem qualquer juízo crítico ou realístico), a resposta seria possivelmente no sentido negativo.

Ferrajoli compreende que especialmente o *nemo tenetur* impediria “comportamento ativo” do investigado/processado quanto à produção probatória. Mas aí temos uma concepção (defensável, repisamos) que não se coaduna com a realidade. Veja-se que não são em todos os casos de acordos da legislação brasileira que é necessário que o agente supostamente autor de um fato confesse a conduta como forma de obter os benefícios legais, como é o caso da transação e da suspensão processual, previstos na Lei nº 9.099/95, tidas como constitucionais pela Corte Suprema brasileira, não havendo aí maiores dissensos nacionais sobre a relevância dos institutos para termos uma solução negociada, sem que haja imposição de qualquer ônus de admissão de responsabilidade penal.

De outro lado, na “colaboração premiada” (Lei nº 12.850/2013) – que é abarcada pela crítica de Ferrajoli, especialmente pela importação do instituto dos Estados Unidos para a Itália – e, atualmente, também o denominado “Acordo de Não Persecução Penal” colocam como *condições* para o pretense beneficiário que ele reconheça (confesse) suas práticas criminosas, além de “indicar” o comportamento dos demais envolvidos (no caso da colaboração premiada) e apresente as provas que embasem (pelo menos parcialmente) suas declarações.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual (bilateral, que pressupõe concenso e livre disponibilidade das partes) e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos (art. 3º, Lei nº 12.850/2013, na redação da Lei nº 13.964/2019). Nos termos do art. 3º-C, § 3º, “no acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados” (redação da Lei nº 13.964/2019).

Já o ANPP, criado pela Lei nº 13.964/2019, previu a possibilidade de, nos casos em que não for hipótese de arquivamento “e tendo o investigado confessado formal e

circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”, o MP poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições previstas especificamente em lei (uma delas, a confissão, exclusivamente para esse fim e para dar segurança ao julgador na hora de aplicar uma penalidade não privativa de liberdade).

Atente-se que, no caso de acordos, o Estado não se desincumbe de, seguindo um “modelo acusatório”, produzir as provas (ônus da prova) a respeito da materialidade e indícios da autoria, embora tenha uma posição ativa essencial do investigado/processado. Tanto é assim que, em relação à colaboração premiada, hoje a legislação prevê expressamente que “nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013).

Insistimos: na colaboração premiada, o Estado também não deixa de ter o ônus probatório, mas aqui há sim uma *ação (voluntária e positiva)* do agente criminoso em produzir as provas, inclusive contra si. A questão central que precisa ser muito bem pensada e sopesada é que ele *não é obrigado* a fazer a colaboração, que, insista-se, é um negócio jurídico bilateral, que demandará também a concordância do seu defensor.

Mais que isso, e pouco visto por muitos (inclusive pelo maestro italiano), é que a técnica da colaboração premiada (e também o ANPP) é sim um meio do exercício da ampla defesa, na qual a presença do defensor é essencial e sem a qual não se realizará o procedimento (art. 3º-C, § 1º, da Lei nº 12.850/2013): “Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público”.

Noutras palavras, aquilitando o que já produzido em detrimento do “pretense colaborador”, o seu advogado irá

analisar se, pelo prisma defensivo, não se pode obter “melhores resultados” em prol do agente mediante a colaboração. Pelo prisma defensivo, ambas hipóteses mencionadas de “acordos” são uma forma de exercício da *ampla defesa*, sem que se arranhe ou viole o *devido processo legal* (aliás, não há se falar em violação do devido processo se o procedimento foi aprovado pelo legislador e reconhecido com *conformidade material* com a Constituição brasileira).

Devido processo legal não se revela apenas nas hipóteses “adversariais”. Ele pode abranger sim os modelos de composições, desde que o núcleo essencial das garantias dos imputados seja mantida (cuja renúncia dependerá exclusivamente da vontade deles, com o correspondente apoio técnico-jurídico de seus defensores).

À exceção do que se vê no pensamento de Ferrajoli (que, repise-se, está embasada numa concepção jusfilosófica), no mais o que se vê, em geral, é que se trata de uma justificativa muitas vezes “até ideológica” por parte de alguns de seus “seguidores”, desvinculada da realidade dos fatos e da própria concepção de que o “garantismo é dinâmico”, passível de melhor compreensão e devida contextualização. Vamos repisar: a ideia que circunda o garantismo (pelo prisma negativo, evitando-se excessos do Estado) é que se adotem posturas contra as garantias do investigado/processado e sem sua anuência. Mas jamais se pode olvidar que a garantia existe

“em favor do garantido”, nunca contra ele. Como já (corretamente) assentado pelo STF, o Princípio da Legalidade (fundante do garantismo) “veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido” (Inq. 4.405- DF, DJ 5.4.2018).

O exercício das garantias fundamentais não é irrenunciável. Noutras palavras, o “garantido” pode renunciar ao exercício de determinadas “garantias” se, em compensação, obtiver vantagens pelo prisma de sua própria defesa, se tudo seguir um rito previsto em lei (legalidade), mesmo que “auxilie” o Estado.

Nesse sentido, o STF também já reconheceu (corretamente) que a garantia de não produzir provas contra si mesmo não é absoluta, implicando sejam valorados os postulados da proibição de exceção e da vedação à proteção insuficiente (RE nº 971.959-RS, Plenário, DJ 31.7.2020).

Portanto, mesmo que sinteticamente, e dentro do limitado espaço, afirmamos que não há incompatibilidade entre os postulados garantistas integralmente vistos com a realização de acordos penais.