

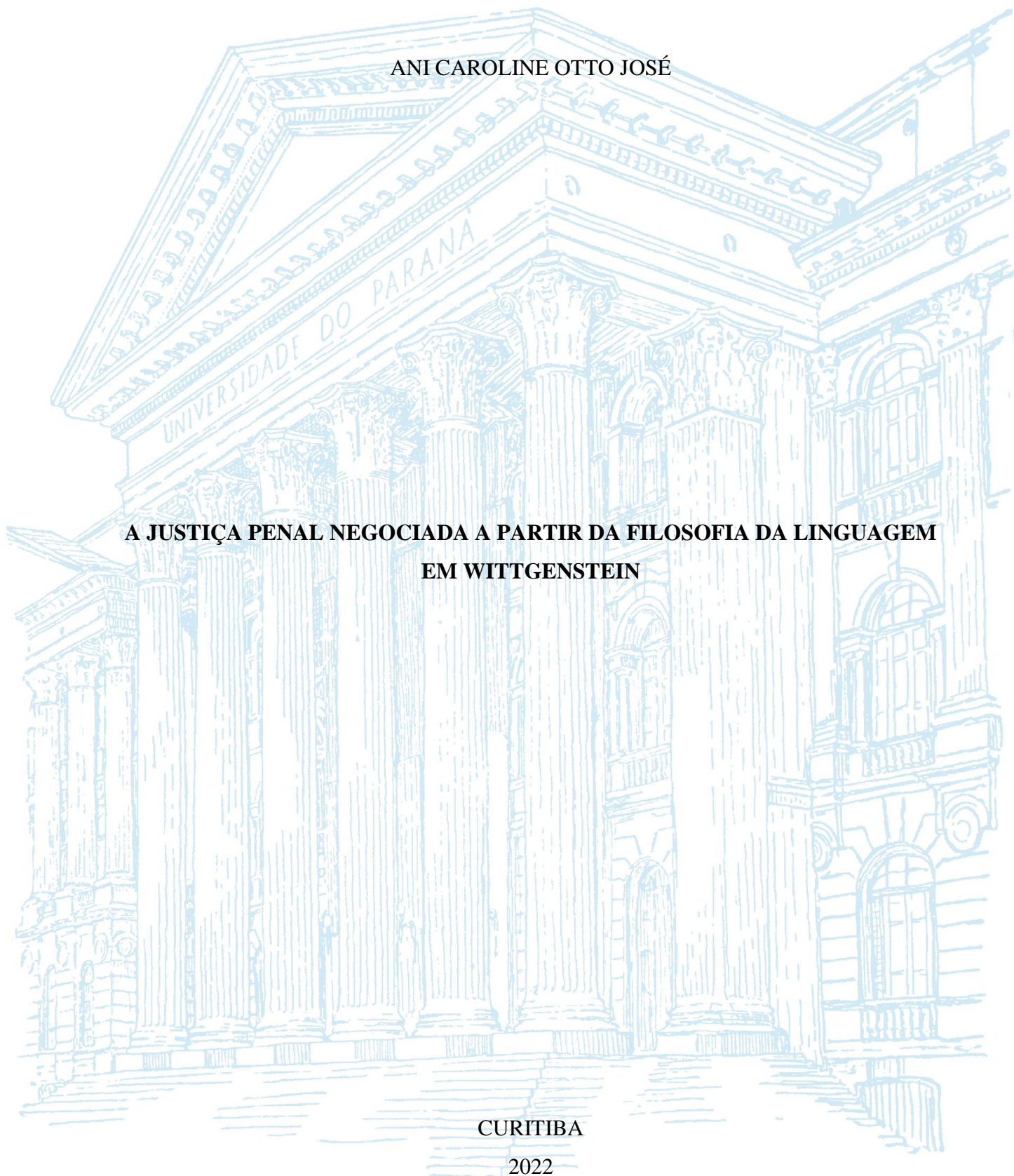
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANI CAROLINE OTTO JOSÉ

**A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA A PARTIR DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM
EM WITTGENSTEIN**

CURITIBA

2022



ANI CAROLINE OTTO JOSÉ

**A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA A PARTIR DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM
EM WITTGENSTEIN**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

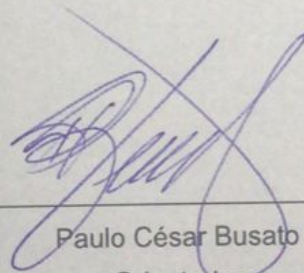
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA A PARTIR DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM EM WITTGENSTEIN

ANI CAROLINE OTTO JOSÉ

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

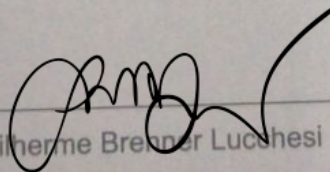


Paulo César Busato
Orientador

Coorientador



Rui Carlo Dissenha
1º Membro



Guilherme Brenner Lucchesi
2º Membro

RESUMO

O objetivo deste trabalho diz respeito à problemática da introdução do instituto da justiça penal negociada no ordenamento brasileiro. Em vista disso, a fim de corroborar com novos paradigmas e fomentar o debate em torno da justiça penal consensual, bem como promover reforços críticos às pautas que, aparentemente, não possuem solução, propomos como marco teórico a filosofia da linguagem de Wittgenstein, cuja finalidade foi discorrer sobre o Direito a partir do paradigma dialético da linguagem, enquanto expressão de sentido. Assim, como critério interpretativo e filtro de análise quando da introdução do negócio penal no ordenamento pátrio, foram utilizados os preceitos que Wittgenstein apresenta como “jogos de linguagem”. Como respaldo empírico, realizou-se uma busca jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal de Justiça, pelo elemento de busca “operação lava jato colaboração premiada”, em razão da grande publicidade envolvendo a referida operação. Como resultado da pesquisa foi observado o problema presente face a inexistência de contornos concretos da colaboração premiada. Tal problemática demonstrou, justamente, a questão apontada nos “jogos de linguagem”, na medida em que evidenciou a contradição que há no mundo cotidiano, referente ao esquecimento dos motivos pelos quais são empregados determinados conceitos. Eis que o ordenamento brasileiro ao introduzir o instituto do negócio penal, o fez com base em sua linguagem processual própria, a qual reflete uma forma de vida assentada em princípios constitucionais e do devido processo que, ao seu turno, deveriam funcionar como balizas de todo o sistema de justiça. Por fim, concluiu-se que, inobstante a sensação de celeridade que carrega a justiça penal negociada, o instituto conduz, em verdade, à fragmentação e à divergência do sistema, além de ocultar a verdadeira problemática presente no sistema de justiça criminal, tornando-se, como ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, mais uma tentativa frustrada de “americanização à brasileira”.

Palavras-chave: Justiça penal negociada; *plea bargaining*; colaboração premiada; filosofia da linguagem; jogos de linguagem.

ABSTRACT

The objective of this work concerns the problem of the introduction of the institute of criminal justice negotiated in the Brazilian order. In view of this, in order to corroborate with new paradigms and foster the debate around consensual criminal justice, as well as promote critical reinforcements to agendas that apparently have no solution, we propose as a theoretical framework the philosophy of Wittgenstein's language, whose purpose was to discuss the law from the dialectical paradigm of language, as an expression of meaning. Thus, as an interpretative criterion and filter of analysis when the introduction of the criminal business in the country order, the precepts that Wittgenstein presents as "language games" were used. As empirical support, a jurisprudential search was carried out on the site of the Supreme Court of Justice, for the search element "operation lava jet collaboration awarded", due to the great publicity involving the said operation. As a result of the research, the present problem was observed in view of the lack of concrete contours of the award-winning collaboration. This problem demonstrated, precisely, the question pointed out in the "language games", to the extent that it evidenced the contradiction that is in the everyday world, referring to the forgetfulness of the reasons why certain concepts are employed. Behold, the Brazilian order, when introducing the institute of criminal business, did so on the basis of its own procedural language, which reflects a way of life based on constitutional principles and due process that, in its turn, should function as beacons of the entire justice system. Finally, it was concluded that, despite the sense of speed that carries the negotiated criminal justice, the institute actually leads to fragmentation and divergence of the system, in addition to concealing the real problem present in the criminal justice system, becoming, as Jacinto Nelson de Miranda Coutinho points out, another failed attempt at "Americanization to the Brazilian".

Keywords: Negotiated criminal justice; bargaing plea; award-winning collaboration; philosophy of language; language games.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O MODELO DE CONSENSO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL.....	9
1.1 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	9
1.2 O MODELO CONSENSUAL NORTE-AMERICANO	11
1.3 O DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	14
1.4 PRINCIPAIS CRÍTICAS ATINENTES AO MODELO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	17
2 O DIREITO POR MEIO DO PARADIGMA DIALÉTICO DA LINGUAGEM ...	22
2.1 AS VERTENTES DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL.....	23
2.2 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM EM WITTGENSTEIN.....	26
2.3 OS PRECEITOS DOS “JOGOS DE LINGUAGEM” COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	29
3 UMA VISÃO SIGNIFICATIVA DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	33
3.1 OS SISTEMAS ADVERSARIAIS E INQUISITORIAIS ENQUANTO EXPRESSÃO DE SENTIDO	33
3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA LINGUAGEM PROCESSUAL BRASILEIRA	38
3.2.1. O SISTEMA PERSECUTÓRIO PENAL	41
3.3 O NEGÓCIO PENAL ENQUANTO EXPRESSÃO DE SENTIDO	44
3.4 CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN NO DIAGNÓSTICO DO NEGÓCIO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	47
3.4.1. EXEMPLOS DE REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	48
3.4.2. OBSERVAÇÕES QUANTO A INCOMPATIBILIDADE DOS SIGNOS	51
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Incontroverso o fato de que o aumento da criminalidade, somado a infindável crise do sistema criminal, bem como o emprego do Direito Penal como meio de controle social, influenciaram os legisladores na busca por mecanismos mais céleres de solução de conflito, ao passo que os modelos de consenso se mostraram como alternativas consideráveis, cuja base se pauta nos preceitos da negociação e acordo, tendo por finalidade, tornar próximas as partes para que, em conjunto, obtenham uma solução consensual de modo a tornar pacífico o conflito decorrente da prática delitiva em questão.

Não obstante, a introdução de uma justiça negociada na seara penal e processual penal, atende muito mais a carência de ordem prática e superficial, do que propriamente uma evolução, sobretudo pelo fato de que a adoção de mecanismos consensuais revela conforme aponta Marcus Allan de Melo Gomes, uma feição do sistema de justiça não detectável em circunstâncias de menor demanda, qual seja, sua incapacidade de apresentar respostas eficientes quando do enfrentamento da criminalidade em massa ou de maior complexibilidade, como se denota da Operação Lava Jato, notadamente pelos acordos de colaboração premiada, os quais aclamaram variadas críticas ante a ausência de contornos limitadores do instituto.

À vista disso, o primeiro capítulo tratará das características próprias do modelo de justiça penal negociada, em específico o modelo norte-americano, uma vez que foram suas raízes os preceitos utilizados quando da introdução do negócio penal no Direito brasileiro, cujo mecanismo de negociação chama-se *plea bargaining* e os acordos correspondentes a sanção configuram as *guilty pleas*, através do qual pode ocorrer a negociação por qualquer indivíduo e sobre qualquer delito.

Na sequência, abordar-se-ão os preceitos do negócio penal no ordenamento brasileiro, cuja legislação que demarcou sua introdução foi aquela atinente aos Juizados Especiais Criminais, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95, que validou a transação penal, bem como os institutos da composição civil dos danos e da suspensão condicional do processo, possibilitando o manejo de sanções penais através de um processo abreviado. Será apontado, também, a inovação a partir da introdução da colaboração premiada, que possibilitou a negociação de penas privativas de liberdade e alargou o campo de aplicação do consenso.

Será explorado ainda, de forma breve, a problemática concernente na introdução desses institutos de justiça penal negocial, que se pauta, sobretudo, no quesito constitucionalidade, mas não somente, uma vez que as demais especificidades dos sistemas também devem ser levadas em conta.

O segundo capítulo consistirá na apresentação do nosso marco teórico, adotado e balizado a partir de uma interface alicerçada na filosofia da linguagem de Wittgenstein, cuja finalidade é discorrer sobre o Direito por meio do paradigma dialético da linguagem enquanto expressão de sentido. Para tanto, será explorada a ideia de que a validação de uma norma ocorre por meio de um processo de comunicação de sentido, que, ao seu turno, sustenta-se através da relevância social.

Para tanto, tratar-se-á do que Wittgenstein propõe enquanto “jogos de linguagem”, segundo o qual, compreende-se estar na atividade humana o aporte que concebe todos os significados. Em vista disso, apresentarei a ideia de “jogos de linguagem”, que promove os significados a partir de um mecanismo que guarda relação com uma estrutura determinada, enquanto “formas de vida”, a fim de solucionar os problemas filosóficos, por meio da atividade linguística cotidiana.

No terceiro e último capítulo, seguindo as premissas da filosofia de Wittgenstein, será proposto uma visão significativa da justiça negociada. Para isso, serão elencados signos representativos dos sistemas adversariais e inquisitoriais, enquanto expressão de sentido, cuja lógica processual do primeiro, compreende o processo penal como uma disputa entre partes, perante um Juiz passivo. Enquanto o sistema inquisitorial, de matriz proveniente da *civil law*, compreende o processo penal como uma investigação oficial realizada por atores estatais em busca de uma verdade.

Após, será examinada a circulação de institutos entre ordenamentos jurídicos distintos, a partir da ideia de “formas de vida”, eis que cada transplante jurídico envolve, também, relações pessoais que influenciam diretamente na forma de compreensão e significado de todo o sistema. Na sequência, realizar-se-á uma pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal de Justiça, a fim de elencar exemplos de repercussão na jurisprudência brasileira, por meio dos preceitos de “jogos de linguagem”, enquanto lógica de observação e compreensão de significado.

Por fim, serão apresentadas algumas observações referentes a incompatibilidade dos signos, sobretudo, o problema presente face a inexistência de contornos concretos quando da introdução do instituto do negócio penal no ordenamento pátrio, buscando evidenciar a contradição que há no mundo cotidiano, na medida que o ordenamento brasileiro ao introduzir o instituto, o fez com base em sua linguagem processual própria, a qual reflete uma forma de vida assentada em princípios constitucionais e do devido processo, diferenciando-se, assim, da linguagem processual que constitui a justiça consensual por excelência.

1 O MODELO DE CONSENSO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Inegável que o aumento da criminalidade impulsionou os legisladores em busca por modelos de solução de conflito que ofertassem respostas cada vez mais céleres.¹ Bem por isso, os modelos de consenso mostraram-se como alternativas consideráveis quando da sua aplicabilidade no sistema de justiça criminal, cuja base pauta-se nos preceitos da negociação e acordo, tendo por finalidade tornar próximas as partes com o intuito de que em conjunto obtenham uma solução consensual de modo a tornar pacífico o conflito decorrente da prática delitiva em apreço.²

Soma-se, ainda, a infundável crise do sistema criminal, bem como o emprego do Direito Penal como meio de controle social, no incentivo pela busca de soluções rápidas, a partir do manejo de procedimentos de “aceleração do processo”, conforme aponta Vinicius Gomes de Vasconcelos.³

No que toca ao direito brasileiro, pretende-se uma abordagem pragmática, a fim de elencar o surgimento das leis que passaram a dispor de soluções consensuadas, no quesito justiça criminal, bem como sua aplicabilidade.⁴ Pretende-se demonstrar, de maneira breve, a preocupação atinente na importação de mecanismos negociais, cuja raiz é substancialmente diferente da que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Imperioso ressaltar que a casuística do consenso possui suas bases nos preceitos da negociação e acordo, distalmente daquilo que apregoa o conflito, que por sua vez é marcadamente alicerçado na disputa e no enfrentamento.⁵ Por essa razão, no que toca a seara processual penal, o consenso tem por finalidade tornar próximas as partes, com o propósito de que em conjunto obtenham uma solução convencionada.⁶

Nesse sentido, pode-se dividir o modelo de justiça na esfera Criminal, por um lado, naquele embasado pelo consenso, diferentemente daquele que propõe o conflito, sendo que o primeiro é marcado pela concordância das partes quanto ao desenlace do caso penal, por meio

1 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa:** (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020. p. 211.

2 *Ibidem*, p. 211.

3 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 7.

4 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1194.

5 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa:** (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020, p. 209.

6 *Ibidem*, p. 209.

de acordos e transações penais, enquanto que o segundo não autoriza ou ao menos não poderia autorizar, qualquer forma de acordo, valendo-se, para tanto, do clássico devido processo penal, através do oferecimento da denúncia, defesa e contraditório, instrução processual, sentença e recurso.⁷

Neste último, enfatiza-se o fato de o espaço de justiça criminal marcado pelo conflito não poderia trabalhar por meio de margens consensuais. Porém, tal característica vem sendo modificada com a introdução e importação de novos institutos, em especial em países do direito continental, naturalmente marcados pela resolução do conflito, tendo como exemplo o ordenamento brasileiro que será objeto de análise mais adiante.

Não obstante a prática de solução pelo consenso ocorrer há considerável tempo nos países do sistema *common law*, sua expansão nos países de matriz *civil law* trata-se de um fenômeno recente.⁸ Apenas nas últimas três décadas, conforme leciona Máximo Langer, foi que um notável número de países de sistema *civil law* incorporaram reformas adversariais em seus processos penais, ainda, marcadamente inquisitórios.⁹

Nesse aspecto, um grande número de países da Europa Continental e da América Latina tentou tornar o Juiz uma figura mais passiva.¹⁰ De modo que, durante a investigação preliminar o papel do magistrado passou a ser amplamente limitado às decisões sobre mandados de busca e apreensão, fianças e prisões cautelares, muito mais próximo do sistema anglo-americano.¹¹ Países do direito continental também teriam passado a eliminar ou suavizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como o Chile e a Guatemala.¹²

As principais observações tocam principalmente no que refere-se sua base negocial norte-americana, especificamente na semelhança ao *plea bargaining*, uma prática comum de negociação utilizada na aplicação do Direito Americano,¹³ mas que quando importada ao direito

7 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 194.

8 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 59.

9 *Ibidem*, p. 59-60.

10 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 59-60.

11 *Ibidem*, p. 63.

12 *Ibidem*, p. 63.

13 LUCCHESI, Guilherme Brenner. **O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro**. *RBCCrim*, v. 156, ano 27, p. 165-188.

brasileiro, haja vista tratar-se de um mecanismo advindo da *common law*, levanta largas discussões quanto sua compatibilidade e legalidade.¹⁴

Ademais, embora haja uma sutil diferenciação entre as formas de justiça negocial e consensual, no que toca a disposição do acusado, enquanto anuência ou determinação unilateral, serão utilizados aqui os referidos modelos como sinônimo, dado que o elemento de proeminência trata-se do mesmo, qual seja, o processo abreviado, cujo comportamento cooperativo tem por finalidade o abonamento de que o réu não seja acusado ou, ainda, tenha estipulada para si uma pena reduzida.¹⁵ De modo a demarcar, para além dos preceitos dos acordos e transações penais, também, a delação, a confissão, o chamamento de terceiros e a colaboração.¹⁶

Nessa toada, algumas caracterizações mostram-se inerentes a referida espécie, primordialmente o preceito da oportunidade da ação penal, uma vez que o campo de atuação do sistema consensual de justiça criminal subsuma-se ao campo da oportunidade no processo, em que padrões de possibilidade de não persecução penal podem ser ofertados pelo próprio órgão acusador.¹⁷ De modo que se vê presente a participação tanto da acusação quanto da defesa com o mesmo sentido, de tornar pacífico o conflito.¹⁸

1.2 O MODELO CONSENSUAL NORTE-AMERICANO

No que refere ao modelo de justiça penal negocial no direito comparado, abordaremos aquele atinente ao modelo norte-americano, uma vez que foram suas raízes os preceitos utilizados quando da introdução do negócio penal no Direito Brasil, bem como são eles o paradigma no que toca a aplicação de meios autocompositivos de solução de conflito na seara penal.¹⁹ Pois bem, nos Estados Unidos o mecanismo negocial é denominado *plea bargaining* e os acordos correspondentes a sanção, configuram as *guilty pleas*.²⁰

14 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa:** (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020, p. 218.

15 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 20.

16 *Ibidem*, p. 20.

17 *Ibidem*, p. 21.

18 *Ibidem*, p. 21.

19 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 99.

20 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

Por meio desse procedimento, regulamentado pelas Regras Federais de Procedimento Criminal, que disciplinam a tramitação da persecução penal nos Estados Unidos,²¹ o acusado possui, em geral, três possibilidades quando se encontra diante de uma acusação.²² Primeiro, em se declarar culpado, correspondendo a *plea of guilty*.²³ Segundo, não contestar a acusação, no entanto, não assumir a culpa, sendo que a admissão dos fatos não os tornam certos, devendo o Tribunal, ainda, demonstrar a culpa do acusado,²⁴ exprimindo, assim, o *plea of nolo contendere* ou, por fim, se declarar inocente, retratando, por fim, o *plea of not guilty*.²⁵

O *plea bargaining*, conforme apontam Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros e Renee do Ó Souza, trata-se, portanto, de acordo entabulado entre o réu e a acusação, através do qual o acusado confessa voluntariamente a prática de um delito ou não o contesta, em troca de benefícios ofertados pelo Promotor, como o reconhecimento de um crime menos gravoso ou a imputação de penas menos severas,²⁶ evitando, assim, o prosseguimento da persecução.²⁷ A negociação, ao seu turno, pode ocorrer a qualquer momento do processo penal, desde que antes da decisão dos jurados.²⁸

Salienta-se que a assunção de culpa acarreta diretamente na condenação do acusado, com todas as suas implicações judiciais, constituindo, inclusive título extrajudicial em benefício da parte lesada.²⁹ Ponto é que, cabe ao órgão de acusação apresentar opções tanto de acusação quanto de sanção ao réu, que, por sua vez, tem a possibilidade em escolher a opção que lhe mostrar mais favorável.³⁰ Bem por isso, o acusado, nesse sistema, tende a se declarar culpado, vez que pode receber repreensão mais branda, a assumir o risco de enfrentar um julgamento e ser sentenciado de maneira mais severa.³¹

21 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 204.

22 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

23 *Ibidem*, p. 37.

24 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 101.

25 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

26 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 201.

27 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 100.

28 *Ibidem*, p. 100.

29 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

30 *Ibidem*, p. 37.

31 *Ibidem*, p. 37.

Após as discussões preliminares entre a acusação e defesa, pode haver acordo no sentido de que a promotoria retire alguma das acusações imputadas ao réu.³² Da mesma forma, o órgão acusador pode recomendar ao juízo uma determinada sanção ou aprovar o que propôs a defesa.³³ O Tribunal, por sua vez, pode aceitar ou não o acordo, sendo que, em havendo recomendação por parte da Promotoria, quanto a uma determinada pena, não está o juízo vinculado, que poderá entender, até mesmo, de forma mais gravosa.³⁴

Assim, do acordo pactuado entre as partes incidirá sempre uma contraprestação específica. Ao acusado cabe a declaração de culpa ou a não contestação dos fatos a ele imputado e quanto ao Ministério Público, as concessões poderão assumir variadas formas. Pode-se ocorrer o chamado *charge reduction ou charge bargaining*, através do qual a Promotoria, diante da declaração de culpabilidade do acusado, reduz a classificação do crime imputado para um menos gravoso ou deixa de imputar circunstâncias que poderiam agravar a pena.³⁵

A avença pode também ser firmada por meio da forma de *sentence bargaining* ou *sentence reduction*, em que o Ministério Público recomenda ao Juiz a aplicação de uma pena mais leve ou quando solicitada pela defesa uma determinada pena, o órgão de acusação não se opõe. Há, por fim, a possibilidade de o acordo ser firmado tendo por objeto a promessa de uma sentença específica, com limites previamente estipulados pela acusação e defesa. Ressalta-se a possibilidade, ainda, de haver acordos quanto aos fatos, de modo a embasar alguma das três possibilidades anteriores de *plea bargaining*, podendo, sobre este, incidir outras contraprestações, como o pedido de liberdade condicional.³⁶

Inerente aos requisitos, denota-se que o *plea bargaining* não carece de requisitos objetivos, ao passo que possibilita a negociação por parte de qualquer acusado, em toda e qualquer espécie delitativa, tratando-se, portanto, de verdadeiro pacto negocial, entabulado pelas partes, cujo objeto da discussão é a pena que será aplicada ao acusado.³⁷

Já quanto aos requisitos subjetivos, verifica-se a necessidade de que a transação proceda da vontade livre e consciente do réu, isso pois, o acordo possui como premissa

32 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 38.

33 *Ibidem*, p. 38.

34 *Ibidem*, p. 38.

35 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 102.

36 *Ibidem*, p. 102-103.

37 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 38.

primordial, qual seja, a assunção de culpa, que para ser válida, impescinde desses dois requisitos.³⁸

Tangente ao quesito da voluntariedade, o curioso nesse sistema, está no fato de que é tolerado que a assunção de culpa seja obtida por meio de coerção psicológica, desde que embasada legalmente.³⁹ Assim, o requisito da vontade livre do agente restringe-se, somente, a impossibilidade de aceitação do acusado mediante violência física, ameaças e promessas falsas ou ilegais, por parte da Promotoria.⁴⁰ De tal forma que, o *plea bargaining* possibilita a acusação valer-se de todos os meios disponíveis, desde que, não ilegais.⁴¹

Ainda, o acordo entre as partes necessita derivar não apenas da vontade livre do acusado, como também consciente, no sentido de que o réu disponha de pleno entendimento do teor e dos efeitos do acordo pactuado, sob pena de invalidade da transação.⁴² Para tanto, o acusado deve ser advertido quanto aos contornos do delito a ele imputado, aos efeitos, como também às garantias abdicadas a partir do momento da celebração do acordo.⁴³

1.3 O DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Inicialmente, a exemplificação que despontou foi a introdução de mecanismos de solução consensual por meio dos Juizados Especiais Criminais, conforme dispões a Lei nº 9.099/95, que validou a transação penal no ordenamento brasileiro,⁴⁴ que, por sua vez, pauta-se pelos preceitos da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.⁴⁵ Buscou-se, a partir desse mecanismo, um processo mais célere nos casos de aplicação da chamada “infrações de menor potencial ofensivo”, sendo estes, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, conforme disposto em lei.⁴⁶

38 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 40.

39 *Ibidem*, p. 43.

40 *Ibidem*, p. 43.

41 *Ibidem*, p. 43.

42 *Ibidem*, p. 43.

43 *Ibidem*, p. 43.

44 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

45 “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 set. 1995.

46 “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 set. 1995.

A lei dos Juizados Especiais Criminais demarcou, também, os institutos da composição civil dos danos, da transação penal do processo, bem como da suspensão condicional do processo. O primeiro, concernente a composição civil, tem-se ligação com o denominado modelo reparador, na dimensão em que procura a conciliação e a reparação do dano causado violação em apreço.⁴⁷

Referente a transação penal e a suspensão condicional do processo, estes apresentam, para além de trações do modelo reparador, características eminentes de justiça negocial, eis que pautam-se na celebração de acordos entre as partes, por intermédio do cumprimento, pelo acusado, de certos requisitos em troca de benefícios, com a abreviação ou supressão do processo.⁴⁸

Em linhas gerais, na transação penal tem-se um acordo aventado pelo Ministério Público ao investigado, de forma que, uma vez preenchido os requisitos para tanto⁴⁹, segundo a disposição legal, pode ocorrer a extinção da punibilidade, sem que haja qualquer penalidade e nem mesmo a produção de antecedentes criminais.⁵⁰

No tocante a suspensão condicional do processo, apregoada também pela Lei dos Juizados Especiais, em seu artigo 89, destina-se a infrações cuja pena máxima é de até um ano, que, por sua vez, ocorre após o recebimento da exordial acusatória e promove a suspensão condicional do processo, por período que pode ser de dois a quatro anos, em que o réu deverá cumprir as obrigações a ele estipuladas e, uma vez atendidas todas as obrigações, promove-se a extinção da punibilidade, sem que haja, também, a produção de antecedentes criminais.⁵¹

Nesse sentido, os mecanismos implementados pela Lei 9.099/1995 possibilitaram o manejo de sanções penais através de um processo abreviado, sem que houvesse, para tanto, a produção probatória, bem como a conformação de culpabilidade.⁵² Para isso, tais institutos foram de frente com as premissas de não haver pena sem processo, assim como a indisponibilidade da ação penal⁵³, que serão oportunamente abordados.

47 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196.

48 *Ibidem*, p. 196-197.

49 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

50 *Ibidem*, p. 24.

51 *Ibidem*, p. 24.

52 *Ibidem*, p. 24.

53 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa: (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020. p. 213.

Todavia, não é autorizado a esses institutos a negociação de penas privativas de liberdade, ocorrendo, somente, através de penas restritivas de direitos.⁵⁴ Não obstante isso, o ordenamento brasileiro inovou com a introdução da colaboração premiada, disposta em diferentes dispositivos de lei desde o final dos anos 80, autorizando, por meio deste, a imposição de penas restritivas de liberdade e alargando sua aplicação para infrações mais graves.⁵⁵

Esse instituto conta com anuência do acusado para com a acusação por meio de sua colaboração, tornando a investigação mais célere através de sua confissão e nomeação de elementos probatórios outros que auxiliem na produção de provas.⁵⁶

Foi introduzido também, o chamado acordo de leniência, o qual regulamenta-se por meio da Lei do Sistema de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2001), cujos contornos se assemelham muito ao previsto pela colaboração premiada, diferenciando-se, contudo, no quesito órgão de legitimidade para a sua proposição, vez que neste, conta-se com a atuação do Ministério da Justiça e não mais do Ministério Público.⁵⁷

Ainda, ressalta-se os projetos de reestruturação do Código penal, bem como do Código de Processo Penal, por meio dos quais se propõe a previsão de institutos de justiça penal negocial ainda mais amplos, através do procedimento sumário e da barganha, respectivamente.⁵⁸

Por meio do previsto em seu artigo 105, o Projeto de reforma do Código Penal, aventado pelo Projeto de Lei 236/2012, visa a introdução do instituto da barganha, a partir do qual não haveria limitação nenhuma quanto ao delito aos quais poderiam ser aplicados, nem mesmo a incidência de pena cominada.⁵⁹ Não obstante a boa intenção da proposta para aqueles a aplaudam, houve o afastamento do mecanismo, através de parecer, ante sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais do ordenamento pátrio.⁶⁰

Quanto ao novo Código de Processo Penal, o Projeto de Lei 8.045/2010, em seu artigo 283, prevê o procedimento sumário, segundo o qual, autoriza-se a aplicação de pena de forma imediata para delitos cuja pena máxima não ultrapasse oito anos no seu mínimo legal⁶¹.

54 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

55 *Ibidem*, p. 25.

56 *Ibidem*, p. 25-26.

57 *Ibidem*, p. 25.

58 *Ibidem*, p. 26.

59 *Ibidem*, p. 26.

60 *Ibidem*, p. 26.

61 *Ibidem*, p. 26.

Há, também, o Projeto de Lei Anticrime, que, ao seu turno, buscou avançar mais um passo na introdução de negócios penais no ordenamento brasileiro⁶², trazendo consigo respeito a uma série de propostas legislativas na seara penal, processual penal e também na execução penal.⁶³

Dentre as propostas, o Pacote Anticrime propôs a inserção da alínea A ao artigo 28 do Código de Processo Penal, segundo o qual prevê ao titular da ação penal pública que proponha acordo de não persecução penal, não sendo, por certo, caso de arquivamento, havendo, para tanto, a necessidade de o investigado confessar a prática delitiva, desde que o crime não tenha sido realizado por meio de violência ou grave ameaça, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro) anos.⁶⁴

Concernente a justiça negociada, o Pacote Anticrime preconizou novo modelo de acordo, através da proposta de inclusão do artigo 395-A no Código de Processo Penal, segundo o qual, possibilitar-se-ia um acordo em momento processual posterior ao recebimento da exordial acusatória e antes da fase probatória.⁶⁵

A partir disso, há um novo modelo de negócio, que exige a confissão, mas não prevê limitações quanto a fixação de pena. De modo que durante a fase compreendida entre o oferecimento da acusação e o início da instrução, as partes podem acordar pela supressão da fase de instrução e produção de probatória e requerer ao Juiz, mediante acordo, a aplicação imediata das penas⁶⁶. Assim, da maneira como foi apresentada, esse acordo penal seria aplicável a qualquer hipótese, independente da espécie de crime ou mesmo da pena cominada.

1.4 PRINCIPAIS CRÍTICAS ATINENTES AO MODELO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Muitas são as críticas inerentes ao modelo de negócio na seara penal e processual penal. Importante mencionar, inclusive, que mesmo na formação do negócio penal no sistema da *common law*, o *plea bargaining* inicialmente sofreu resistência perante a comunidade jurídica. Quanto a isso, discorrem Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros e Renee do Ó Souza.⁶⁷

62 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime**: crônica de um desastre anunciado. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019

63 REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. **Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 6-8, mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151216. Acesso em: 22 mar. 2022, p. 6-8.

64 *Ibidem*, p. 6-8.

65 *Ibidem*, p. 6-8.

66 *Ibidem*, p. 6-8.

67 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 336.

Segundo os autores, nos Estados Unidos, em 1804, um homem no Estado de Massachusetts acusado de estuprar e matar uma adolescente, confessou a prática do crime e admitiu a culpa.⁶⁸ No entanto, a corte declinou ao réu quanto a inexistência de necessidade em se declarar culpado, concedendo-lhe um prazo para repensar. O réu, por sua vez, insistiu na assunção de culpa e a corte, após aferir suas faculdades mentais, aceitou a confissão.⁶⁹

As motivações para a rejeição da corte, mesmo diante de um sistema em formação da *common law*, encontrava-se, dentre outras, pela comum ausência de representação do réu por um advogado constituído, bem como pelo fato de que grande parte dos delitos serem reprimidos com pena de morte.⁷⁰ Nesse sentido, a partir da obra de Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros e Renee do Ó Souza, “quando a confissão é considerada um ato suicida, torna-se compreensível que sua admissão provoque um sentimento de desconforto”.⁷¹

Muito embora, atualmente no ordenamento norte-americano, uma estimativa em torno de 95% dos delitos, solucionam-se através do *plea bargaining*.⁷² Ao passo que, o instituto tonou-se, ele próprio, o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos⁷³.

Não obstante a prática de solução pelo consenso ocorrer há considerável tempo nos países do direito continental, sua expansão nos países do direito continental trata-se de um fenômeno recente.⁷⁴ Apenas nas últimas três décadas, conforme leciona Máximo Langer, foi que um notável número de países de sistema *civil law* incorporaram reformas adversariais em seus processos penais, ainda, marcadamente inquisitórios.⁷⁵

Nesse aspecto, um grande número de países da Europa Continental e da América Latina tentaram tornar o Juiz uma figura mais passiva.⁷⁶ De modo que, durante a investigação preliminar o papel do magistrado passou a ser amplamente limitado às decisões sobre mandados de busca e apreensão, fianças e prisões cautelares, mais próximo do sistema anglo-americano.⁷⁷ Países de matriz *civil law* também teriam passado a eliminar ou suavizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, como o Chile e a Guatemala.⁷⁸

68 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 201.

69 *Ibidem*, p. 201.

70 *Ibidem*, p. 201.

71 *Ibidem*, p. 201.

72 *Ibidem*, p. 203.

73 *Ibidem*, p. 203.

74 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 59.

75 *Ibidem*, p. 59-60.

76 *Ibidem*, p. 60.

77 *Ibidem*, p. 60-63.

78 *Ibidem*, p. 63.

Por conseguinte, o modelo de justiça penal negociada, quando introduzido em outros sistemas de justiça, notadamente o brasileiro, trouxe consigo uma série de críticas e resistência. As principais observações, tocam principalmente no que refere-se sua base norte-americana, especificamente na semelhança com o *plea bargaining*, que quando importado ao direito brasileiro, haja vista tratar-se de um mecanismo advindo da *common law*, levanta largas discussões quanto sua compatibilidade e legalidade.⁷⁹

Primordialmente, conforme elenca Vinicius Gomes de Vasconcellos, ao nos colocarmos diante de um sistema em que a possibilidade de benefícios são apresentadas de maneira oportuna para cada caso, isso faz com que ocasione sanções diametralmente distintas para um mesmo delito e, com isso, viola-se o princípio da igualdade de tratamento perante a justiça.⁸⁰ Além disso, esses mecanismos negociais colidem, também, com a presunção de inocência, uma das principais problemáticas atinente ao sistema de justiça negociada.⁸¹

Nesse ínterim, ressalta-se que a presunção de inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembleia Nacional.⁸² De um lado, regra Processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que presumida⁸³. De outro, regra de tratamento, impedindo a adição de medidas restritivas de liberdade do acusado, ressalvados os casos de certeza.⁸⁴

Ainda, o apelo a presunção de inocência como direito natural, adveio como resposta aos anseios iluministas, que partiam do entendimento de que era preferível a absolvição de um culpado do que à condenação de um inocente.⁸⁵ Esta, que no Brasil foi erigida a dogma pela Carta Magna de 1988.⁸⁶

Logo, tendo a persecução penal a incerteza como ponto de partida, bem como a “pré-ocupação” de inocência, conforme preceitua Augusto Jobim do Amaral, o encargo punitivo somente é legítimo quando superado o estado de inocência.⁸⁷ De modo a suplantar a

79 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa:** (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020, 218.

80 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

81 *Ibidem*, p. 32.

82 MIRZA, Flávio. **Processo Justo:** O ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Volume V, 2010, p. 544.

83 *Ibidem*, p. 544.

84 *Ibidem*, p. 544.

85 *Ibidem*, p. 545.

86 *Ibidem*, p. 544.

87 *Ibidem*, p. 544.

compreensão de que o processo penal é um mecanismo prioritariamente para punição.⁸⁸ Todavia, conforme ressaltou Vasconcellos, “os mecanismos negociais esvaziam a presunção de inocência como regra probatória”,⁸⁹ vez que transportam toda a formação probatória ao próprio acusado que deveria, ao certo, ser encargo único da acusação.

Ademais, inegável o fato de que a justiça negociada apresenta meios de solução mais céleres, no sentido de que possibilita o acertamento do caso penal com a redução ou a supressão da fase de instrução probatória.⁹⁰ Contudo, tal celeridade oculta, segundo Vasconcellos, a real problemática presente no sistema de justiça criminal, de tal maneira que, a motivação pelo aumento da criminalidade e esgotamento das vias processuais, que impulsionaram os legisladores pela busca do modelo de solução acelerada, representa uma tentativa reducionista frente a complexibilidade do enfrentamento real da causa.⁹¹

Outra crítica inerente a solução consensual, se apresenta no quesito assunção de culpa, no sentido de que um acordo demonstrar-se-ia sempre como uma ficção, haja vista a desigualdade de partes inerente ao Ministério Público e o acusado, inexistindo, por essa lente, uma expressão de vontade genuinamente voluntária.⁹²

Tal posição, reflete, em verdade, as inúmeras problemáticas pertencentes ao sistema de justiça negociada norte-americana, em que a assunção de culpa é de fato induzida, vez que tratam do risco real de penas de morte e prisão perpétua.⁹³ Apesar disso, embora o modelo de solução consensual tenha aspiração no modelo estadunidense, cada país que se apoiou no consenso, buscou realizar suas próprias alterações.

Por essa razão, uma crítica em “tom genérico”, conforme discorreu Flávio da Silva Andrade, não considera as especificidades apregoadas aos diferentes institutos e modelos.⁹⁴ Bem por isso, por meio da revisão bibliográfica e recorrendo a produção acadêmica já reconhecida, sob a perspectiva de nosso marco teórico adotado e balizado pela necessidade de fomentar o debate em relação ao tema da justiça negocial, cuja consequência problemática se situa no elevado número de críticas generalizadas, buscaremos apresentar brevemente a

88 AMARAL, Augusto Jobim do. **A pré-ocupação de inocência no processo penal**. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013, 104-107.

89 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

90 *Ibidem*, p. 31.

91 *Ibidem*, p. 31.

92 ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa: (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020, p. 212.

93 *Ibidem*, p. 212.

94 *Ibidem*, p. 212.

importância em valer-se de novos paradigmas, de forma a superar a dogmática tradicional e promover reforços críticos à pautas que, aparentemente, não possuem solução ou encontram-se estagnadas.

2 O DIREITO POR MEIO DO PARADIGMA DIALÉTICO DA LINGUAGEM

Concernente a organização do sistema criminal, Busato acentua o fato de haver uma relação mútua entre o ontológico e o axiológico, empregada por meio de procedimentos de comunicação, local onde se encontra, por sua vez, a pretensão de validade do sistema criminal.⁹⁵

Essa interface de comunicação, possui sua base alicerçada na filosofia da linguagem de Wittgenstein, a partir da concepção de linguagem enquanto expressão de sentido, de modo que a universalidade no Direito somente é possível por meio da linguagem e de ações, na medida que não existem ações privadas, as quais somente podem ser reconhecidas como tais por outras pessoas.⁹⁶

Nesse sentido, Vives Antón aponta que Wittgenstein ao enfrentar a temática, inicialmente, propôs um critério meta-ético para diferenciar os juízos normativos pertencentes a ética, daqueles de sua pretensão de validade. Contudo, manteve-se no plano conceitual e nada mais escreveu sobre ética, fazendo crer que compreendia ética de modo análogo a crença religiosa.⁹⁷

À vista disso, Wittgenstein diferenciou entre crença religiosa e crença racional. Quanto a primeira, a dúvida expressava um desacordo, enquanto que na segunda poderia representar, inclusive, um princípio de acordo.⁹⁸ Dessa forma, diante dos planos gramatical e substantivo, para Wittgenstein cabia analisar os juízos éticos.⁹⁹

Quanto a diferenciação dos juízos éticos e a doutrina do direito, Vives acentua o fato de que esse processo de diferenciação ocorre sempre por um mecanismo de internalização, cujo produto é uma consequência ilusória, na medida que resulta em definir a evolução dos sistemas jurídicos ao longo da modernidade como critérios substantivos, onde, em verdade, deveria operar os critérios gramaticais. Em vista disso, segundo Vives, o debate do Direito se encontraria elencado em torno da justiça, mas a compreensão, ao seu turno, poderia ser outra.

Wittgenstein ao verificar que os referidos juízos éticos não poderiam traduzir as descrições e careciam de sentido, reconstruiu sua posição e partiu do entendimento de que as práticas determinam por si só as pretensões de validade normativa, o que o fazem por meio de uma sociedade com uma história determinada.¹⁰⁰

95 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 356.

96 *Ibidem*, p. 356.

97 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 477.

98 *Ibidem*, p. 477-478.

99 *Ibidem*, p. 479.

100 *Ibidem*, p. 482-483.

Nesse ínterim, Wittgenstein compreende essa linguagem humana através do conceito “jogos de linguagem”, cuja definição não é sistematizada, mas apresentada enquanto características, por meio de uma vastidão de exemplos. Não há, portanto, um conceito unívoco de jogo de linguagem, mas a partir de seus exemplos retira-se que a função descritiva da linguagem é apenas uma de suas várias funções.¹⁰¹

Bem por isso, não implicaria para a ética a necessidade de que todas as coisas fossem guiadas, quer na direção naturalista ou na direção intuicionista, por meio de um paradigma das ciências discretivas ou explicativas. De modo que tanto o a vertente do discurso moral quanto o discurso jurídico seriam, pois, jogos de linguagem.¹⁰²

Portanto, a partir dessa lente, as normas jurídicas não são consideradas meras descrições de conduta, mas, em virtude de sua própria gramática, são compreendidas como uma dimensão diretiva acompanhada de uma pretensão de validade.¹⁰³

Em outras palavras, o Direito valida-se mediante sua aplicação, segundo um processo não inerte e, assim, a validade da norma jurídica encontra propósito no caso concreto por meio de um processo argumentativo, cujo produto provém da relação consensual entre os interessados, considerando para tanto, o sentido de relevância social.¹⁰⁴ Assim, o ponto crucial da linguagem, bem como da validação de uma norma, encontra-se, pois, em um processo de comunicação de sentido que se sustenta através da relevância social.¹⁰⁵

2.1 AS VERTENTES DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL

Quanto aos conceitos jurídicos, Vives Antón aponta para a questão de não tratarem-se propriamente de teorias, mas sim de paradigmas, ao passo que, enquanto um paradigma científico expressa nosso modo de explicar a natureza, uma dogmática jurídica, por sua vez, expressa nosso modo de compreender e valorar a sociedade.¹⁰⁶

Em vista disso, partimos do entendimento de norma enquanto expressão de sentido linguístico que, por sua vez, não pode ser adstrita a um único ponto de vista, seja sintático ou semântico, devendo pautar-se, sobretudo, em uma dimensão pragmática.¹⁰⁷

101 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 55

102 *Ibidem*, p. 56

103 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 489.

104 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 356.

105 *Ibidem*, p. 356.

106 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 473.

107 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 276.

Conseqüentemente, a linguagem tem como função a junção de sinais por meio do qual preenche de sentido uma dada locução através do discurso.¹⁰⁸ Assim sendo, ao apresentar sentido às expressões, não pode a linguagem resumir-se unicamente a uma linha de abordagem semântica ou mesmo sintática, enquanto palavras exclusivamente como significados.¹⁰⁹

De modo que o sentido real, se encontra a partir de uma abordagem pragmática da norma que somente é possível através de um olhar contextualizado perante o caso concreto que o envolve.¹¹⁰ Portanto, a norma não pode ser compreendida em termos isolados, mas sim por meio de sua aplicação contextualizada.¹¹¹

No tocante ao critério de interpretação da norma jurídica, vale o aporte histórico, a fim de conduzir o leitor a escolha do nosso marco teórico adotado, para isto, Busato elenca a controvérsia ainda presente em relação a contenda quanto a existência ou não de uma lógica exclusiva de pensar o Direito diferente das demais áreas.¹¹²

Primeiro, se apresentou uma ótica dividida entre o ser e o dever ser, na forma descritiva e prescritiva, nessa ordem. Tal modelo, representava uma racionalidade *keseniana*, demonstrando, a partir disso, os modelos de perspectivas ontológicas, enquanto teoria do ser.¹¹³

Ao entender-se pela necessidade de uma lógica de interpretação exclusiva para a norma jurídica, passou-se a reconhecer que tal processo deveria ser aquele representado pelo silogismo, o qual se trata de uma sequência de enunciados, dos quais o conteúdo se encontra em duas preposições, quais sejam, premissa maior e premissa menor.¹¹⁴

Para isso, tem-se como partida uma premissa maior e genérica que, por meio de um processo indutivo, leva à conclusão a premissa menor de cunho individual.¹¹⁵ Modelo este, que os ensinamentos de Busato apontam como o método ainda preponderante na seara da prática jurídica brasileira, haja vista a influência marcadamente *kelseniana* no ordenamento pátrio.¹¹⁶

Contudo, o modelo se encontrou em conflito diante da crise do modelo positivista, que consigo levava dentre as problemáticas, aquela atinente a subjetividade do intérprete, que pode acarretar tanto em erros da interpretação da norma, quanto transcender os estereótipos próprios de um ser humano, bem como resoluções que muitas vezes são injustas, mesmo que em

108 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 276.

109 *Ibidem*, p. 276.

110 *Ibidem*, p. 276.

111 *Ibidem*, p. 276.

112 *Ibidem*, p. 277.

113 *Ibidem*, p. 277.

114 *Ibidem*, p. 277.

115 *Ibidem*, p. 277.

116 *Ibidem*, p. 277.

conformidade com a lei, tendo em vista que modelo pautava-se em critérios absolutos de verdade.¹¹⁷

Assim, para o positivismo radical o significado se reduz a atos e leis lógicas, de modo que a norma se trata, pois, de uma decisão de quem detém o poder. Uma posição que Vives aponta como de difícil defesa, eis que o que estenderíamos por linguagem, nesta perspectiva, seria uma mera ilusão. Há, assim, um reducionismo no positivismo radical e, por isso, caem na insuficiência.¹¹⁸

Ato contínuo, despontou nos meados do século XX, uma corrente de interpretação inovadora, por meio da qual propunha-se um entendimento inclusivo das circunstâncias fáticas, tendo como critério de interpretação o caso concreto. A nova teoria de interpretação tinha como precursor Theodor Viehweg, nascido na Alemanha e um dos principais nomes da Filosofia do Direito naquele período, cujo objetivo era contemplar uma análise pragmática por meio de um processo argumentativo, como também, uma conclusão justa e não somente verídica.¹¹⁹

Destarte, superado o modelo positivista, baseado em preceitos de verdade, que condicionavam todo o sistema interpretativo, deu-se lugar ao modelo hermenêutico, por meio do qual se propunha a correlação do caso concreto e o princípio da legalidade¹²⁰, segundo a lógica do silogismo enquanto processo indutivo, composto pela premissa maior e pela premissa menor que geram, por sua vez, uma conclusão.¹²¹

Nessa perspectiva, os limites da interpretação se encontram elencados nos preceitos do princípio da legalidade, ou seja, a margem de interpretação possui como limite a premissa maior, que em nosso ordenamento refere-se a dignidade da pessoa humana.¹²² Por conseguinte, os limites se encontram adstritos pela lei, congregando as demarcações do silogismo de acordo com o princípio da legalidade, representando como critério de interpretação aquilo que se faz justo e não somente verdadeiro, como outrora aludia o modelo de interpretação positivista.¹²³

Não obstante aos métodos até então utilizados no tocante ao critério de interpretação da norma jurídica, uma nova necessidade se apresentou, isto pois, o Direito não representa aquela expressão imóvel da norma, mas se trata de algo dinâmico que, segundo o magistério de

117 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 278.

118 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 486.

119 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 278.

120 *Ibidem*, p. 279.

121 *Ibidem*, p. 877.

122 *Ibidem*, p. 279.

123 *Ibidem*, p. 277.

Busato, “não é algo que pré-exista em face do processo de interpretação, mas sim, constitui precisamente o seu resultado”.¹²⁴

O significado, por meio dessa lente, é compreendido como um caráter próprio da ação ligado a um comportamento humano, em consequência das práticas que se encontram ligadas às diferentes formas de vida.¹²⁵ E as normas jurídicas não são, nesse viés, meras diretrizes de conduta, senão por força de própria gramática, ao passo que a sua dimensão diretiva vem acompanhada por sua pretensão de validade, ensejando para tanto, um processo de argumentação racional.¹²⁶

O valor para o qual a norma tem pretensão de aludir, segundo Vives, é aquele atinente a justiça, que, por sua vez, trata-se do valor central de todo o ordenamento jurídico. Vives acrescenta, que além da materialização da pretensão de justiça, deve incidir, ainda, outros requisitos, como a segurança jurídica, a eficácia, bem como a liberdade, entre outros.¹²⁷

Essa proposta, por sua vez, tem como base os ensinamentos de Wittgenstein, o qual propõe uma indicação de validade por meio de um jogo de linguagem¹²⁸, diferenciando-se, portanto, do que se dispunha aquele mero processo de subsunção positivista.¹²⁹

A partir dessa lente, o Direito passa a ser compreendido de maneira contextualizada, através do processo da linguagem, que, ao seu turno, não preconiza a busca pela verdade, mas sim, demanda a validação da norma no caso concreto de modo equânime.¹³⁰ De modo que o processo provém do confronto de diversos aspectos, por meio do qual procura o acerto de uma significação, através de uma conclusão fundamentada, buscando, assim, uma pretensão de justiça.¹³¹

2.2 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM EM WITTGENSTEIN

Inicialmente, Ludwig Wittgenstein foi um filósofo austríaco naturalizado britânico, que se dedicou às temáticas da filosofia da matemática, filosofia da mente e à filosofia da linguagem. Sua primeira obra, *Tractatus Logico-Philosophicus* foi escrita em Viena em 1918, mas que em razão da eclosão da guerra que o levou de volta à Áustria para participar, somente foi publicada em 1921 na Alemanha, ganhando, posteriormente, uma tradução inglesa.¹³²

124 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 279.

125 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 488.

126 *Ibidem*, p. 489.

127 *Ibidem*, p. 489.

128 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013 p. 279.

129 *Ibidem*, p. 280.

130 *Ibidem*, p. 280.

131 *Ibidem*, p. 280.

132 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 23.

Segundo aponta Vives Antón, a problemática existente para Wittgenstein se encontrava justamente nos significados.¹³³ Ao passo que, em sua primeira obra denominada *Tractatus Logico-Philosophicus*, Wittgenstein partiu do conhecimento científico, cuja estrutura dependia de uma relação entre o sujeito que analisava e o objeto analisado.¹³⁴

O *Tractatus* detinha, inicialmente, a intenção em tratar de problemas filosóficos, cuja solução, para Wittgenstein, compunha-se em demonstrar que a problemática surgia a partir de uma incompreensão da lógica da linguagem.¹³⁵ A obra, desse modo, continha como intenção demonstrar em que condições uma linguagem poderia ser considerada logicamente perfeita e em que circunstâncias poderia ser empregada de modo a demonstrar um sentido definido.¹³⁶

A filosofia, segundo o jovem Wittgenstein, é uma atividade em que o resultado consiste, não nas preposições filosóficas, mas sim em elucidações das preposições.¹³⁷ Contudo, aponta Hadot, quanto ao fato de que o entendimento da linguagem, nesse sentido, não estaria adstrito apenas ao representável, isso é, a preposições que de algum modo tivessem forma lógica, uma vez que a obra aponta, também, para aquelas preposições tidas como contrassensos.¹³⁸

Isto posto, o *Tractatus* conduz o leitor em busca pela definição da noção de preposições com sentido.¹³⁹ A preposição, ao seu turno, é compreendida como a expressão de uma situação real e sua relação de representatividade com o real, é a chama forma lógica. Logo, o sentido de uma preposição é, sobretudo, a representação de uma situação real, isto é, um estado de coisas.¹⁴⁰

Ademais, Vives Antón ressalta o fato de que a linguagem científica, conforme explanada nessa primeira obra, constrói a realidade conforme as regras determinadas, de maneira que não nos permite dizer nada sobre o mundo, uma vez que se encontra adstrita tão somente a circularidade, enquanto universidade representada por signos, que por sua vez não expressa nem corresponde a nenhuma forma de experiência.¹⁴¹

133 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 464.

134 *Ibidem*, p. 464.

135 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 24.

136 *Ibidem*, p. 25.

137 *Ibidem*, p. 32.

138 *Ibidem*, p. 23.

139 *Ibidem*, p. 46.

140 *Ibidem*, p. 49.

141 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 465.

A partir desses pensamentos, O Tractatus, segundo Hadot, orientou todo um movimento filosófico, com o consequente círculo de Viena.¹⁴² Inobstante isso, o pensamento do ilustre filósofo evoluiu, superando o caráter de verdade inatingível apresentado em sua primeira obra, cedendo lugar ao segundo Wittgenstein, em 1929, que ao retornar da guerra, em que trabalhou como assistente em um hospital em Londres, escreveu *Philosophische Untersuchungen* traduzido para investigações filosóficas, em seguida fora abalado por uma doença e vem a falecer, aos 62 anos, em 1951.¹⁴³

A segunda obra, assim, representa uma evolução no pensar dos problemas filosóficos anteriormente abordados pelo autor, cujo intuito é demonstrar, segundo exemplos, como os filósofos pecam ao buscar por outra coisa que não o funcionamento normal da linguagem.¹⁴⁴ O livro compõe-se por um sequenciamento de observações vastas, atinente, sobretudo, aos temas de noção de significado, compreensão de sentido e jogos de linguagem.¹⁴⁵

Nesse sentido, Vives enfatiza que a superioridade de uma teoria sobre a outra se encontra, pois, em sua praticidade. Sendo assim, a busca pelos significados deve direcionar-se às práticas sociais, que, ao seu turno, delimitam os objetos e, permitem, assim, substituir-se por símbolos linguísticos ou propriamente por palavras.¹⁴⁶

Ao tocar o ponto da lógica enquanto ciência normativa, o segundo Wittgenstein aponta no sentido de que a própria linguagem cotidiana contém as regras de sua utilização de forma correta, notadamente pela sua característica insuperável.¹⁴⁷ Nessa obra, são os jogos de linguagem que guardam lugar aos limites de sentido das preposições.¹⁴⁸

À vista disso, a linguagem é para o segundo Wittgenstein parte inerente do social que, ao seu turno, determina o modo de comportamento cotidiano.¹⁴⁹ Nesse sentido, a ideia de jogo de linguagem promove significado por meio de um mecanismo, para cada sistema, a partir de sua respectiva atividade humana, guardando relação com uma estrutura determinada, enquanto forma de vida coletiva.¹⁵⁰

Os limites dos jogos de linguagem, por sua vez, pautam-se nos limites gramaticais de cada jogo, isto é, para cada jogo haverá uma correspondência de atividade, devendo, assim, ser

142 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 43.

143 *Ibidem*, p. 45.

144 *Ibidem*, p. 45.

145 *Ibidem*, p. 62.

146 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valência: Tirant to Blanch, 1996, p. 466.

147 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 65.

148 *Ibidem*, p. 66.

149 *Ibidem*, p. 68.

150 *Ibidem*, p. 69-70.

tratada cada correspondência por meio de suas próprias especificidades.¹⁵¹ Assim, os objetos deverão ser tratados como objetos, do mesmo modo que os sentimentos deverão ser tratados como sentimentos, seguindo, assim, os limites de seu próprio jogo.¹⁵²

Deste modo, a filosofia presente nas Investigações Filosóficas possui como pretensão, apresentar o funcionamento dos jogos de linguagem, a fim de solucionar os problemas filosóficos, por meio da atividade linguística cotidiana, conquanto formas de vida, salientando, ainda, o fato de que não haveria, nesse diapasão, nenhum significado preexistente a linguagem.

153

Em vista disso, por meio da perspectiva filosófica, alguns relacionam Wittgenstein a uma corrente presente, à época, no Círculo de Viena, tangente a uma lógica positivista, enquanto outros, o relacionam a uma vertente existencialista.¹⁵⁴ Todavia, Gottfried Gabriel, filósofo polonês, em “Observações sobre o significado da forma literária em Wittgenstein”¹⁵⁵ presente na obra de Pierre Hadot, salientou não haver pontos de vistas tão extremos, sendo que, por essa razão, os intérpretes de Wittgenstein voltam-se a uma ou a outra vertente.¹⁵⁶

2.3 OS PRECEITOS DOS “JOGOS DE LINGUAGEM” COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Como vimos no tópico antecedente, Wittgenstein propõe a noção de “jogo de linguagem” com o propósito de demonstrar que os problemas atinentes à filosofia surgem a partir de confusões de jogos de linguagens diferentes e, ademais, sua idealização possibilitaria a compreensão da filosofia em torno de si, com base na sua própria história.¹⁵⁷

No *Tractatus*, as proposições da filosofia apresentavam-se como contrassensos, uma vez que não dispunham de correspondência com a lógica da linguagem, sendo que transportava o filósofo a representar o irrepresentável e, quanto a linguagem cotidiana, supunha existente uma linguagem ideal.¹⁵⁸ Já em *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein renunciou a essa ideia de linguagem ideal, na medida em que o erro da filosofia passou a consistir em querer-se ir para além da linguagem cotidiana.¹⁵⁹

151 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 71.

152 *Ibidem*, p. 71.

153 *Ibidem*, p. 72-73.

154 *Ibidem*, p. 97.

155 *Ibidem*, p. 97-110.

156 *Ibidem*, p. 97-98.

157 *Ibidem*, p. 109.

158 *Ibidem*, p. 76-77.

159 *Ibidem*, p. 77.

Quanto aos preceitos específicos dos jogos de linguagem, Hadot enfatiza o fato de não haver na obra nenhuma explicação exaustiva ou uma definição clara.¹⁶⁰ No entanto, aponta que a recusa parece, por parte de Wittgenstein, sistemática, vez que o filósofo afirma que a filosofia não deveria de forma alguma tocar na utilização efetiva da linguagem e tão somente descrevê-la, salientando que inexatidão, por sua vez, não tende a significar algo inutilizável, no sentido de que sabemos a respeito da noção de jogo, sem necessitar, contudo, de uma definição metafísica para referendá-la.¹⁶¹

Nessa toada, algumas alusões são tecidas por Wittgenstein quanto a locução “jogo de linguagem”, evidenciando que, nesse sentido, linguagem se apresenta em relação integrante para com as formas de vida.¹⁶² No tocante as variedades, muitas seriam as possibilidades de jogos de linguagem, ao que poderia ser evidenciado no ato de descrever um objeto ou uma situação, examinar uma hipótese, descrever uma experiência, contar uma história, resolver problemas, dentre outros, mas, partindo sempre de uma certa forma de vida.¹⁶³

Por esse ângulo, neste trabalho iremos nos valer da ideia de jogos de linguagem como critério de observação e comparação no tocante a utilização de institutos e signos provenientes de sistemas distintos, o que faremos, justamente, com base na linguagem processual de cada forma de vida.

À vista disso, em *Investigações Filosóficas*, a problemática da filosofia se situa na má utilização dos jogos de linguagem, como exemplo, a tentativa em fazer representar um objeto por meio de um jogo de linguagem que não comporte correspondência com objetos.¹⁶⁴

Do mesmo modo, o jogo de linguagem referente aos sentimentos seria motivo de grande confusão, eis que, “o falar” em experiência íntima, não encontra correspondência com o exterior, ao que, enquanto sensação individual, é exprimível.¹⁶⁵ Assim, falar sobre um sentimento, é, nesse sentido, jogar um determinado jogo de linguagem com a intenção de obter a empatia do interlocutor, isso pois, o que verdadeiramente lhe corresponde é inexprimível.¹⁶⁶

Atinente a isso, Wittgenstein coloca a necessidade em romper-se com a ideia de que a linguagem funciona tão somente para representar pensamentos.¹⁶⁷ Hadot acrescenta, ainda, ser

160 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 77.

161 *Ibidem*, p. 77-78.

162 *Ibidem*, p. 78.

163 *Ibidem*, p. 78.

164 *Ibidem*, p. 79.

165 *Ibidem*, p. 79.

166 *Ibidem*, p. 79-80.

167 *Ibidem*, p. 88.

necessário romper com o ideário de que a filosofia da linguagem fosse, também, uniforme.¹⁶⁸ E, assim, um filósofo se encontra sempre em um determinado jogo de linguagem, sendo necessário para compreendê-lo, então, tomar nota do jogo de linguagem em que se encontra.¹⁶⁹

Se comparado às linguagens simbólicas, uma fórmula alegórica quando retirada do seu jogo de linguagem original e colocada em um jogo de linguagem diferente, poderia sem dificuldade alguma mudar de sentido, sendo essa, uma comparação sensivelmente perceptível, pois visível aos olhos. Apesar disso, a dificuldade quanto a percepção dessa diferença quanto aos demais jogos de linguagem, está no fato de que a linguagem passou a ser escrita e, assim, não mais sensível aos olhos como outrora.¹⁷⁰

Diz Wittgenstein que a linguagem funciona, assim, por meio de seus usos, enquanto funcionalidade prática, sendo indispensável, para tanto, os significados das palavras.¹⁷¹ Constitui-se, assim, uma multiplicidade de linguagens conforme as diferentes formas de vida, ao passo que, em verdade, a definição da linguagem deve, nesse sentido, ser apontada como “jogos de linguagem”.¹⁷² Em que os significados, em vista disso, nascem tão somente das práticas.¹⁷³

Vives Antón acrescenta, ainda, que para existir linguagem neste entendimento, é necessário haver, para tanto, um mundo externo, assim como vários sujeitos.¹⁷⁴ Bem por isso, uma dada linguagem somente possui significado em relação ao seu contexto de uso, ao passo que seus significados somente são válidos no contexto de origem.¹⁷⁵

Nesse viés, não há para Wittgenstein uma única funcionalidade, tão pouco algo que pudesse ser reputado como “o jogo de linguagem”.¹⁷⁶ Segundo seu entendimento, a linguagem não pode ser apreendida através de uma única estrutura lógica e formal, da mesma maneira que uma preposição não carrega em si toda a correspondência possível, sendo que haveriam, em verdade, certas semelhanças ou, como apontando em *Investigações Filosóficas*, “certo ar de família”, correspondendo cada um, a um determinado jogo de linguagem.¹⁷⁷

168 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 88.

169 *Ibidem*, p. 88.

170 *Ibidem*, p. 88.

171 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 14.

172 *Ibidem*, p. 14.

173 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal. Valência**: Tirant to Blanch, 1996, p. 472.

174 *Ibidem*, p. 467.

175 *Ibidem*, p. 468.

176 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 14.

177 *Ibidem*, p. 14.

Pode-se depreender que a filosofia, que nada pode acrescentar aos jogos de linguagem,¹⁷⁸ deve somente instruir os homens de que modo enxergar as questões, colocando à vista a problemática proveniente do esquecimento dos motivos pelos quais foram empregados determinados conceitos,¹⁷⁹ notadamente o que pretendemos quando a elegemos como lente de análise do nosso objeto de estudo, sobretudo na observação da circulação de ideias entre sistemas que dispõe de formas de compreensão e significado opostos, isso é, empregam conceitos incompatíveis às suas linguagens processuais.

Logo, a filosofia nada mais faz do que evidenciar as contradições no mundo cotidiano,¹⁸⁰ à medida que consiste, desse modo, em descobrir absurdos que o entendimento recebeu ao ir de encontro com as balizas da linguagem, em atenção aquela determinada forma de vida,¹⁸¹ enquanto que o trabalho do filósofo é apresentar recomendações.¹⁸²

Por fim, ressalta-se que os jogos não se tratam de formas de regulamentação da linguagem, assemelhando-se muito mais a objetos de comparação, aferidos por meio de semelhanças e diferenças.¹⁸³ No entanto, não há pré-juízos, mas sim critérios de comparação, cuja intenção é evitar o vazio das afirmações, no sentido de impedir desentendimentos no uso prático, não incidindo um método único, mas sim métodos no plural, como se fossem terapias.¹⁸⁴

Nesse sentido, valendo-nos especificamente dos preceitos de jogos de linguagem, iremos utilizá-los como critério interpretativo e filtro de análise quando da introdução da justiça penal negociada no ordenamento brasileiro, notadamente por sua expressão maior, o *plea bargaining*, cujo intuito é valer-nos de novos paradigmas e fomentar o debate, de modo a promover reforços críticos a pautas que, aparentemente, não possuem solução.

178 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 77.

179 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 15.

180 *Ibidem*, p. 67.

181 *Ibidem*, p. 66.

182 *Ibidem*, p. 67.

183 *Ibidem*, p. 68.

184 *Ibidem*, p. 68.

3 UMA VISÃO SIGNIFICATIVA DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

A diferença cultural proveniente tanto do sistema adversarial quanto do inquisitorial, por sua vez, é a questão primordial para fins de análise deste trabalho, ao passo que a utilizaremos enquanto “formas de vida”, definidas por Wittgenstein no tópico anterior para propor um meio de observação da circulação de ideias, em especial do instituto da justiça penal negociada, entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

Para definir essas duas formas de vida, iremos nos valer do que dispõe Máximo Lagner, ao tomar os diferentes sistemas criminais não somente como dois modelos de procedimentos, mas também como duas formas distintas de compreensão e representação do processo penal, o que o faz por meio do artigo intitulado: *Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal.*¹⁸⁵

3.1 OS SISTEMAS ADVERSARIAIS E INQUISITORIAIS ENQUANTO EXPRESSÃO DE SENTIDO

Tangente a conceptualização dos sistemas adversariais e inquisitoriais, Máximo Lagner salienta tratem-se não somente de dois modelos de procedimentos criminais, mas também duas maneiras de compreensão e representação do processo penal, isso é, diferentes estruturas de interpretação e significado ou, ainda, linguagens processuais por meio das quais as figuras daquele dado ordenamento compreendem tanto o processo penal quanto seu papel a partir dele.¹⁸⁶

Isso posto, o sistema adversarial tem por característica proeminente conceber o processo penal a partir de uma lógica de disputa entre partes, no que tange defesa e acusação, perante a figura de um julgador passivo.¹⁸⁷ Já o sistema inquisitorial, compreende o processo penal a partir de um modelo de investigação oficial, por meio de agentes do Estado, em busca de uma verdade.¹⁸⁸

Ao adotarmos, ainda, os sistemas como espécies de linguagens processuais, os mesmos termos podem apresentar significados diferentes a depender da lógica de interpretação.¹⁸⁹ Termos estes, que chamaremos aqui de signos e, enquanto lógica de interpretação utilizaremos

185 “Em outras palavras, adversarial e inquisitorial podem ser entendidos como diferentes estruturas de interpretação e significado através das quais os atores de um determinado sistema de justiça criminal compreendem tanto o processo penal quanto o seu papel dentro dele.” LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 34.

186 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal.** *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 34.

187 *Ibidem*, p. 25.

188 *Ibidem*, p. 25.

189 *Ibidem*, p. 34.

o correspondente, formas de vida, de modo a referendar a abordagem de nosso marco teórico, através dos preceitos de Wittgenstein.¹⁹⁰

Nesse sentido, no sistema adversarial, Promotor é considerado como uma parte em disputa e, sobretudo, com interesse pelo resultado do acerto do caso penal.¹⁹¹ Cujas correspondências linguísticas apontam para o *persecutorial discretion*, os quais valem-se de grande discricionariedade conferida em razões de cunho político e utilitarista, através do que se busca eliminar os delitos considerados irrelevantes, concentrando os esforços na criminalidade de grande monta, cuja persecução rende maior visibilidade na camada social.¹⁹² Todavia, essa palavra, no sistema inquisitorial, propõe uma figura estatal, cujo papel é diligenciar em busca da verdade dos fatos.¹⁹³

Também, a palavra verdade apresenta, pois, significantes distintas em cada linguagem processual.¹⁹⁴ Referente ao sistema adversarial, o signo verdade, inobstante a lógica de disputa tê-lo em jogo, no sentido de que a acusação busca provar os fatos e que o réu teve participação neles, ao passo que a defesa compete questionar a acusação, seu significado é muito mais relativo e consensual, principalmente quando da aplicabilidade do *plea bargaining*, sendo, assim, pouco importante determinar como os fatos realmente ocorreram.¹⁹⁵

Já no sistema inquisitorial, a compreensão e o significado da correspondente verdade, é tida em termos distintos e absolutos, uma vez que o Estado, na figura do Juiz, busca, através de uma investigação oficial, determinar como efetivamente os fatos se sucederam, indiferentemente da possibilidade e ocorrência de acordos penais.¹⁹⁶

Lagner acentua haver signos que existem em uma linguagem processual, mas não em outra.¹⁹⁷ Como exemplo, o termo confissão, que no sistema adversarial é compreendido tanto pela admissão de culpa perante a autoridade policial quanto o *guilty plea*, no que refere a assunção de culpa diante da Corte.¹⁹⁸

190 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. Trad. de Flavio Fontenelle Loque e Loraine Oliveira. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

191 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 35.

192 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

193 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 35.

194 *Ibidem*, p. 34.

195 *Ibidem*, p. 35.

196 *Ibidem*, p. 35.

197 *Ibidem*, p. 35.

198 *Ibidem*, p. 35.

Em contrapartida, o sistema inquisitorial não dispõe do signo *guilty plea*, contando apenas, com o termo confissão, ao passo que, embora a confissão tenha papel importante na busca pela verdade dos fatos, não pode o Juiz considerá-la absoluta, sem que haja, para tanto, outros elementos probatórios que a corrobore, não sendo a confissão, portanto, elemento suficiente a justificar uma condenação, quando isolada.¹⁹⁹

Em vista disso, as diferenciações tangentes aos sistemas adversariais e inquisitoriais, somente se fazem possíveis, eis que os intérpretes e atores jurídicos valem-se de signos que correspondem constantemente a uma lógica de compreensão e interpretação ligada a uma vertente de matriz adversarial ou inquisitorial, mesmo que de maneira inconsciente.²⁰⁰

Quanto ao processo de individualização, da mesma maneira que cada linguagem processual se funda em práxis concretas, são, também, internalizadas pelas partes processuais de maneiras distintas, mediante processos de socialização. Como decorrência disso, os atores jurídicos tendem a compreender e interpretar o processo penal, bem como seus papéis dentro do sistema, de uma dada maneira que, com o passar do tempo, torna-se estável.²⁰¹ Tomaremos esse processo de socialização, como correspondente a formas de vida, conforme a compreensão de nosso marco teórico.

Assim, na medida que os atores jurídicos internalizam uma determinada linguagem processual, também interpretam seus papéis através daquela realidade, de tal modo que, essas estruturas de compreensão e significado, formam e moldam as figuras processuais, enquanto sujeitos.²⁰²

Essa dimensão de formas de vida, se torna de salutar importância, sobretudo, quando da análise da circulação de ideias, institutos jurídicos e normas entre os ordenamentos jurídicos distintos, em especial aqueles que correspondem aos sistemas adversariais e inquisitoriais.²⁰³

Nesse ponto, retira-se dos ensinamentos de Langer que grande parte da doutrina discute a circulação de ideias entre ordenamentos distintos exclusivamente como trocas entre sistemas abstratos de significados. Contudo, por meio da inclusão da dimensão individual, caracterizando as determinadas formas de vida de cada sistema, se enfatiza que a interação não

199 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 36.

200 *Ibidem*, p. 36.

201 *Ibidem*, p. 37.

202 *Ibidem*, p. 37.

203 *Ibidem*, p. 38.

ocorre apenas de forma abstrata, mas, uma vez que as práxis advêm de um processo de socialização, cada transplante jurídico envolve também relações pessoais.²⁰⁴

No que toca a distribuição de poderes entre os sistemas processuais em apreço, o referido Professor aponta para o fato de que cada parte, diante de sua linguagem processual, possui diferentes fragmentos de poderes e responsabilidades.²⁰⁵ Como exemplo, a figura do julgador, que no sistema inquisitorial, enquanto figura que detém um poder ativo de investigação, congrega mais poderes processuais do que o julgador no sistema adversarial.²⁰⁶

Sendo assim, os demais atores processuais, notadamente defesa e acusação, no sistema inquisitorial são, pois, menos poderosos do que no sistema adversarial, tanto é que, a defesa no sistema adversarial dispõe de mais poder para realizar sua própria investigação preliminar, do que comumente ocorre no sistema inquisitorial.²⁰⁷ Essa variação de fragmentos de poderes, pode ser verificada, ainda, nas figuras institucionais, tangente as relações provenientes do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Polícia, da Ordem dos Advogados, bem como do próprio Judiciário.²⁰⁸

A distribuição de poderes entre as diferentes figuras processuais também possui influência direta das diferentes formas de vida, enquanto estrutura de compreensão e significado, à medida que qualquer tentativa de mudança na estrutura base do sistema matriz, provocará resistência e tensões em face da nova estrutura de significado.²⁰⁹

Além do que, as linguagens processuais também instituem ordens normativas diversas, que assinalam de que maneira os casos penais devem ser solucionados, quais os meios devem ser empregados e como cada ator jurídico deve se portar.²¹⁰

A exemplo disso, tem-se os mecanismos e técnicas existentes em cada sistema, como o *plea bargaining*, instituto característico do sistema adversarial, que até pouco tempo tratava-se de uma ferramenta desconhecida nos países de sistema inquisitorial, tanto é que, quando transportado de seu sistema matriz causa grande estranheza e conflitos, face sua dissemelhança com a linguagem do sistema receptor.²¹¹

204 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 38.

205 *Ibidem*, p. 38.

206 *Ibidem*, p. 38.

207 *Ibidem*, p. 38.

208 *Ibidem*, p. 38.

209 *Ibidem*, p. 38.

210 *Ibidem*, p. 41.

211 *Ibidem*, p. 41-42.

Inobstante as diferenciações tecidas enquanto formas de vida, divisão de poderes processuais e as dimensões de interpretação e significado, Langer admite não haver nenhum sistema puro de linguagem processual, havendo, na verdade, características preponderantes de cada sistema, ao menos no que toca aos procedimentos formais de instrução processual.²¹²

Essa preponderância de características, atinentes a cada linguagem processual, possui grande relevância na medida em que são utilizadas para atestar as semelhanças e diferenças entre as jurisdições de matriz *common* e *civil law*, especificamente no que se referem aos sistemas adversariais e inquisitoriais.²¹³

Para tanto, ressalta-se o conteúdo da dicotomia desenvolvida por Langer, a fim de delimitar as principais diferenciações entre os dois sistemas processuais em apreço, incidindo, segundo o jurista, duas características prevalentes.²¹⁴ Primeiro, no tocante ao sistema adversarial, este compreende o processo penal como uma disputa entre partes perante um Juiz passivo. Já o sistema inquisitorial, compreende o processo penal como uma investigação oficial realizada por atores estatais em busca de uma verdade.²¹⁵

Segundo, enquanto o julgador no sistema adversarial é compreendido por um júri que reparte seu trabalho com um Juiz profissional, a figura do julgador no sistema inquisitorial, ao seu turno, trata-se de um magistrado profissional, correspondendo ao Estado ou, ainda, um agrupamento de Juízes que não dividem suas tarefas com nenhuma outra figura.²¹⁶

Desse modo, estes binários explicam as principais diferenças entre o sistema adversarial norte-americano e os sistemas inquisitoriais, que aqui tomaremos como correspondente ao sistema jurídico brasileiro, conforme a diferenciação ressaltada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em duras críticas tecidas por meio do artigo intitulado, “*Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado”, vejamos:

Antes de tudo, a Constituição da República não permite que os sujeitos invertam ou subvertam seus papéis constitucionalmente demarcados. O juiz, no lugar a ele reservado no processo do sistema inquisitorial, por certo não fará aquilo que faz ou deve fazer o juiz norte-americano. O sistema como que o empurra para outro lugar (para dizer que a culpa, em geral, não é dele), o de senhor do processo. Tanto que, com muita frequência – para não dizer quase sempre –, são indicados e tomados como os chefes do combate ao crime. E alguns se sentem, de fato, assim. Por óbvio, não haveria nenhum problema nisso... se não fossem os juízes dos processos. *Juris dictio*, imparcialidade, e assim por diante, não são coisas compatíveis com quem tenha lado nas disputas. Pelo menos que se saiba. A grandeza da jurisdição está – sabem todos –

212 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 44.

213 *Ibidem*, p. 44.

214 *Ibidem*, p. 44.

215 *Ibidem*, p. 44.

216 *Ibidem*, p. 44.

no lugar do poder (Max Weber) de fazer valer a CR e as leis. Fora daí é ela invadida por um moralismo absurdo, inconstitucional e que corrói a segurança jurídica da sociedade e, com isso, a própria democracia.²¹⁷

Nesse sentido, compreendemos o processo penal brasileiro como essencialmente inquisitório,²¹⁸ uma vez que os intérpretes e atores jurídicos valem-se de signos que correspondem constantemente a lógica de compreensão e interpretação que se refere a dicotomia apresentada por Langer, notadamente ao sistema inquisitorial e, também, pelo seu princípio informador, eis que a gestão de provas encontra-se nas mãos do julgador, ao menos no que se verifica da prática forense.²¹⁹

Inobstante o fato de que a Constituição Federal de 1988 defina o processo penal pátrio como acusatório, pautado no contraditório, na ampla defesa e nas demais regras do devido processo legal, ainda assim, verificamos mais semelhança com o sistema inquisitorial,²²⁰ enquanto investigação oficial por agentes estatais, embora não mais em busca de uma verdade real, conforme as características históricas, mas sim pelo acertamento do caso penal, bem como por Juízes profissionais que não dividem seus trabalhos, correspondente a figura do Estado.²²¹

Assim, embora verifique-se que a definição legal de processo penal aponte para a natureza acusatória, se faz necessário, conforme discorre Aury, “que os juízes e tribunais brasileiros interiorizem e efetivem tamanha mudança”.²²² Por isso, na medida que os atores jurídicos determinam seus papéis a partir de um processo social de compreensão e significado de linguagem,²²³ também pelo fato de que elegemos como critério de análise as diferentes formas de vida, iremos nos referir ao processo penal brasileiro como aquele correspondente ao sistema inquisitorial.

3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA LINGUAGEM PROCESSUAL BRASILEIRA

À vista disso, a fim de corroborar com as características próprias da linguagem processual brasileira, alguns princípios informadores são de grande importância à compreensão dessa forma de vida. Primeiro, os princípios constitucionais do processo penal, os quais servem

217 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime**: crônica de um desastre anunciado. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 12 mar. 2022, pg. 4.

218 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52.

219 *Ibidem*, p. 52.

220 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 52.

221 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 44

222 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 55.

223 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 37.

tanto como dispositivos de limitação quanto de legitimação do poder de punir²²⁴ e representam, como enuncia Gustavo Badaró, o modelo constitucional de processo penal brasileiro, podendo falar-se em um “devido processo constitucional.”²²⁵

Há, nesse ponto, o princípio da jurisdicionalidade, do qual decorre a exclusividade do órgão jurisdicional que, para além de exigir um Juiz, impõe a necessidade de um julgador imparcial e comprometido com os valores constitucionais.²²⁶ Decorre deste, o princípio do Juiz natural, quanto a exigência de um Juiz com competência preestabelecida por lei,²²⁷ de maneira a evitar, como ressaltam Canotilho e Brandão, a manipulação da determinação da competência a depender da influência de determinados casos ou pessoas.²²⁸ Soma-se, também, o enfoque negativo, no que toca a proibição de tribunais de exceção, enquanto tribunais criados para julgar um fato pretérito.²²⁹

A imparcialidade é considerada pressuposto de sua existência, no sentido de que deve o Juiz se manter distante das competências próprias das partes e não dispor de iniciativa probatória,²³⁰ de modo que a garantia do Juiz natural, existe justamente para garantir a imparcialidade do julgador, conforme acrescenta Badaró.²³¹ Depreende-se da garantia da jurisdição, ainda, o direito de o acusado em ser julgado em um prazo razoável.²³²

Por conseguinte, denota-se o princípio da presunção de inocência, este que no Brasil foi erigido a dogma pela Carta Magna de 1988,²³³ cuja manifestação é verificada em duas dimensões, primeiro, declinando toda a carga probatória à quem figura como acusação e, segundo, determinado a aplicabilidade do *in dubio pro réu*, quando da existência de dúvidas razoáveis.²³⁴

Diante disso, tendo a persecução penal a incerteza como ponto de partida, bem como a “pré-ocupação” de inocência, conforme aduz Augusto Jobim do Amaral, o encargo punitivo

224 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

225 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 37.

226 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

227 *Ibidem*, p. 120.

228 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 157.

229 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 45.

230 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

231 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 46.

232 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

233 MIRZA, Flávio. **Processo Justo**: O ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Volume V, 2010, p. 544.

234 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

somente é legítimo quando superado o estado de inocência,²³⁵ sendo o marco temporal final, aquele definido pela Constituição em seu artigo 5º, *caput*, LVII, segundo o qual, “ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²³⁶

Na sequência, o princípio da ampla defesa e do contraditório, segundo regras de tratamento e oportunidade no processo, sendo que ao contraditório correspondem dois momentos, um de conhecimento, em relação a informação e outro de reação.²³⁷ O direito de defesa também é compreendido em dois momentos, um referente a defesa técnica, no que toca ao direito de não ser processado e julgado, se não na presença de um defensor e outro relativo à autodefesa, realizada pelo próprio acusado.²³⁸

O fundamento das decisões também é garantia processual atinente ao controle epistemológico e de legalidade das decisões,²³⁹ ao passo que a Constituição, ao disciplinar sobre o Poder Judiciário, exigiu que todas as decisões fossem motivadas, sob pena de nulidade, cuja finalidade busca garantir as partes quanto ao conhecimento das decisões e o enfrentamento de seus fundamentos, bem como o propósito de garantir o controle social sobre a atuação jurisdicional.²⁴⁰

Quanto a legalidade, deste princípio decorre tanto uma proibição no que toca a utilização de mecanismos processuais estranhos à lei, que, ao seu turno, implicam em uma prática jurisprudencial de soluções desalinhadas com a linguagem processual pátria, como também, no quesito inovação, como ocorre com os instrumentos de justiça negociada, a violação da reserva do parlamento, quanto a definição de crimes e de penas.²⁴¹

Badaró também aponta para o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual, assegura-se ao cidadão o direito ao reexame das decisões por um órgão de competência diverso daquele que a proferiu, no sentido de que, exceto nos casos de competência originárias dos Tribunais, o processo deve ser analisado uma vez em primeiro grau de jurisdição e uma segunda vez em sede recursal pelos Tribunais, a fim de impedir uma atuação de poder ilimitado e absoluto, que, por sua vez, não é tolerado em um Estado Democrático de Direito.²⁴²

235 AMARAL, Augusto Jobim do. **A pré-ocupação de inocência no processo penal**. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013, p. 104.

236 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 55.

237 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 121.

238 *Ibidem*, p. 120.

239 *Ibidem*, p. 120.

240 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 58.

241 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 157.

242 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2018. p. 65.

No que refere a jurisdição penal, esta congrega consigo o princípio da inércia da jurisdição, quanto a impossibilidade de atuação de ofício do Juiz, segundo o qual, o poder somente poderá ter início após prévia invocação.²⁴³ Também, o princípio da imparcialidade, o princípio do juiz natural e o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, impedindo ao magistrado que decline seu dever de julgamento e garantindo ao cidadão o livre acesso ao poder jurisdicional.²⁴⁴

3.2.1. O SISTEMA PERSECUTÓRIO PENAL

Por fim, de modo a reunir os princípios primordiais da linguagem do processo penal brasileira, ressaltamos, ainda, aqueles atinentes as regras da ação penal de iniciativa pública, uma vez que representam a maioria processual enquanto que aqueles de iniciativa privada correspondem a exceção, isto é, se analisado o delito no Código Penal e nada houver quanto à ação, significa que será de natureza de iniciativa pública, ou seja, de competência do Ministério Público.²⁴⁵

À vista disso, elenca-se a regra da oficialidade ou investidura, por meio da qual define-se a ação penal pública como de atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos da Constituição, de modo que somente os membros devidamente investidos no cargo podem desempenhá-la.²⁴⁶

A ação penal de iniciativa pública, por sua vez, é regida pelo princípio da obrigatoriedade, segundo o qual, o Ministério Público, quando presentes as condições da ação, no que toca materialidade, autoria e justa causa, tem o dever de oferecer denúncia, mediante a titularidade a ele conferida pela Carta Magna.²⁴⁷

Na sequência, verifica-se o princípio da indisponibilidade, no sentido de que o Ministério Público não congrega apenas o dever de oferecer a denúncia ou o arquivamento quando não presentes os requisitos da ação, como também, após o início da persecução, não pode ele renunciar ou dispor da ação penal.²⁴⁸

Como consequência lógica, tanto do princípio da indisponibilidade quanto da obrigatoriedade, há o princípio da indivisibilidade, embora, como acentua Aury, não seja o entendimento pacífico do STF e do STJ, mas se apresenta no sentido de que a ação penal,

243 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 287.

244 *Ibidem*, p. 289.

245 *Ibidem*, p. 245.

246 *Ibidem*, p. 245.

247 *Ibidem*, p. 245.

248 *Ibidem*, p. 246.

enquanto tal, deve abranger a todos que de algum modo concorreram para a prática delitiva,²⁴⁹ incidindo, ainda nesse mesmo sentido, a transcendência, a partir da qual pode a acusação transcender da pessoa do indiciado, nos limites de sua dimensão subjetiva, em relação ao coautor e ao partícipe da infração.²⁵⁰

Em contrapartida, nos Estados Unidos, enquanto modelo paradigma da justiça negociada, não existe no país um sistema único de processo penal. Nesse sentido Marcus Alan aponta quanto ao fato de existirem 51 jurisdições distintas, referente a cada um dos Estados que compõe o território. De modo que em cada uma das jurisdições é previsto um sistema próprio e autônomo, limitado tão somente pelos princípios básicos que compõe o processo penal, conforme dispõe a Constituição norte-americana.²⁵¹

Conforme já anunciamos, o ordenamento jurídico estadunidense se forma a partir a partir da lógica da *common law* que, diferentemente dos países de direito continental, não se preocupam em teorizar ou dogmatizar Direito, conforme enuncia Marcos Paulo Dutra Santos. Em vista disso, enquanto nos países de direito continental as regras de condutas representam verdadeiros comandos abstratos que, justamente em razão disso, exigem uma interpelação teórica, na *comum law*, diferentemente, a norma nasce a partir da solução dada pelo Judiciário a um conflito concreto de interesse, ao passo que cabe aos operadores do Direito apenas avaliar de se as nuances da decisão estão de acordo com determinado precedente judicial, já decidido anteriormente.²⁵²

Trata-se, portanto, de um verdadeiro pragmatismo, razão pela qual se faz inapropriado a tentativa em trabalhar com princípios próprios da ação penal pública tal como aqueles que correspondem ao ordenamento brasileiro, enquanto país de direito continental, como o caso do princípio da obrigatoriedade.²⁵³

Reflete-se justamente a manifestação cultural e ideológica do país, que diante da máxima do utilitarismo não preocupam-se em teorizar a atividade da ação penal pública ²⁵⁴ Denota-se, portanto, que o exercício da ação penal público nos Estados Unidos, orienta-se pela

249 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 248.

250 *Ibidem*, p. 249.

251 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 100.

252 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 32.

253 *Ibidem*, p. 33.

254 *Ibidem*, p. 33.

discricionariedade absoluta dos promotores, a qual se manifesta também nas atividades de polícia e jurisdicional, assim como na execução penal.²⁵⁵

Também não há nenhum controle jurisdicional no tocante ao controle jurisdicional do exercício da ação penal pela Promotoria, isto é, o Judiciário nada pode fazer em face da atuação do órgão detentor da acusação, o que, segundo Marcos Paulo Dutra Santos, demonstra que é o Ministério Público quem de fato dita as regras do jogo, no quesito política criminal²⁵⁶ Ressalta-se quanto a isso, a inerente relação proeminente da liberdade que como consequência acaba acarretando em arbitrariedade, evidenciada, em especial, pela ausência de controle externo das Promotorias.²⁵⁷

Inegável que o Direito teorizado muitas vezes cede no que diz respeito a celeridade proveniente quando da resolução de conflitos por meio daquilo que identificamos como justiça penal negociada.²⁵⁸ Contudo, importante frisar o fato de que os princípios de um processo abreviado, são, por sua vez, princípios de um direito sancionador, sobretudo pelo fato de que seus institutos se pautam em uma ficção jurídica, tangente a igualdade de todos perante a lei, uma vez que as desigualdades sociais, muitas vezes, comprometem o exercício da justiça no âmbito negocial.²⁵⁹

Tal discrepância pode ser observada especialmente quando se verificam os mecanismos postos à disposição do acusado na busca pelo consenso, notado no que diz respeito a qualidade da defesa, que não raras vezes obsta que uma negociação se desenvolva em igualdade de condições entre a defesa e a acusação. Essa disparidade de condições, com a afronta ao contraditório são apontados pela doutrina como um dos maiores problemas inerentes aos mecanismos de consenso na seara penal.²⁶⁰

Além disso, denota-se que os benefícios ofertados pelos mecanismos consensuais, sobretudo, a abreviação do processo com a supressão da fase de instrução probatória, não satisfazem o pressuposto da exigência de prevenção especial do processo.²⁶¹ Isso pois, o acusado quando escolhe a via negociada, o faz em face de seus anseios mais naturais, apontado por Marcus Alan como “o de resolver uma “pendencia” com a justiça” que, ao seu turno, substitui o valor de justiça pelo critério celeridade, minimizando, com isso, a importância e a

255 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 33.

256 *Ibidem*, p. 33.

257 *Ibidem*, p. 34.

258 *Ibidem*, p. 110.

259 *Ibidem*, p. 111.

260 *Ibidem*, p. 111.

261 *Ibidem*, p. 110.

aplicabilidade de garantias fundamentais, cuja relevância em hipótese alguma pode ser mitigada em face da operacionalidade do poder punitivo estatal.²⁶²

Por essa razão, há no sistema adversarial uma notável relativização de garantias, essas que para a linguagem processual penal brasileira constituem-se como as verdadeiras diretrizes de todo o sistema criminal. Assim, conforme enuncia Marcus Alan, observa-se no ordenamento norte-americano “uma total e direta disponibilidade do processo, dos vários elementos que compõe a acusação e dos direitos constitucionais que informam a defesa do acusado”.²⁶³

3.3 O NEGÓCIO PENAL ENQUANTO EXPRESSÃO DE SENTIDO

A partir do disposto no primeiro capítulo, tangente ao modelo consensual norte-americano, lançaremos mão de termos representativos da forma de vida estadunidense, enquanto linguagem processual, de modo a corroborar com a dicotomia apresentada por Lagner. Cujá finalidade será produzir uma espécie de checagem quando da utilização do instituto negocial, mormente por seu representativo maior, o *plea bargaining*, nos julgados brasileiros e com isso, propor uma observação empírica, a partir de jogos de linguagem, atinente as diferentes formas de vida e seus significados.

À vista disso, alguns atributos são inerentes ao modelo de justiça negociada, compreendidos a partir da linguagem processual de cada sistema. Primeiro, nos Estados Unidos o mecanismo negocial é denominado *plea bargaining* e os acordos correspondentes a sanção, configuram as *guilty pleas*.²⁶⁴

Por intermédio desse procedimento, o réu quando se encontra diante de uma acusação possui, em geral, três possibilidades.²⁶⁵ A primeira, em se declarar culpado, correspondendo ao *plea of guilty*, a segundo, não contestar a acusação, no entanto, não assumir a culpa, exprimindo, assim, o *plea of nolo contendere* ou, ainda, se declarar inocente, retratando, por fim, o *plea of not guilty*,²⁶⁶ havendo, também, o *conditional plea*, isto é, assunção de culpa condicionada, em que o acusado não contesta os fatos a ele imputados, mas sim a legalidade da persecução empreendida.²⁶⁷

262 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 112.

263 GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo. Editora Juarez de Oliveira, 2003.

264 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

265 *Ibidem*, p. 37.

266 *Ibidem*, p. 37.

267 *Ibidem*, p. 37.

Ainda, retira-se que o *plea bargaining* não necessita de requisitos objetivos, tratando-se de verdadeiro negocial contratual entabulado pelas partes, cujo objeto da discussão é a pena que será aplicada ao acusado.²⁶⁸ Quanto aos requisitos subjetivos, verifica-se a necessidade de que a transação proceda da vontade livre e consciente do réu, porém, é tolerado que a assunção de culpa seja obtida por meio de coerção psicológica, desde que embasada legalmente.²⁶⁹

Concernente ao aspecto consciência, refere-se a necessidade de que o réu disponha de pleno entendimento do teor e dos efeitos do acordo pactuado, sob pena de invalidade da transação, devendo, para tanto, ser advertido quanto aos contornos do contrato pactuado.²⁷⁰

Em sequência, quanto ao sistema inquisitorial correspondente ao ordenamento pátrio, alguns atributos também lhes são próprios. De início, a justiça consensual despontou no Brasil por meio dos Juizados Especiais Criminais, conforme prevê a Lei nº 9.099/95, a qual validou a transação penal no ordenamento brasileiro,²⁷¹ que, ao seu turno, pauta-se pelos preceitos da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade²⁷².

A Lei dos Juizados Especiais Criminais demarcou, também, além da transação penal, os institutos da composição civil dos danos, bem como da suspensão condicional do processo.²⁷³ Em vista disso, os mecanismos implementados pela Lei 9.099/1995 possibilitou o manejo de sanções penais através de um processo abreviado, sem que houvesse, para tanto, a produção probatória, bem como a conformação de culpabilidade.²⁷⁴ Contudo, não é autorizado a esses institutos a negociação de penas restritivas de liberdade, ocorrendo, somente, através de penas restritivas de direitos.²⁷⁵

Inobstante isso, o ordenamento brasileiro inovou com a introdução da colaboração premiada, disposta em diferentes dispositivos de lei, desde o final dos anos 80, autorizando, por meio deste, a imposição de penas restritivas de liberdades e alargando sua aplicação para

268 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 38.

269 *Ibidem*, p. 43.

270 *Ibidem*, p. 43.

271 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

272 “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 set. 1995.

273 CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196.

274 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

275 *Ibidem*, p. 24.

infrações mais gravosas,²⁷⁶ cujo mecanismo conta com a anuência do réu para com a acusação através de sua colaboração, tornando a investigação mais célere e nomeação de elementos probatórios outros que auxiliem na produção de provas.²⁷⁷

Recentemente em termos legislativos, a Lei 12.850/2013, a qual veio para suprir uma lacuna até então existente na seara criminal brasileira, no tocante a definição de organização criminosa, apregooou também sobre investigação e meios de obtenção de provas, disciplinando para esse fim, a colaboração premiada, por meio de seus artigos 3º ao 7º.²⁷⁸ Foi a primeira vez, nas palavras de Marcus Alan de Melo Gomes, “que a barganha alcança o campo da prova, a resvalar perigosamente – como haveria de se pressupor – para o tangenciamento de direitos e garantias fundamentais de envergadura constitucional”.²⁷⁹

Em vista disso, a despeito dos demais mecanismos e projetos de lei que dispõe sobre justiça negociada no ordenamento brasileiro, tomaremos para análise o instituto da colaboração premiada, uma vez que se encontra posto e, dentre estes, é o que mais assemelha-se com os contornos próprios do *plea bargaining*. Assim, nas palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos:

Logo, a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.²⁸⁰

O acordo de colaboração premiada trata-se, pois, de um negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, nos termos do artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013, ao passo que, tanto a negociação de benefícios quanto de obrigações, contam com limitações legais.²⁸¹ Mesmo havendo diferentes previsões normativas, cada uma delas vinculadas a um determinado delito, contam cada qual, com seus correspondentes requisitos.²⁸²

E, inobstante pareça interessante a ideia de inclusão de outros prêmios, em nome e a favor da sociedade, através do estímulo pela descoberta de novos crimes e pelo extermínio da

276 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 25.

277 *Ibidem*, p. 25.

278 GOMES, Marcus Alan de Melo. Colaboração premiada no Brasil: uma breve análise de questões legais e constitucionais relevantes. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11067/4697>. Acesso em: 10, abril, 2022, p. 131

279 *Ibidem*, p. 131.

280 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

281 *Ibidem*, p. 102.

282 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 99.

criminalidade, não podem ser adicionados nenhum favor cujo contorno não esteja previsto em lei.²⁸³

3.4 CONTRIBUIÇÕES DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN NO DIAGNÓSTICO DO NEGÓCIO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Diferente do que entende parte da doutrina ao discutir a circulação de ideias e institutos entre ordenamentos jurídicos exclusivamente como trocas entre sistemas abstratos de significados, incluímos a essa análise, as diferentes formas de vida que, ao seu turno, representam o cotidiano de cada linguagem processual. Dado que, à medida que as práxis decorrem de um processo de socialização, cada transplante jurídico envolve, também, relações pessoais que influenciam diretamente na forma de compreensão e significado de cada sistema.²⁸⁴

No que toca aos modelos de consenso, as principais observações recaem, sobretudo, no que refere a base negocial norte-americana, uma vez que, como observado no primeiro capítulo, foram suas raízes os preceitos utilizados quando da introdução do negócio penal no Direito brasileiro.

À vista disso, conforme a dicotomia apresentada por Langer, as principais características que correspondem ao sistema adversarial, o qual se pauta o sistema estadunidense, são aquelas segundo as quais o ordenamento compreende o processo penal como uma disputa entre partes perante um Juiz passivo,²⁸⁵ somado ao fato de que a linguagem funciona por meio de uma lógica de sistema de matriz *common law*, no sentido de que não se preocupam em tornar o Direito dogmático, de modo que falar em princípios como o da obrigatoriedade da ação penal pública, resulta inapropriado.²⁸⁶

Em contrapartida, o ordenamento brasileiro ao introduzir o instituto, o fez com base em sua linguagem processual própria, a qual reflete uma forma de vida onde princípios constitucionais e do devido processo legal servem tanto como dispositivos de limitação quanto de legitimação do poder de punir, restringindo, assim, o campo de atuação negocial na seara penal e processual penal.²⁸⁷

283 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 102.

284 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal**. Delictae, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 38.

285 *Ibidem*, p. 44

286 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 33.

287 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

Bem por isso, a importação, ou a tradução como defende Langer, de institutos jurídicos, não podem ser observadas como meio de circulação de ideias entre ordenamentos abstratos, sem, contudo, levar em conta o modo de compreensão e significado de cada sistema, enquanto formas de vida, que por sua vez influenciam diretamente no modo de compreensão e significado de todo e qualquer termo.²⁸⁸

Trata-se, pois, da relação que Wittgenstein alude, no sentido de que linguagem se expressa em relação integrante para com uma dada forma de vida,²⁸⁹ ao passo que, para o filósofo, linguagem funciona, assim, por meio de seus usos enquanto funcionalidade prática, sendo indispensável, para tanto, os significados isolados das palavras.²⁹⁰

Nesse sentido, valendo-se da filosofia, que nada pode acrescentar aos jogos de linguagem,²⁹¹ mas que, contudo, pode instruir de que modo enxergar as questões, colocando à vista a problemática proveniente do esquecimento dos motivos pelos quais foram empregados determinados conceitos,²⁹² valemo-nos dos preceitos de jogos de linguagem, enquanto observação e compreensão de significado,²⁹³ como lógica de análise quando da introdução do negócio penal no ordenamento pátrio.

3.4.1. EXEMPLOS DE REPERCUSSÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Nesse íterim, buscamos no sítio do Supremo Tribunal de Justiça pelo elemento de busca “operação lava jato colaboração premiada”, em razão da grande publicidade envolvendo a referida operação, notadamente pelos acordos de colaboração premiada firmados, os quais aclamaram variadas críticas ante a ausência de contornos limitadores do instituto, sobretudo no quesito constitucionalidade,²⁹⁴ isto é, ausência de correspondência linguística do elemento introduzido, cuja base assemelha-se com os contornos próprios do *plea bargaining*, que ao seu turno, corresponde exclusivamente a linguagem e forma de vida daquele sistema.

De antemão, adiantamos que em decorrência da variedade das situações abordadas pelos diversos acórdãos, justamente pelo fato de o aludido instituto, não obstante contar com contornos previstos pelos diferentes dispositivos legais, passou a trabalhar por meio de um

288 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 78.

289 *Ibidem*, p. 78.

290 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 14.

291 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 77.

292 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 15.

293 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 109.

294 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99.

âmbito de negócio muito maior do que o inicialmente previsto, como aponta Cordeiro.²⁹⁵ Assim, a tentativa de uma padronização do tema, cujo elemento de busca correspondeu a 28 acórdãos, se tornaria uma questão de grande demanda.

Sendo assim, destacamos sobre a temática três julgados: o AgRg no REsp 1960472/ PR, o AgRg no REsp 1928705 e, por fim, o AgRg no REsp 1957376 / PR que, embora não sejam todos recentes, possuem relevante teor face aos diferentes pontos abordados.

Quanto ao AgRg no REsp 1960472/ PR, diz a ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVA JATO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL DA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO. PLEITO MINISTERIAL. DECRETO PRESIDENCIAL N. 9.246/2017. INDULTO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. RESTRIÇÃO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO DECRETO PRESIDENCIAL. DECISÃO MANTIDA.

I - O Agravo Regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento firmado anteriormente, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Com efeito: "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "para a análise do pedido de indulto ou comutação de pena, o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República" (HC HC 456.119/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2018). (HC 468.737/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 10/04/2019)" (AgRg no HC 623.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/03/2021).

Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1960472/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 16/12/2021)

Neste acórdão, aduz o *Parquet* quanto a impossibilidade de o beneficiado, ao final da celebração do acordo de colaboração premiada, pleitear por benefícios não concedidos ou, ainda, solicitar a relativização de obrigações por ele não assumidas quando da celebração do acordo. Contudo, o recurso foi não provido, sendo decidido, primeiro, ser defeso ao magistrado ampliar ou reduzir o âmbito para concessão do indulto natalino e, segundo, não haver violação do Decreto Presidencial nº 9.246/2017, em relação aos beneficiados por acordo de colaboração premiada.

Na sequência, tangente ao AgRg no REsp 1928705, exprime a ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVA JATO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ILICITUDE DAS PROVAS ORIUNDAS DE INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. REGRAS PROCESSUAIS. TRATADO DE ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA PENAL ASSINADO PELO BRASIL E CANADÁ. MALFERIMENTO

295 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 94.

DO DECRETO Nº. 6.747/2009. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA SUJEITA À JURISDIÇÃO NACIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DILIGÊNCIAS INDEFERIDAS. ART. 400, § 1º DO CPP. IRRELEVÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. BENEFÍCIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

(...)

Agravo Regimental desprovido, com saneamento de erro material.

(AgRg no REsp 1928705/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 03/12/2021)

Retira-se do acórdão, que o Tribunal deu provimento parcial ao recurso do Ministério Público e negou provimento ao recurso de Apelação interposto pela defesa. Nas razões do Recurso Especial a defesa manifestou-se requerendo o afastamento do perdimento de bens, que fossem explicitados os fundamentos que ensejaram no desprovimento das teses defensivas, bem como que o índice de juros e correção monetária incidissem a partir do trânsito em julgado.

O Recurso Especial, por sua vez, foi desprovido. Já no Agravo Regimental em apreço, o agravante sustentou pelo cerceamento de defesa, assim como pela violação ao devido processo legal, em razão de que ao Relator não caberia decidir monocraticamente o Recurso Especial interposto, impedindo, assim, o direito de defesa, contudo, o Agravo Regimental foi também desprovido.

Por fim, referente ao AgRg no REsp 1957376 / PR, enuncia a ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVA JATO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E A DISPOSITIVOS DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA, AINDA QUE PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. PLEITO DE REDISCUSSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL PREVISTA EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE NAS SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

(...)

Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1957376/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT), QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 25/02/2022)

Deste acórdão, verifica-se que a defesa interpôs Recurso Especial sustentando afronta aos artigos 3º-A e 4º, §7º, inciso I, §8º, ambos da Lei nº 12.850/2013, em razão de descumprimentos de termos pactuados no acordo de colaboração premiada, firmados entre a defesa e o Ministério Público Federal, bem como requereu a aplicação do valor pago a título de multa civil enquanto ressarcimento por cumprimento de Ofício expedido pelo Juízo, em autos

apartados. O Recurso Especial foi não conhecido, assim como o Agravo Regimental foi não provido.

3.4.2. OBSERVAÇÕES QUANTO A INCOMPATIBILIDADE DOS SIGNOS

Como resultado da pesquisa, observa-se o problema presente na atividade forense face a inexistência de contornos concretos do instituto da colaboração premiada. E, quanto aos acordos celebrados no âmbito da Operação Lava Jato, em especial, Cordeiro ressalta o afastamento visível das previsões normativas acerca dos benefícios previstos ao colaborador, em que a prática passou a trabalhar através de uma margem de negociação em que regimes e progressões totalmente estranhos ao ordenamento são aplicados, incidindo verdadeiros favores extralegais.²⁹⁶

Nesse sentido, Canotilho e Brandão acrescentam que nem mesmo a delimitação do objeto do termo de colaboração premiada se trataria de uma questão de fácil determinação, à medida que as avenças firmadas entre as partes, sobretudo no âmbito da Lava Jato, passaram a dispor de objetos com efeitos vastos, até mesmo em outros processos, bem como em outras localidades de jurisdição.²⁹⁷

A justificativa para essa razoabilidade, se funda, conforme discorre Cordeiro, no argumento de que, uma vez que poderia ser possível a negociação até da não persecução penal, favores menores, seguindo a lógica negocial, não estariam proibidos.²⁹⁸

Essa problemática demonstra com exatidão a questão apontada nos jogos de linguagem, concernente ao estranhamento na utilização de signos correspondentes a formas de vida diferentes, principalmente pela sua lógica de compreensão e significado, colocando à vista a problemática que se presta a filosofia, no tocante ao esquecimento dos motivos pelos quais foram empregados determinados conceitos, evidenciando justamente a contradição que se prostra no mundo cotidiano.²⁹⁹

À vista disso, ressaltamos não apenas o problema latente na negociação de favores extralegais, mas, também, a articulação do Direito penal e processual penal, por meio de uma lógica processual para qual o ordenamento não corresponde, como no caso do AgRg no REsp

296 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99.

297 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminas. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 140.

298 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 99.

299 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 15.

1960472/ PR, em que a defesa pleiteou pela relativização de obrigações assumidas na celebração da avença, suscitando a benesse do indulto natalino, o qual foi concedido pelo Juízo, que, por sua vez, entendeu ser defeso ao magistrado o âmbito de atuação para a concessão ou não do indulto, bem como não haver previsão impossibilitando a sua aplicação aos beneficiados de negócios jurídicos, evidenciando, também, a disfunção face a ausência de contornos bem definidos.

Além disso, retornando ao fato de que o ordenamento brasileiro ao introduzir o instituto o fez com base em sua linguagem processual própria, a qual reflete uma forma de vida assentada nos princípios da legalidade, da obrigatoriedade da ação penal pública e, desse modo, pela indisponibilidade do objeto do caso penal, os quais figuram como verdadeiras balizas no modo de compreensão e significado para o sistema, tal como ressaltam Canotilho e Brandão.³⁰⁰ De modo que mesmo a colaboração premiada ensejando um campo de negociação entre partes, não deixam de incidir as referidas limitações principiológicas.³⁰¹

Da mesma maneira que, levando em consideração os limites preexistentes a partir da escolha dessa dada linguagem processual, não pode o réu dispor de garantias fundamentais,³⁰² inerentes a sua condição de sujeito. Bem por isso, a conformação da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, acarreta, sobretudo na seara jurisprudencial,³⁰³ conforme pudemos observar por meio dos julgados acima elencados, uma discussão contundente no que tece a violação de diversos princípios.³⁰⁴

Referente ao devido processo legal, este erigido como princípio basilar na Carta Magna de 1988, trata-se do elemento que enseja conformidade ao conjunto de regras de todo o aparato jurisdicional.³⁰⁵ Tanto que dúvidas relevantes são suscitadas quando são alterados ou criados ritos processuais novos, conforme se vê na justiça penal negociada, através de mecanismos de aceleração do processo e negociação de garantias.³⁰⁶

O princípio do contraditório, enquanto garantia de paridade entre as partes, não pode ser considerado respeitado quando antes mesmo de esgotada a carga prevista à acusação,

300 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 140

301 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 110.

302 *Ibidem*, p. 110.

303 *Ibidem*, p. 115.

304 *Ibidem*, p. 115.

305 *Ibidem*, p. 115.

306 *Ibidem*, p. 115.

chama-se o réu para se manifestar e constituir prova.³⁰⁷ Isso pois, está o réu atuando sem ainda ter conhecimento da carga acusatória.³⁰⁸ Visto que, à defesa cabe manifestar-se apenas após cumprido o dever da acusação em apresentar a pretensão acusatória com toda a sua extensão probatória.³⁰⁹

Por sua vez, o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, implica no fato de que nada pode ser excluído da apreciação judicial, à medida que na colaboração premiada não pode ser tolerado acordos que impossibilitem ao acusado o direito a impugnações e recursos.³¹⁰ E, mesmo que o acusado admita sua culpa de modo a colaborar em troca de favores, não se exige que o réu assinta com nulidades processuais.³¹¹ Assim, as garantias processuais não afastam-se em razão da admissão de culpa do acusado, incidindo, para tanto, as garantias constitucionais em todo e qualquer processo de persecução penal.³¹²

Ainda, o princípio da individualização da pena vem estabelecido pela Constituição, enquanto o Código de Processo Penal atribui essa função como exclusividade ao Juiz, o que, por sua vez, impede o magistrado de atuar como órgão acusador, prerrogativa própria do agente ministerial, do mesmo modo que não cabe ao Ministério Público funções adstritas ao julgador.³¹³

Dessa maneira, a fixação de pena pelo Ministério Público, concentra nele tanto as funções acusatórias quanto persecutórias, eis que dá pena negociada não cabe recurso.³¹⁴ Em vista disso, do mesmo modo que compete ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública de iniciativa privada, tangente ao princípio da oficialidade, ao magistrado cabe a exclusividade da definição da culpa e da fixação da pena, na medida que o risco concernente de penas negociadas, majora-se em face da impossibilidade de revisão recursal da avença pactuada entre as partes.³¹⁵

A negociação de penas que visem seu início antes de haver uma sentença judicial que a decrete, viola, sem sombra de dúvidas, também o princípio da presunção de inocência, este erigido a dogma pela Constituição, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nessa perspectiva, apontam Canotilho e

307 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115.

308 *Ibidem*, p. 116.

309 *Ibidem*, p. 116.

310 *Ibidem*, p. 116.

311 *Ibidem*, p. 117.

312 *Ibidem*, p. 117.

313 *Ibidem*, p. 118.

314 *Ibidem*, p. 121.

315 *Ibidem*, p. 121.

Brandão, não ser possível tolerar, em observância a jurisdição dos tribunais, que uma decisão dessa monta, seja tomada por um órgão alheio ao poder judicial, como o Ministério Público.³¹⁶

Denota-se, assim, uma variedade de problemas provenientes da ausência de correspondência entre os signos representativos do modelo de consenso norte-americano, enquanto preceitos de influência utilizados quando da introdução do negócio penal no Direito brasileiro, e o ordenamento pátrio. O primeiro, enquanto sistema criminal de matriz *common law*, não se preocupa em tornar o Direito dogmático, de modo que não se aplica a incidência de princípios como o da obrigatoriedade da ação penal.³¹⁷ Diferentemente, o sistema brasileiro, pauta-se, como vimos, nas premissas dos princípios constitucionais e do devido processo legal.³¹⁸

Essa incompatibilidade de signos, demonstra justamente a função da linguagem apresentada em Wittgenstein, a qual somente funciona por meio de seus usos em relação a uma atividade humana e enquanto funcionalidade prática, concluindo existir, assim, uma multiplicidade de linguagens, que imprimem diferentes maneiras de compreensão e significados, conforme as variadas formas de vidas, evidenciando que linguagem, nesse sentido, deve ser apontada como o aludido “jogos de linguagem”.

No tocante as variedades de jogos de linguagem, muitas seriam as possibilidades, podendo ser evidenciado como o modo de descrever um objeto³¹⁹ ou, como fizemos, observar e comparar signos de diferentes sistemas. Rompe-se, portanto, com a ideia de que linguagem tem por função somente representar pensamentos, sendo necessário para compreendê-la, tomar nota do jogo de linguagem em que se encontra.³²⁰ Logo, valendo-se da filosofia, buscamos acentuar neste trabalho os absurdos que o entendimento recebe ao ir de concreto com balizas da linguagem, em atenção à nossa forma de vida, pautada, acima de tudo, em princípios constitucionais e do devido processo legal.³²¹

Além disso, considerando que cada linguagem processual de matriz *civil law* incorporou e traduziu o *plea bargaining* de uma maneira diferente, o efeito derradeiro desta influência acabou conduzindo a fragmentação e a divergência, como observamos através de

316 CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022, p. 140.

317 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 33.

318 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 120.

319 HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem**. 1. ed. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 66.

320 *Ibidem*, p. 88.

321 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 66.

nossa pesquisa jurisprudencial, ao invés, pelo menos por hora, da influência da tese forte da americanização no processo penal de países de direito continental, conforme aponta Langer.³²²

O fato de que a justiça negociada apresenta meios de solução de conflitos mais céleres, no sentido de que possibilita o acertamento do caso penal com a redução ou a supressão da fase de instrução probatória, é realmente inegável.³²³ Todavia, observamos que tal celeridade, além de conduzir a fragmentação e a divergência do sistema, também oculta a verdadeira problemática presente no sistema de justiça criminal, de tal maneira que a motivação pelo aumento da criminalidade e o esgotamento das vias processuais, que impulsionaram os legisladores pela busca desse modelo de solução acelerada, representa uma tentativa reducionista frente a complexibilidade do enfrentamento real da causa,³²⁴ tonando-se, assim, mais uma tentativa frustrada de “americanização à brasileira”,³²⁵ como ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

322 LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas**: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017, p. 28.

323 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

324 *Ibidem*, p. 31.

325 “O Projeto de Lei Anticrime, dentre outras coisas, avança no que chamou de “*Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade*”. Trata-se de mais uma tentativa de americanização à brasileira, ou seja, introduzir no processo penal brasileiro uma cópia do que os norte-americanos chamam de *plea bargaining*.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime**: crônica de um desastre anunciado. São Paulo: Boletim IBCCRIM. v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 12 mar. 2022, p. 2.

CONCLUSÃO

As principais observações quanto aos modelos de consenso, tocam em especial no que se refere a base negocial norte-americana, uma vez que foram suas raízes os preceitos utilizados quando da introdução do negócio penal no Direito brasileiro, cujo mecanismo de negociação chama-se *plea bargaining* e os acordos correspondentes a sanção, configuram às *guilty pleas*, por meio do qual se dispensa qualquer requisito objetivo, podendo a negociação ser realizada por qualquer indivíduo e sobre qualquer delito, necessitando apenas de requisitos subjetivos, tangente a necessidade de que a transação proceda-se da vontade livre e consciente do agente.

No Brasil, a legislação que despontou a introdução de mecanismos de solução consensual, foi aquele atinente aos Juizados Especiais Criminais, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95, que validou a transação penal, bem como os institutos da composição civil dos danos e da suspensão condicional do processo, possibilitando o manejo de sanções penais através de um processo abreviado, referente a penas restritivas de direito. Não obstante isso, o ordenamento inovou com a introdução da colaboração premiada, possibilitando, também, a negociação de penas restritivas de liberdade e alargando o campo de aplicação. Todavia, a problemática da introdução desses institutos de justiça penal negocial, prostram-se, sobretudo, no quesito constitucionalidade, mas não somente, uma vez que as demais especificidades dos sistemas também devem ser levadas em conta.

No que toca a organização do sistema criminal, partindo da relação emprega por meio de procedimentos de comunicação, local onde se encontra a pretensão de validade, cuja interface elencada possui suas bases alicerçadas na filosofia da linguagem de Wittgenstein, compreende-se que a validação de uma norma ocorre por meio de um processo de comunicação de sentido, que, ao seu turno, sustenta-se através da relevância social. Em vista disso, a linguagem tem como função a junção de sinais por meio do qual preenche de sentido uma dada locução. E tratando de norma jurídica, no tocante a sua interpretação utilizamos como base os ensinamentos de Wittgenstein, que prevê uma indicação de validade por meio daquilo que se denomina “jogos de linguagem”.

Tangente a filosofia de Wittgenstein, duas foram as obras que despontaram primordial relevância à linguagem. Sua primeira obra, *Tractatus Logico-Philosophicus*, detinha, inicialmente, a intenção de tratar de problemas filosóficos, cuja finalidade era demonstrar em que condições uma linguagem poderia ser considerada logicamente perfeita e em que circunstâncias poderia ser empregada de modo a demonstrar um sentido definido. Já a segunda obra, traduzida como *Investigações Filosóficas*, representa uma evolução no pensar dos

problemas, cujo intuito é demonstrar, segundo exemplos, como os filósofos pecam ao buscar por outra coisa que não seja o funcionamento normal da linguagem a partir do cotidiano.

Destarte, Wittgenstein descarta toda correspondência instantânea entre palavras e objetos específicos. Para isso, entende pela atividade humana o aporte que concebe significados, por meio dos jogos de linguagem, sendo que cada jogo se organiza a partir de um certo modo de vida, que foram moldadas por certas regras e convicções. Nesse ínterim, a linguagem é, pois, parte inerente do social que, ao seu turno, determina o modo de comportamento cotidiano. Em razão disso, a ideia de “jogos de linguagem”, promove significados por meio de um mecanismo, o qual guarda relação com uma estrutura determinada, enquanto forma de vida coletiva, a fim de solucionar os problemas filosóficos, por meio da atividade linguística cotidiana.

Seguindo as premissas da filosofia do segundo Wittgenstein, elencamos signos representativos de cada linguagem processual. Como ressaltado, o ordenamento jurídico estadunidense advém de uma lógica de sistemática consuetudinária e, por isso, não se preocupam em tornar o Direito dogmático, de tal modo que se faz inapropriado falar em princípios como o da obrigatoriedade da ação penal pública. O processo penal, por sua vez, funciona por meio do modelo adversarial ou acusatório, que compreende o processo como uma disputa entre partes perante um Juiz passivo. Já o sistema inquisitorial, de matriz proveniente da *civil law*, compreende o processo penal como uma investigação oficial realizada por atores estatais em busca de uma verdade, conformando, assim, a dicotomia apresentada por Máximo Lagner.

O negócio penal, enquanto expressão de sentido, também congrega consigo termos próprios, que caracterizam e correspondem a uma linguagem processual específica, por meio de suas próprias lógicas de compreensão e significado, isto é, suas formas de vida. Nesse sentido, o *plea bargaining* se refere ao modelo de negócio penal atinente ao ordenamento norte-americano e, enquanto tal, carrega signos próprios a sua linguagem processual, como as *guilty pleas*, que correspondem aos acordos e ao *plea of guilty*, referente a declaração de culpa do acusado. Por outro lado, a colaboração premiada, enquanto signo correspondente, diz respeito a uma lógica de jogo diferente, ao passo que, embora se trate de negócio processual, assenta-se nos princípios constitucionais e do devido processo legal, sobretudo aquele que diz respeito a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, diferenciando-se, assim, da linguagem processual que constitui a justiça consensual por excelência.

No que toca a observação da circulação de institutos entre ordenamentos jurídicos distintos, propomos a ideia de formas de vida, eis que cada transplante jurídico envolve,

também, relações pessoais que influenciam diretamente na forma de compreensão e significado. Para isso, buscamos no sítio do Supremo Tribunal de Justiça pelo elemento de busca “operação lava jato colaboração premiada”, em razão da grande publicidade envolvendo a operação, por meio da qual destacamos três julgados. Como resultado da pesquisa, observamos, sobretudo, o problema presente frente a inexistência de contornos concretos do instituto da colaboração premiada, assim como a dificuldade na delimitação do objeto do termo da avença, na medida que, principalmente no âmbito da Lava Jato, os acordos passaram a dispor de objetos com efeitos cada vez mais vastos, ressaltado o afastamento das previsões normativas e, assim, tornando-se verdadeiros favores extralegais.

Tais problemáticas demonstras com exatidão a questão apontada nos jogos de linguagem, tangente ao estranhamento na utilização de signos correspondentes a formas de vida diferentes, principalmente pela sua lógica de compreensão e significado, colocando à vista, assim, o problema a que se presta a filosofia, referente ao esquecimento dos motivos pelos quais foram empregados determinados conceitos. Evidenciou-se, justamente, a contradição que há no mundo cotidiano, na medida que o ordenamento brasileiro ao introduzir o instituto de justiça penal negociada, o fez com base em sua linguagem processual própria, a qual reflete uma forma de vida assentada em princípios constitucionais e do devido processo, que, ao seu turno, deveriam funcionar como balizas de todo o sistema de justiça.

Por fim, inobstante a sensação de celeridade que carrega a justiça negociada, observamos, a partir do nosso estudo, que o instituto conduz, em verdade, à fragmentação e à divergência do sistema, além de ocultar a verdadeira problemática presente no sistema de justiça criminal, de tal maneira que a motivação dos legisladores por esse modelo de resolução acelerada, representa uma tentativa reducionista face a complexibilidade do enfrentamento real da causa, tonando-se, como bem ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, mais uma tentativa frustrada de “americanização à brasileira”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Augusto Jobim do. **A pré-ocupação de inocência no processo penal**. Belo Horizonte: Rev. Fac. Direito UFMG, n. 62, jan./jun. 2013.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no Processo Penal e o Rito Abreviado Fundado na Admissão de Culpa**: (In)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 14, n. 3, set./dez. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2018.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 26 set. 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada**: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: RT, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/43348>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- COELHO, Maria Priscila. **Linguagem e os limites da filosofia**: uma leitura de Wittgenstein. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/ctch/fil/maria.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime**: crônica de um desastre anunciado. São Paulo: Boletim IBCCRIM. v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 12 mar. 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da Linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.
- FORTUNA, Marcelo. **Teoria da ação significativa**. 2014. Disponível em: <https://profmarcelofortuna.wordpress.com/2014/07/15/teoria-da-acao-significativa/>. Acesso em: 8 mar. 2022.

FREITAS, Ana Carla Pinheiro; DIAS, Eduardo Rocha; BARROSO, Érica Montenegro Alves. **Contribuições da filosofia da linguagem de Wittgenstein na dogmática penal: um diagnóstico do dolo.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 85-102, dez./jan. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149628. Acesso em: 8 mar. 2022.

FONSECA, Pedro H. C. **Teoria da ação significativa: uma crítica sob o viés do finalismo.** 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/24>. Acesso em: 8 mar. 2022.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade penal nos juizados especiais criminais.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

HADOT, Pierre. **Wittgenstein e os limites da linguagem.** Trad. de Flavio Fontenelle Loque e Loraine Oliveira. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

LANGER, Maximo: **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do pleabargaining e a tese da americanização do processo penal.** Delictae, vol. 2, n. 3, jul./dez. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021,

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro.** RBCCrim, v. 156, ano 27, p. 165-188, jun. 2019.

MIRZA, Flávio. **Processo Justo: O ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. V, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. [S. l.], 26 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#art96. Acesso em: 8 mar. 2022.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. **Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 6-8, mai. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151216. Acesso em: 22 mar. 2022.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada.** 2. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal.** Valência: Tirant to Blanch, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.