

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Manoela Andrade Cacho

COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2015**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Manoela Andrade Cacho

COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

SÃO PAULO
2015

Manoela Andrade Cacho

Área de concentração: Direito Processual Penal

Local e data de defesa: São Paulo, _____.

Resultado:

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cláudio José
Langroiva Pereira

Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva

Professor Doutor Luiz Flávio Borges D'Urso

Dedico este trabalho ao meu pai, Emanuel Cacho, que sempre estimula a minha busca pelo conhecimento, apoiando e incentivando o meu crescimento intelectual, bem como à minha mãe, Maria do Socorro Barros Andrade Cacho, que em todos os momentos me deu suporte em meus projetos acadêmicos e pessoais.

*“Há uns que nos falam e não ouvimos;
há uns que nos tocam e não sentimos;
há aqueles que nos ferem e nem cicatrizes deixam, mas...
há aqueles que simplesmente vivem e nos marcam por toda vida.”*

Hanna Arendt

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Emanuel Cacho e Maria do Socorro, a quem devo todas as conquistas da minha vida, que me inspiraram a sempre buscar o sucesso com determinação e humildade. Uma eternidade não é suficiente para agradecer.

Aos meus irmãos, Felipe e Anna Cecília, meus maiores parceiros da vida, agradeço o apoio e a compreensão. Também minha avó, Edite, e meus tios e primos. O suporte de todos vocês foi e sempre será essencial.

Ao professor Dr. Marco Antonio Marques da Silva, cuja contribuição à minha vida acadêmica jamais será esquecida. Serei eternamente grata por todo o aprendizado e orientação que me proporcionou.

Ao professor orientador Cláudio José Langroiva Pereira, que me orientou não apenas academicamente, mas para melhor enfrentar todos os desafios da vida.

Ao professor e amigo Roberto Ferreira Archanjo da Silva, quem me disse nos primeiros dias do mestrado que estávamos ali para evoluir, o que de fato aconteceu, com sua enorme contribuição. Ao professor Marcelo Augusto Custódio Erbella, pelas observações ricas e construtivas expostas no Exame de Qualificação.

Aos queridos funcionários da PUC/SP, Rui Domingos e Rafael Santos, cujas orientações foram indispensáveis à realização do curso.

Aos meus colegas do Mestrado, com os quais desenvolvi uma amizade para toda a vida, em especial à Giane, que me ensinou a ser mais solidária com as pessoas, ao Sandro, que me ensinou a ser mais solidária com o mundo, ao Vitor, que me ensinou a ser mais obstinada, ao Gabriel, que me

ensinou a ser mais paciente e, ao Emerson, que me ensinou a ser disciplinada, ao Rodrigo, que me ensinou a traçar objetivos, à Priscila, que me ensinou a ser mais ponderada, ao Alexandre, que me ensinou a ser mais combativa e ao Joaquim, que me ensinou que a busca pelo saber jamais deve cessar.

Às minhas amigas Amanda Mantovani, Selena Fernandes, Mariana Tiezzi, Marina Passos, Carla Ribeiro e Adriana D'Urso, que mesmo com a minha ausência em razão dos estudos, apoiaram e torceram por esta conquista.

Agradeço a Saulo Ismerim, que, embora tenha entrado há pouco tempo em minha vida, ajudou-me tanto. Por fim, agradeço aos meus alunos, colegas professores e coordenadores da Faculdade Tiradentes, onde tive a certeza da minha vocação e amor pela docência.

RESUMO

A colaboração premiada teve o seu procedimento regulamentado pela nova Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) e, desde então, tem sido amplamente debatida no mundo jurídico e fora dele, sendo cada vez mais absorvida pela nossa cultura jurídica. Por isso, faz-se necessária a pacificação dos pontos controversos da referida lei, a fim de evitar a sua realização de forma irregular e o desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais dos acusados na persecução penal. É imperioso, portanto, que o estudo das regras relativas à colaboração premiada seja realizado em conformidade com os princípios constitucionais de processo penal, bem como com aqueles constantes do código de processo penal. Nessa ordem de ideias, destaca-se o Princípio da Ação Penal Pública da Obrigatoriedade, o qual orienta a atuação do Ministério Público e foi inobservado em algumas disposições da Lei n. 12.850/2013 que geraram críticas por parte de alguns autores. Estes apresentam diferentes caminhos para a melhor adequação aos princípios do processo penal brasileiro, os quais serão analisados com a finalidade de se construir a melhor leitura e evitar inconstitucionalidades e ilegalidades. Pretende-se, assim, priorizar as constatações e soluções que melhor se coadunem com as normas principiológicas postas que prestigiem os fins do Estado Democrático de Direito e da proteção da dignidade da pessoa humana, que entendemos ser aquelas que respeitam tanto os limites de atuação do juiz, do órgão acusatório, do delegado de polícia e do defensor quanto os direitos do acusado no processo penal brasileiro, seja o colaborador ou aqueles apontados por ele.

Palavras-chave: Colaboração Premiada – Nova Lei de Organização Criminosa – Processo Penal – Princípio da Obrigatoriedade

ABSTRACT

The procedure of the award-winning collaboration was regulated by the new Criminal Organization law (Lei n. 12.850/2013), from when has been considerably debated among society and been absorbed by our legal culture. Therefore, it is necessary to correct some controversial topics of the law to avoid the disrespect of the fundamental rights of the defendant in criminal proceedings. The rules of award-winning collaboration has to respect the constitutional principles of the criminal proceedings and the principles in the criminal procedure code. The most important one is the principle of mandatory prosecution, which concerns to the Public Ministry work, and have not been observed by the Law n. 12.850/2013, what has been criticized by some authors. They present many diferente solutions for the problem, wich will be analyzed to find the best way to avoid the disrespect of the law and the Constitution. Therebay, the goal is to prioritize the solutions that honors the Democratic Rule of Law and the Dignity of the Human Person, wich are those ones that respect the limits of the judge, of the district attorney, of the police chief and of the lawyer, as well as the rights of the defendant in criminal proceedings, even the one who makes the deal of award-winning collaboration or the one who is charged based on this deal.

Palavras-chave: Award-winning collaboration – New Criminal Organization Law – Criminal Proceedings – Principle of Mandatory Prosecution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – DAS BASES CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL...16	
1.1 O Estado Democrático de Direito e o Processo Penal.....	18
1.2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Processo Penal.....	20
1.3 Os Princípios Constitucionais Orientadores do Direito Processual Penal...22	
1.3.1 <i>Princípios constitucionais e jurisdiicionalidade</i>	24
1.3.2 <i>Princípios constitucionais e sistema acusatório</i>	26
CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	34
2.1 Conceito.....	34
2.1.1 <i>Sobre a questão ético-moral</i>	36
2.2 Institutos de Direito Estrangeiro que Influenciaram a Colaboração Premiada no Brasil.....	37
2.2.1 <i>Common law e civil law</i>	39
2.2.2 <i>Estados Unidos: plea bargaining</i>	40
2.2.3 <i>Itália</i>	44
2.2.3.1 <i>A Operazione Mani Pulite</i>	45
2.2.3.2 <i>A Colaboração Premiada na Legislação Italiana</i>	50
2.3 A Colaboração Premiada no Brasil.....	51
2.3.1 <i>Ordenações Filipinas</i>	52
2.3.2 <i>Lei de Crimes Hediondos</i>	54
2.3.3 <i>A Revogada Lei de Organização Criminosa</i>	55
2.3.4 <i>Código Penal</i>	56
2.3.5 <i>Lei de Lavagem de Capitais</i>	58
2.3.6 <i>Sistema de Proteção às Vítimas e Testemunhas</i>	59
2.3.7 <i>Lei de Drogas</i>	60
2.3.8 <i>Nova Lei do Crime Organizado</i>	61
2.3.8.1 <i>A globalização e a criminalidade econômica</i>	61

2.3.8.2 A Lei n.12.850, de 02 de agosto de 2013.....	63
--	----

CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA	
LEI N. 12.850/2013.....	66
3.1 Requisitos para a Realização do Acordo e Concessão do Prêmio.....	66
3.1.1 <i>Confissão</i>	67
3.1.2 <i>Voluntariedade</i>	70
3.1.3 <i>A colaboração efetiva</i>	73
3.1.4 <i>Resultados arrolados na lei</i>	74
3.1.5 <i>Requisitos subjetivos</i>	79
3.2 Prêmios Previstos na Lei.....	81
3.2.1 <i>Prêmio excepcional do não oferecimento da denúncia</i>	85
3.2.2 <i>Prêmios na fase de execução penal</i>	87
3.3 O Procedimento.....	89
3.3.1 <i>A propositura do acordo</i>	90
3.3.2 <i>A possibilidade de suspensão do prazo para a denúncia</i>	92
3.3.3 <i>O termo do acordo</i>	93
3.3.4 <i>O sigilo do acordo</i>	94
3.3.5 <i>As atribuições do juiz na colaboração premiada</i>	96
3.3.6 <i>A importância do defensor</i>	103
3.3.7 <i>A retratação</i>	105
3.4 A Valoração Probatória da Colaboração Premiada.....	107
3.5 Os Direitos do Colaborador.....	109

CAPÍTULO 4 – A COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA	
OBRIGATORIEDADE.....	112

4.1 Princípios da Obrigatoriedade, da Oportunidade e da Discricionariedade	
Regrada.....	112
4.2 O Art. 28 do Código de Processo Penal	117
4.3. Da impossibilidade de Aplicação do Art. 28 do Código de Processo Penal	
ao Procedimento da Colaboração Premiada.....	123

4.4 A Previsão de Não Oferecimento de Denúncia pelo Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade.....	128
4.4.1 <i>A inaplicabilidade por analogia do art. 28 do Código de Processo Penal.....</i>	130
CONCLUSÃO.....	135
REFERÊNCIAS.....	139

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar o instituto e o procedimento da Colaboração Premiada na nova Lei de Organização Criminosa em confronto com os princípios que orientam o processo penal, tanto os de cunho constitucional quanto aqueles extraídos do Código de Processo Penal, com enfoque no Princípio da Obrigatoriedade.

Isso porque, após a publicação da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, começou-se a debater – seja no âmbito jurídico, seja entre a população em geral – sobre o instituto da colaboração premiada, o qual engloba a delação premiada, conforme será estudado. Além disso, apesar de já existir no direito brasileiro desde o ano de 1990, passou-se a utilizar significativamente a colaboração premiada como meio de obtenção de prova.

Malgrado a utilização da colaboração premiada ter passado a ocorrer de forma maciça em razão, pela primeira vez, da regulamentação do procedimento, ainda há inúmeras dúvidas relativas às formalidades para a sua realização, bem como muitas celeumas quanto à constitucionalidade de algumas das suas regras. Problema ainda maior é o fato de que diversos acordos são realizados sem que haja a mínima observância de exigências da lei.

Nesse sentido, mostra-se urgente, visto que cada vez mais utilizada no processo penal brasileiro, a necessidade de se debater e firmar limites concretos no que diz respeito aos regramentos relativos ao acordo de colaboração premiada, a fim de que sejam respeitadas as normas de processo penal, grande parte de cunho constitucional, e, conseqüentemente, os direitos e as garantias tanto do colaborador quanto daqueles que podem ser processados e condenados em razão de uma colaboração premiada realizada em contrariedade com a lei.

Pretende esta pesquisa, portanto, suscitar alguns dos pontos controversos das regras da lei em comento, notadamente aquelas que colidem com o Princípio da Ação Penal Pública da Obrigatoriedade.

Para tanto, inicia-se com o apontamento das bases constitucionais do processo penal, esclarecendo a utilização do método de estudo das regras de processo penal sob a luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, com enfoque ao estudo do conceito de Estado Democrático de Direito e do metaprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, indispensáveis à compreensão da natureza e finalidade do processo penal brasileiro. Ademais, realiza-se um estudo mais profundo dos princípios relacionados à jurisdicionalidade e ao sistema acusatório, os quais geram grandes polêmicas na análise do procedimento da colaboração premiada.

Passa-se, então, à análise do instituto da colaboração premiada, com a verificação da sua origem e trazendo à baila os institutos correlatos a outros países e suas experiências, cujas mais significativas foram as dos Estados Unidos da América e as da Itália, que influenciaram a inserção da colaboração premiada no direito brasileiro.

Em continuidade, faz-se o estudo das leis de direito brasileiro que trouxeram tal meio de obtenção de prova, bem como a análise de suas especificidades, desde a Lei dos Crimes Hediondos até a nova Lei de Organização Criminosa.

A partir daí, realiza-se uma análise minuciosa das peculiaridades do instituto conforme a Lei n. 12.850/2013 e o seu procedimento, destrinchando todas as regras relativas ao acordo de colaboração premiada, tais como os requisitos para a realização, as formalidades do termo do acordo, os deveres e os direitos do colaborador, além dos papéis do magistrado, do Ministério Público, do delegado de polícia e do defensor, de grande importância para este trabalho.

A escolha do confronto com o Princípio da Obrigatoriedade, visto que há a possibilidade de se fazer um debate aprofundado de todas as questões controversas quanto ao novo regramento da colaboração premiada, foi justamente por ser aquela que mais proporciona adentrar-se em regras relativas aos papéis dos atores do processo penal, cuja delimitação é indispensável para a realização do devido processo penal constitucional.

Desenvolve-se, portanto, um estudo sobre o Princípio da Obrigatoriedade, bem como daquele que a este se contrapõe, qual seja, o Princípio da Disponibilidade, desaguando-se na análise da discricionariedade regrada, que se encontra no meio do caminho entre ambos.

A partir daí faz-se a análise das disposições que afrontariam o referido princípio do processo penal, apontadas pela doutrina, inclusive dos caminhos trazidos como soluções às incongruências apontadas.

O método científico utilizado é o dialético, pois as celeumas são suscitadas por doutrinadores sem que ainda tenham chegado, em sua maioria, ao Judiciário, em razão de a lei e a utilização do instituto que a regulamenta serem muito recentes nas normas e na cultura jurídica brasileira, assim como são distintas as soluções e até mesmo as constatações entre os estudiosos, ainda não havendo uma pacificação quanto às conclusões para os problemas trazidos. Desse modo, pretende-se aqui constatar os caminhos que mais se coadunam com o sistema processual penal brasileiro e os seus princípios norteadores.

CAPÍTULO 1 – DAS BASES CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

O processo penal brasileiro é constitucional¹, o que se traduz na necessidade de que a leitura das suas disposições seja sempre realizada à luz das normas e do espírito da Lei Maior².

Jorge de Figueiredo Dias já afirmava, em 1974, que as normas constitucionais não consistiriam somente em diretrizes à produção das leis processuais penais – as quais estariam legitimadas independentemente da interpretação do legislador ordinário –, mas também em verdadeiras normas jurídicas que obstam a produção de leis que conflitem com o “núcleo essencial” do direito que assegura, sendo, no caso do referido conflito, materialmente inconstitucionais³.

Logo, os princípios constitucionais do processo penal ou, como denomina Rogério Lauria Tucci, “os regramentos constitucionais do processo penal” são garantias e direitos subjetivos individuais que orientam de forma determinante as normas do processo penal brasileiro⁴.

Constituições anteriores à de 1988 já traziam expressas normas referentes ao Direito Processual Penal. No entanto, a atual Carta Magna realizou uma mudança de paradigma, transformando o processo penal em um instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado, e não apenas de aplicação da lei penal⁵.

¹ Sobre processo penal constitucional, ver FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 14-15.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 75.

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

A aplicação do processo penal como instrumento de viabilização da máxima eficácia das garantias inafastáveis tem por finalidade realizar uma verdadeira “redução de danos”⁶.

Chegou-se a afirmar que o Código Penal seria o estatuto do delinquente, enquanto o Código de Processo Penal, do inocente⁷, isso porque este traz garantias processuais constitucionais que são “escudos protetores” utilizados contra o Poder Estatal⁸.

Os direitos e as garantias processuais penais constitucionais existem para evitar que o Estado abuse do seu poder de punir o cidadão. Essa é uma das grandes conquistas dos direitos fundamentais, os quais não devem sofrer regressão, sendo dever da doutrina e jurisprudência prezar pela sua preservação e concretização⁹.

Nesse sentido, é inegável o caráter instrumental do processo penal, o qual serve não apenas à aplicação da pena, mas também à realização do projeto democrático-constitucional¹⁰.

Diante disso, Marco Antonio Marques da Silva afirma que “o processo penal é, antes de tudo, instrumento de realização da justiça, em um contexto de legalidade e garantia ao respeito aos direitos constitucionais daquele a quem se impute a prática de infração penal”¹¹.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171.

⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A “liberdade jurídica” no direito e no processo. In: PRADE, Péricles (Org). *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rão*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p. 296.

⁸ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

⁹ Sobre a máxima efetividade dos princípios constitucionais, ver ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 127.

¹⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 64-65.

¹¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juruá, 2008, p. 2.

Cumpra, portanto, analisar todo o instituto da colaboração premiada e o seu procedimento à luz das normas constitucionais relativas ao Direito Processual Penal, as quais passamos a estudar.

1.1 O Estado Democrático de Direito e o Processo Penal

Antes de adentrar no estudo dos princípios constitucionais do processo penal, é importante retomar brevemente o conceito de Estado Democrático de Direito, modelo de Estado estabelecido pela Constituição de 1988.

A ideia de um Estado submetido ao império da lei, com uma divisão de poderes e que declarasse garantias e direitos individuais, surgiu com o liberalismo¹² em contraposição ao absolutismo¹³. Sobre o Estado de Direito, um modelo de estado baseado na limitação de poderes, destaca Luigi Ferrajoli:

... não existem, no Estado de Direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, da responsabilidade de seus autores¹⁴.

A base do Direito Constitucional, bem como de todo o direito público, é a sujeição ao Estado de Direito, no qual não só os particulares se subordinam às normas jurídicas mas também o próprio Estado e as demais instituições que exercem a autoridade pública¹⁵.

A concepção de Estado de Direito, que surgiu após o Estado Liberal de Direito e, posteriormente, o Estado Social de Direito¹⁶ nem sempre esteve atrelada a um modelo de Estado Democrático, o qual impõe o princípio da

¹² Sobre Estado Social de Direito, ver SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

¹³ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2011, p. 526.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 790.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. (Tomo I: Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais), p.12-13.

¹⁶ Sobre a evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito, ver SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo, cit.*, p. 112-122.

soberania popular como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁷.

A partir de elementos que compõem o Estado de Direito e o Estado Democrático, nasce o conceito de Estado Democrático de Direito, superando-os por trazer mudanças no estado das coisas: além de estar fundamentado na soberania de sua população e no pluralismo democrático, tem como base o respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, que objetivam a efetivação da democracia econômica, cultural e social, inclusive o aperfeiçoamento da democracia participativa¹⁸.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, apenas um Estado que tem as qualidades de ser um Estado de Direito e um Estado Democrático é um Estado Constitucional no constitucionalismo moderno¹⁹.

Os princípios fundamentais do Direito Penal e do Processo Penal, formalizados na Constituição Federal, são corolários do Estado Democrático de Direito, cujas funções Marco Antonio Marques da Silva esclarece:

Os princípios constitucionais de direito penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste. No processo penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar consequências jurídicas²⁰.

Com a implementação do Estado Democrático de Direito, uma das maiores conquistas para o processo penal foi a positivação da garantia do acesso à Justiça, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura que qualquer lesão ou ameaça de lesão seja apreciada pelo Poder

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 117.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 92-93.

²⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 15.

Judiciário²¹. Isso porque, nesse modelo de Estado, o juiz tem a função de proteger os direitos fundamentais, o que só ocorrerá por meio de processo²².

Não há democracia nem liberdade em um Estado no qual a Constituição não é respeitada e o Direito Penal e o Direito Processual Penal são arbitrários²³. O Estado Democrático funda-se na garantia dos direitos fundamentais²⁴ e é tornado efetivo por meio da observação de vários postulados que lhe são essenciais, dentre eles, o da promoção da dignidade da pessoa humana, cujo estudo, outrossim, é indispensável.

1.2 A Dignidade da Pessoa Humana o Processo Penal

Há uma enorme dificuldade em conceituar a dignidade da pessoa humana e o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental²⁵. A despeito da afirmação de que não se trataria de um conceito juridicamente apreciável, é necessária uma definição jurídica para a realização da jurisdição constitucional, ou seja, há o juiz que dominar um conceito abrangente e operacional de dignidade da pessoa humana para protegê-lo no caso concreto²⁶.

Quanto a um breve histórico da relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, tal conexão jurídico-positiva passou a existir apenas com o advento do Estado Social de Direito e, de forma mais consistente, após a Segunda Guerra Mundial, quando constituições e textos internacionais que a sucederam trouxeram respostas aos regimes que

²¹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 716.

²² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 157.

²³ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. O direito penal e processual penal brasileiros no Estado Democrático de Direito. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 945-946.

²⁴ Para aprofundamento no tema dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007, p. 363.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana..., cit., p. 363.

degradaram serem humanos e desprezaram os seus direitos²⁷. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

... qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁸.

O sistema de direitos fundamentais tem como fonte a dignidade da pessoa humana²⁹. Todos os direitos fundamentais arrolados em uma constituição têm como finalidade resguardar tal qualidade do ser humano. E se for identificado algum direito que tem o condão de proteger a dignidade da pessoa humana que, porém, não conste da Lei Maior, ainda assim esse direito será considerado fundamental. Pode-se dizer, portanto, que a dignidade da pessoa humana é um critério para o reconhecimento de direitos fundamentais ainda que atípicos, ou seja, que não estejam dispostos em uma constituição de forma explícita³⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressamente instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, estruturando toda a ordem jurídica em torno dela. Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor que se encontra acima do direito e é por ele preservado: é sua própria razão de ser³¹. Portanto, é apropriada a definição de Jorge Miranda, que afirma tratar-se de um metaprincípio, que “coenvolve todo os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas”³².

²⁷ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 168.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, cit.*, p. 169.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57 e ss.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

³² MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, *cit.*, p. 170.

Uma de suas muitas implicações é a da garantia da integridade pessoal contra a tortura e as penas cruéis, degradantes e desumanas, inclusive no processo criminal³³. É, outrossim, fundamento patente da garantia à duração razoável do processo, prevista expressamente no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal do Brasil³⁴, uma vez que objetiva resguardar o processado da aflição de uma demanda criminal prolongada, que, muitas vezes, atinge até mesmo a sua família. Por isso, diz-se que, não obstante tratar-se de norma de cunho principiológico, é inflexível, pois não se poderia admitir o retrocesso da grande conquista da humanidade relativa às normas fundamentais, as quais “são essências para tornar a persecução penal eficiente”³⁵.

Enfim, todos os princípios constitucionais do processo penal – fundamentais que são –, em última análise, objetivam resguardar a dignidade da pessoa humana, razão pela qual o estudo de qualquer instituto de processo penal, a exemplo da colaboração premiada, deve ser realizado à luz destes, sobre os quais se discorrerá adiante.

1.3 Princípios Constitucionais Orientadores do Direito Processual Penal

Rememoradas as ideias de Estado Democrático de Direito e a necessidade de respeito às normas fundamentais, bem como ao importante metaprincípio da dignidade da pessoa humana, podemos passar ao estudo das normas constitucionais relativas ao processo penal, que balizam todas as regras de Direito Processual Penal, inclusive aquelas relativas à colaboração premiada.

³³ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais, *cit.*, 171.

³⁴ Ver NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 191-202.

³⁵ PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 643.

Primeiro, citem-se alguns princípios constitucionais explícitos que dizem respeito ao processo, quais sejam: da igualdade processual ou da paridade das armas (art. 5º, *caput*); da plenitude da defesa (art. 5º, XXXVIII, alínea “a”, da CF); do juiz natural (art. 5º, LIII); do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório ou bilateralidade da audiência e da ampla defesa (art. 5º, LV); da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI); da presunção da inocência ou do estado de inocência ou da situação jurídica de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII); da prevalência do interesse do réu ou *favor rei*, ou *in dubio pro reo* (art. 5º, LVII); da publicidade (art. 5º, LX e XXXIII, e art. 93, IX); e da economia processual, celeridade processual e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

Também na Constituição da República Federativa do Brasil estão dispostos os direitos de caráter fundamental atinentes ao alvo da persecução penal, relativamente à prisão cautelar e em razão de cumprimento de pena, tais como o direito de cumprir a pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo (art. 5º, XLVIII); a garantia do direito à integridade física do preso (art. 5º, XLIX); o direito das presidiárias de permanecerem com os seus filhos durante a amamentação (art. 5º, L); a garantia da não extradição, exceto nas hipóteses previstas na Constituição (art. 5º, LI), a garantia de não extradição de estrangeiro acusado de crime político ou de opinião (art. 5º, LII); a garantia do civilmente identificado de não ser submetido à identificação criminal, excetos nas hipóteses da lei (art. 5º, LVIII); a garantia de não ser preso fora das hipóteses previstas na Constituição e na lei (art. 5º, LXI); a garantia da informação da prisão e do local em que se encontra ao juiz e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII); o direito do preso de permanecer em silêncio, bem como de ser informado deste, e a garantia da assistência de sua família e do advogado (art. 5º, LXIII); o direito do preso de ter identificado os responsáveis pela sua prisão e pelo seu interrogatório (art. 5º, LXIV), entre outros.

Ademais, verificam-se princípios constitucionais implícitos relativos ao processo penal, quais sejam: os de que ninguém está obrigado a produzir

prova contra si mesmo ou se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*)³⁶; da iniciativa das partes ou da ação ou da demanda (*ne procedat iudex ex officio*)³⁷; do duplo grau de jurisdição³⁸; do juiz imparcial³⁹; do promotor natural e imparcial⁴⁰; da vedação da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)⁴¹, em sua maioria expressos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, como norma supralegal⁴².

Esse vasto rol de princípios deixa evidente a indispensabilidade de se realizar uma “leitura constitucional do processo penal”⁴³. Por isso, vamos nos ater ao estudo aprofundado dos princípios mais relevantes à análise crítica do instituto da colaboração premiada, ou seja, aqueles relativos à jurisdicionalidade – utilizando uma classificação na qual este engloba os princípios do juiz natural e do juiz imparcial – e ao acusatório – que, nessa mesma classificação, é extraído do sistema acusatório e das disposições constitucionais referentes à iniciativa das partes⁴⁴.

1.3.1 Princípios constitucionais e jurisdicionalidade

A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli é estruturada com base em dez axiomas, quais sejam: *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), *nulla lex (poenalis) sine*

³⁶ Expresso no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica.

³⁷ Extraído do sistema acusatório e do art. 5º, inc. LIX, e art. 129, inc. I, da Constituição Federal.

³⁸ Expresso no Pacto de São José da Costa Rica no seu art. 8º, 2, alínea “h”.

³⁹ Expresso no art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica (aprovado pelo Decreto n. 678/1992).

⁴⁰ Decorre por analogia dos princípios do juiz natural e imparcial, bem como dos arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, I, “b”, da Constituição Federal de 1988.

⁴¹ Expresso no art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica.

⁴² Sobre a tese de supralegalidade, ver histórica decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 07 dez. 2015.

⁴³ LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

⁴⁴ Essa classificação é realizada por LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 153-214.

necessitate (não há lei penal sem necessidade), *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa), *nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem ação), *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), *nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação), *nulla accusatione sine probatio* (não há acusação sem prova) e *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem ampla defesa)⁴⁵. Dentre aqueles que orientam o processo penal garantista, está o brocardo *nulla culpa sine iudicio*, que tem como significado a imprescindibilidade de um “juiz imparcial e competente para o julgamento da causa”⁴⁶.

Diversos são os desdobramentos da jurisdicionalidade (que Aury Lopes Júnior classifica como um princípio constitucional do processo penal) no sistema brasileiro, sendo precipuamente o da exigência de atuação no processo penal de um “juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da Constituição”⁴⁷.

Reflete, outrossim, na exclusividade do poder jurisdicional, significando que este é indeclinável e insubstituível⁴⁸. A garantia do acesso à jurisdição configurou uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito, Estado expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a vedação ao afastamento da intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou a ameaça de lesão de direito.⁴⁹

No Estado Democrático de Direito, atribui-se ao juiz a função de proteger os direitos fundamentais, o que, logo, só poderá ocorrer materialmente quando houver acesso à jurisdição⁵⁰. Esse é um dos pontos em que a colaboração premiada choca-se com um dos princípios norteadores do processo penal,

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 74-75.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2013, p. 10.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 156.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 156.

⁴⁹ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 716.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 157.

sobretudo quando prevê a aplicação da pena sem o processo, conforme será estudado.

Além disso, é consequência da jurisdicionalidade a independência da magistratura e a sua exclusiva submissão à lei. Uma vez que a atuação do juiz é constitucional, e não política, para que o juiz atue de forma imparcial e justa, deve atuar com independência, não ficando atrelado à opinião pública⁵¹.

Por fim, é necessário ressaltar o princípio do juiz natural, entendido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁵², que também objetiva garantir a imparcialidade do magistrado, a qual é tida como pressuposto da atividade jurisdicional⁵³.

Tal princípio está expresso na Carta Maior brasileira (art. 5º, XXXVII) e desdobra-se em duas garantias, quais sejam: a vedação da criação de tribunais extraordinários e a transferência de causa para outro tribunal. Essas garantias, por sua vez, implicam três regras de proteção: apenas os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; e a existência de uma ordem taxativa de competência entre os juízes que não admite qualquer alternativa em razão de discricionariedade⁵⁴.

Como se denota, todas as nuances do Princípio da Jurisdicionalidade ou *nulla culpa sine iudicio*, bem como dos outros postulados garantistas relacionados ao processo penal, demandam a existência de um juiz imparcial e competente, sendo necessária a adoção de um sistema acusatório, o qual passaremos a analisar.

1.3.2 Princípios constitucionais e sistema acusatório

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 157.

⁵² MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 47 e ss.

⁵³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 135.

⁵⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 136.

Conforme estudado, um dos axiomas do garantismo de Luigi Ferrajoli, orientador do processo penal constitucional, é o *nullum iudicium sine accusatione*, ou seja, a necessidade de um órgão de acusação que não se confunda com o juiz imparcial, o que só é possível em um sistema acusatório⁵⁵.

Assim, no processo penal vige o Princípio Acusatório e, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, é possível identificá-lo a partir da interpretação sistemática da referida constituição⁵⁶.

Para a compreensão do Princípio Acusatório, é necessário o estudo do sistema acusatório, bem como estabelecer a diferenciação entre eles. Sobre a definição de Princípio Acusatório, ensina Geraldo Prado:

Ao aludirmos ao princípio acusatório falamos, pois, de um processo de partes, visto, quer do ponto de vista estático, por intermédio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como se relacionam juridicamente autor, réu, e seu defensor, e juiz, no exercício das mencionadas funções⁵⁷.

O autor explica que a base teórica para a análise do Princípio Acusatório é a identificação das funções que os sujeitos exercem nos modelos de processo, realizando, para tanto, a contraposição com o Princípio Inquisitivo. Também afirma que, nesta estrutura, a função do juiz é acusar, enquanto naquela é a de se manter no centro do processo, em uma posição imparcial, possibilitada pela existência de uma figura autônoma responsável pela acusação⁵⁸.

O Princípio Acusatório, em resumo, orienta o conjunto de normas fundamentais que formam o sistema acusatório⁵⁹. Por sua vez, para a compreensão do sistema acusatório é necessário conhecer os sistemas processuais penais.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral, cit.*, p. 10.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 213.

⁵⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 175.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...*, *cit.*, p. 175-176.

⁵⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...*, *cit.*, p. 175.

O sistema processual penal, nas palavras de Paulo Rangel, é “um conjunto de princípios e regras constitucionais que, de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do Direito Penal a cada caso concreto”⁶⁰.

Existem, portanto, dois sistemas processuais penais: o acusatório e o inquisitivo (ou inquisitório). Segundo alguns doutrinadores⁶¹, há ainda um sistema misto, que admite um regramento com características acusatórias e inquisitivas.

Presta-se o processo penal à aplicação da norma penal, bem como à garantia de suas regras e seus princípios, o que fará sob a forma inquisitiva ou acusatória, variando o sistema de acordo com as demandas de Direito Penal de cada lugar e em cada período específico⁶².

O sistema acusatório, que exige um acusador legítimo e idôneo, predominou até o século XII⁶³, período em que ficou conhecido como acusatório privado, pois eram os particulares quem iniciavam a persecução penal, até o Estado tomar para si o poder de repressão pela prática de delitos, sob o argumento de que a defesa social não poderia depender da vontade de membros da população⁶⁴.

A partir de então, o Estado-juiz passou a cumular as funções de investigar, acusar e julgar, sacrificando a sua imparcialidade e criando, assim, o sistema inquisitório durante a Monarquia, o qual foi aperfeiçoado pelo direito canônico e adotado pela quase totalidade das legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII⁶⁵.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46.

⁶¹ A exemplo de NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71. No mesmo sentido, conferir TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 117 e 160.

⁶² LOPES JR, Aury, *Direito processual penal*, cit., p. 115.

⁶³ LOPES JR, Aury, *Direito processual penal*, cit., p. 120.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 47.

⁶⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 47.

O sistema inquisitório surgiu, no século XIII, com a finalidade de punir quem questionasse ou contrariasse os Mandamentos da Igreja Católica. Por isso, criou-se o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício e uma série de procedimentos para a realização das investigações, sistema este que persistiu por mais de 700 anos⁶⁶.

Houve, portanto, a transição de um processo no qual atuavam o acusador e acusado com isonomia de poderes para um processo desequilibrado entre o juiz-inquisitor e o acusado, que deixa de ser um sujeito no processo para ser um objeto da investigação.⁶⁷

São características desse sistema a concentração das funções de acusar, defender e julgar, a possibilidade de o juiz de ofício iniciar a persecução, a realização desta em sigilo, a impossibilidade de contraditório e ampla defesa e a utilização do sistema de prova tarifada, no qual se concede à confissão o *status* de rainha das provas⁶⁸.

É como um todo incompatível com os liames do Estado Democrático de Direito, razão pela qual não deve ainda existir nas legislações da atualidade que tenha em suas bases a garantia da dignidade da pessoa humana aos seus cidadãos⁶⁹

Utiliza-se corriqueiramente a expressão de Rui Cunha Martins, “desamor do contraditório”⁷⁰, quando se trata da problemática relativa à não observância desta garantia constitucional no processo inquisitório. Respeita-se o contraditório apenas no sistema acusatório.⁷¹

Somente neste há a possibilidade de o acusado tomar ciência dos atos e termos da acusação e de contraditá-los. Outrossim, apenas no sistema

⁶⁶ LOPES JR, Aury, *Direito processual penal*, cit., p. 123.

⁶⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 122.

⁶⁸ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 47-48.

⁶⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 48.

⁷⁰ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

⁷¹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 97.

“acusatório-democrático” é possível que a atuação do julgador seja imparcial⁷², uma das garantias basilares do processo penal brasileiro.

Tem origem o sistema acusatório na Grécia antiga, porém apenas tomando os contornos que possui hoje após a Revolução Francesa, quando efetivamente abandona as características inquisitórias⁷³.

Caracteriza-se pela divisão das funções de acusar e julgar; pela iniciativa probatória pertencer às partes e jamais ao juiz, que deverá ser imparcial, inclusive não podendo realizar imputação; por ambas as partes terem igualdade de oportunidades no processo; pela predominância do procedimento oral; pela publicidade de todo o procedimento; pelo contraditório e pela possibilidade de defesa do acusado; pela não existência de gradação de valor da prova, podendo o julgador decidir de acordo com seu livre convencimento, se motivado; pelo respeito à coisa julgada em razão da segurança jurídica e social; e pela recorribilidade das decisões e garantia do duplo grau de jurisdição⁷⁴.

No sistema jurídico brasileiro, para Rogério Lauria Tucci, há características de inquisitividade em toda a persecução penal, vez que é medida essencial ao alcance da “verdade material”, sendo o processo apenas formalmente acusatório na fase processual⁷⁵. O autor entende que é possível harmonizar um processo essencialmente inquisitivo com o princípio do devido processo legal.

Afirma-se que não existe um processo penal que adote o sistema acusatório ou inquisitório de forma pura – apenas há a possibilidade de um processo misto, no qual se identifique a predominância de um ou de outro sistema⁷⁶.

⁷² LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 120.

⁷³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 118.

⁷⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 118-119.

⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 40-41.

⁷⁶ LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. Apud TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 41.

Parte da doutrina brasileira afirma que se adotou aqui o sistema misto, dado o caráter inquisitório da fase de investigação, na qual se produziram provas que poderiam ser levadas em consideração para a sentença condenatória pelo magistrado, além do fato de, durante o processo penal, serem admitidas medidas inquisitivas cabíveis na fase acusatória.⁷⁷ O sistema misto não estaria previsto de forma expressa, mas em razão de uma análise conjunta do Código Penal de 1941, criado com características do sistema inquisitivo, e a Constituição Federal de 1988, que trouxe os princípios que orientam o sistema acusatório.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, vigente até hoje, sofreu a influência da legislação processual penal italiana, criada em pleno regime fascista, tendo, por conseguinte, características autoritárias⁷⁸. Por esse motivo, de fato, possui alguns regramentos com características inquisitivas.

No entanto, na atualidade, somente pode-se realizar a leitura do Código de Processo Penal brasileiro em conformidade com as normas da Constituição Federal. Explica José Frederico Marques que o sistema misto ou francês, cuja instrução é inquisitiva, tendo posteriormente um juízo contraditório de forma amplamente acusatória, não se presta a orientar o Processo Penal brasileiro⁷⁹. Sustenta ainda que, no processo penal, não existe a figura do juiz inquisitivo, sendo excepcionais as suas atribuições persecutórias, a exemplo dos incisos I e II do art. 156 do CPP, as quais pertencem, na realidade, ao Ministério Público como sua atividade precípua⁸⁰.

Ademais, não contrariariam a afirmação de que o processo penal brasileiro é acusatório algumas atividades que o juiz pode realizar de ofício,

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*, cit., p. 129-130.

⁷⁸ PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, cit., p. 5.

⁷⁹ MARQUES. José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2003. v. I, p. 71.

⁸⁰ MARQUES. José Frederico. *Elementos do direito processual penal*, cit., p. 72.

pois estão relacionadas ao desenvolvimento da atividade jurisdicional, e não ao impulso inicial do processo⁸¹.

Logo, sob a ótica do processo penal constitucional, afigura-se correta a afirmação de que o nosso processo é mesmo acusatório. Eugênio Pacelli assevera que somente uma leitura constitucional do processo penal possibilitaria o abrandamento ou afastamento dos elementos de inquisitividade que se encontram no Código de Processo Penal⁸².

Portanto, faz-se necessária uma interpretação sistemática da Constituição, em específico das normas que tratam da titularidade exclusiva do Ministério Público para a Ação Penal Pública, do devido processo penal, do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência, da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais, que refletem o valor da preservação da dignidade da pessoa humana, concluindo-se que se trata de verdadeira garantia do processo penal⁸³.

É justamente pelo fato de o projeto democrático-constitucional impor a valorização a dignidade da pessoa humana, pressuposto básico do sistema acusatório, que se extrai da sua interpretação sistemática o Princípio Acusatório⁸⁴.

Ademais, a reforma do Código de Processo Penal vem corrigir a abertura dada pelo atual Código para que se repare a existência de resquícios do sistema inquisitório, consolidando o acusatório como pleno no Brasil, pois a “Exposição de Motivos” constantes do seu anteprojeto fala explicitamente da adoção do Princípio Acusatório:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o

⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*, cit., p. 72.

⁸² MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*, cit., p. 10-11.

⁸³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 133.

⁸⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 213.

inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes⁸⁵.

Logo, alçado o Princípio Acusatório à posição de princípio reitor do Direito Processual Penal, justificada está toda e qualquer exclusão de opções das quais ele divirja, em respeito a uma lógica sistemática⁸⁶.

Seguindo essa linha de pensamento, foi rejeitada, pelo parecer da Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania sobre o PL n. 156/2009, a Emenda n. 19, apresentada no Senado Federal, que pretendia suprimir as alterações que atribui a completa gestão das provas às partes e impossibilita o magistrado de participar ativamente da instrução probatória, sob o argumento de que tal supressão colidiria com o espírito do projeto, o qual incorpora “fortemente o princípio acusatório”⁸⁷.

⁸⁵ Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

⁸⁶ MARTINS. Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 39.

⁸⁷ MARTINS. Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 38.

CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 Conceito

É do *caput* do art. 4º da nova Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) que se extrai o conceito de colaboração premiada: acordo pelo qual o juiz pode, a requerimento das partes, conceder perdão judicial, redução em até dois terços da pena privativa de liberdade ou a substituição desta por restritiva de direitos àquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a persecução penal.

De início, faz-necessário alguns esclarecimentos sobre as expressões “colaboração premiada” e “delação premiada”. O dicionário Aurélio conceitua a delação como o “ato de delatar” ou uma “denúncia”⁸⁸. No entanto, no direito é necessário que alguns requisitos sejam cumpridos para que esteja configurado o instituto da colaboração premiada, não bastando somente que alguém aponte o autor de uma infração penal qualquer. O fato de revelar a prática de infração penal não é suficiente para o acordo de colaboração premiada, sendo necessário que o delator entregue os corresponsáveis:

A delação, ou chamamento do corrêu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa⁸⁹.

As expressões são consideradas sinônimas⁹⁰ por muitos autores, tendo sido utilizado na Lei n. 12.850/2013 o termo “colaboração” com a finalidade de disfarçar a carga de conotação antiética que o termo “delação” possui⁹¹. Logo,

⁸⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Coordenação e edição de Marina Ferreira. Curitiba: Positivo, 2010, p. 223.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 450.

⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39. No mesmo sentido, ver NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

seria a denominação do instituto “colaboração premiada” um eufemismo para tratar da delação premiada⁹².

No entanto, para alguns⁹³, a colaboração premiada, também denominada de colaboração processual ou cooperação processual, seria um instituto diverso, mais abrangente que a delação premiada⁹⁴, isso porque alcançaria outras hipóteses além daquela relativa ao apontamento dos coautores ou partícipes.

Reflexo disso seria o fato de que, a partir do advento da legislação que trouxe a colaboração premiada, um investigado ou denunciado pode obter o prêmio apenas por colaborar com, por exemplo, a recuperação do produto do delito ou a preservação da integridade física da vítima, sem o requisito de denunciar outros corresponsáveis pelo fato⁹⁵.

Assim, entendemos que a denominação “colaboração premiada” é muito mais ampla, gênero do qual é espécie a delação premiada⁹⁶. Logo, sempre que se falar de delação premiada estará a ser falar de colaboração premiada, não sendo a recíproca verdadeira.

Com o advento da Lei n. 12.850/2013, alguns tipos de colaboração premiada, além da delação, foram inseridos nas normas de direito brasileiro, prevendo-se hipóteses cooperação do acusado, capazes de resultar em concessão de perdão judicial, redução ou substituição da pena, que tenha colaborado efetiva e voluntariamente em um ou mais resultados que a lei exige, mesmo sem revelar a identidade do coautor ou partícipe⁹⁷.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 453.

⁹³ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 77-78. No mesmo sentido, ver GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, n. 34, Porto Alegre, out./nov. 2005, p. 18 e CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013*. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.

⁹⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, cit., p. 77-78.

⁹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada, cit., p. 18.

⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 39-40.

A doutrina também utiliza o termo “arrependido” para tratar do colaborador inspirado pelo instituto correlato na Itália que o denomina de *pentiti* (arrependido), o que entendemos não ser tecnicamente correto, pois o colaborador no Brasil pode ter como incentivo sentimentos indignos, tal como a vingança, sendo irrelevantes os motivos que o levaram à colaboração processual⁹⁸.

Conclui-se que a colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, é um instituto que se destina à cooperação do investigado ou acusado para a obtenção de informações quanto à autoria ou materialidade de infração penal, com a possibilidade de concessão de benefícios penais ou processuais caso sejam cumpridos os requisitos da lei, os quais podem ou não incluir a delação de corresponsável, ou seja, a identificação dos demais membros da organização criminosa.

2.1.1 Sobre a questão ético-moral

No que tange à moralidade do delator e à ética do Estado, há que se fazer uma breve análise. A delação premiada, para alguns autores, recebeu a denominação de colaboração premiada com a finalidade de disfarçar a conotação antiética que o instituto teria⁹⁹.

Mesmo sem saber a real intenção do legislador, o termo “colaboração” é mais sutil que “delação”, que supõe uma ideia de traição. Inegável que a traição é ato moralmente reprovável no âmbito social. Nesse sentido, a questão que surge é se haveria fundamento ético que legitimasse a sua utilização por parte do Estado¹⁰⁰.

Indaga-se, por exemplo, se seria possível o Estado estimular a traição, uma vez que, para o acordo de colaboração, não é analisada a motivação do

⁹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, cit., p. 33.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 115.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 115.

delator, podendo este agir em razão de arrependimento ou de sentimentos muito menos nobres, tais como vingança e infidelidade, além de se criticar o fato de o Estado submeter-se ao auxílio de criminosos por admitir a sua incapacidade de exercer o controle social¹⁰¹.

A afirmação que parece legitimar o instituto é a de que não seria possível admitir uma obrigação moral de silêncio entre coautores e partícipes de uma organização criminosa, apenas existindo para o delinquente o único dever de colaborar com a persecução penal, no interesse da sociedade¹⁰².

No entanto, ainda que aceite tal argumento, é cabível a ressalva de que, do ponto de vista moral, há a possibilidade de suspeitar de que as informações fornecidas pelo colaborador, provenientes de uma traição, podem ser manipuladas ou mentirosas¹⁰³.

O debate é repleto de argumentos relevantes; todavia, este trabalho dá enfoque às questões procedimentais, sempre à luz dos princípios que norteiam o processo penal, visto que o instituto se encontra posto em nosso sistema e é cada vez mais absorvido pela nossa cultura jurídica, sendo a sua aplicação, em conformidade com as normas de Direito Constitucional e Processual Penal brasileiros, de grande importância na justa efetivação dos acordos de colaboração premiada.

2.2 Institutos de Direito Estrangeiro que Influenciaram a Colaboração Premiada no Brasil

Para compreender o instituto da colaboração premiada, torna-se indispensável o estudo dos sistemas de direito estrangeiro no qual essa modalidade de justiça penal negociada surgiu e se desenvolveu.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 116-117.

¹⁰² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Delação premiada. *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, p. 67, Belo Horizonte, 1º sem. 2006.

¹⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 117.

A colaboração premiada é um instituto originado no Estados Unidos da América¹⁰⁴, onde impera o sistema da *common law*, que possui como característica a colaboração do acusado com a justiça penal¹⁰⁵. Em razão da implementação, na Europa e na América Latina, do sistema estadunidense de acordo de barganha, Bernd Schünemann chega a afirmar que houve uma “marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”¹⁰⁶.

O primeiro país da Europa a introduzir em seu sistema a colaboração do imputado foi a Itália, no fim da década de 1970, a fim de realizar o desmantelamento de organizações criminosas, investindo na cooperação dos seus membros¹⁰⁷. Também em razão da necessidade de se combater de maneira eficaz uma criminalidade mais gravosa, outros países de tradição romano-germânica absorveram mecanismos de persecução penal do sistema americano¹⁰⁸.

Centraremos aqui nas análises dos institutos correlatos à colaboração premiada nos Estados Unidos da América e na Itália, aquele por ser o seu criador e este por havê-lo absorvido e adaptado pela mesma razão que o Brasil: o acometimento de problemas semelhantes quanto à necessidade de eficiência no combate ao crime organizado¹⁰⁹.

Para entender os institutos correlatos criados nos demais países que inspirou, a exemplo do Brasil, é necessário conhecer o *plea bargaining* americano. E nessa ordem de ideias, faremos, previamente, uma breve análise dos sistemas da *common law* e da *civil law*.

¹⁰⁴ SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo? *Direito e Justiça*, Lisboa, v. 17, 2003 p. 17-31.

¹⁰⁵ AMODIO, Ennio. I “pentiti” nella common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 29, nova série, fasc. 4, p. 991-1.004, ott./dic. 1986.

¹⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 288-302.

¹⁰⁷ AMODIO, Ennio. I “pentiti” nella common Law, *cit.*

¹⁰⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 43.

¹⁰⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 43.

2.2.1 Common law e civil law

Inicialmente, para diferenciarmos os sistemas da *common law* e *civil law*, é fundamental entender a definição de um sistema jurídico, que, segundo Sílvio de Salvo Venosa, é “um agrupamento de ordenamentos unidos por um conjunto de elementos comuns, tanto pelo regulamento da vida em sociedade como pela existência de instituições jurídicas e administrativas semelhantes”¹¹⁰. Logo, os diversos ordenamentos que possuem um mesmo sistema jurídico partem dos mesmos pressupostos filosóficos e sociais, bem como de idênticos conceitos e técnicas, porém com as adaptações necessárias às suas peculiaridades¹¹¹.

Para René David, há cinco sistemas: romano-germânico, *common law*, direitos socialistas e sistemas filosóficos ou religiosos¹¹². É de interesse deste trabalho a compreensão do sistema da *common law*, que orienta os ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América, e o da *civil law*, também denominado de romano-germânico, ao qual pertence o direito brasileiro.

Em apertada síntese, o sistema romano-germânico – ou continental – surgiu na Europa Ocidental e se difundiu pelos países por ela colonizados. O Brasil, por exemplo, possui em sua base os ordenamentos do direito romano, nos quais as normas são criadas com observância da ideia de justiça e moral, priorizando doutrinas dogmáticas e interpretativas dos textos legais sobre a aplicação prática do direito¹¹³.

Já o sistema da *common law* nasceu na Inglaterra e engloba, outrossim, o País de Gales, a Irlanda do Norte e a Escócia, que, apesar de apresentarem peculiaridades devido às suas especificidades históricas, baseiam-se no direito

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

¹¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 98.

¹¹² DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madri: Aguilar, 1973, p. 14 e ss.

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, cit.*, p. 101.

casuístico¹¹⁴. Foi difundido pelos países colonizados pela Inglaterra, tais como Estados Unidos da América e Canadá, que hoje possuem um sistema autônomo em razão do distanciamento que tomou do sistema inglês¹¹⁵.

Quanto aos Estados Unidos, o afastamento está principalmente relacionado ao fato de o direito inglês não possuir uma constituição escrita, levando a uma grande flexibilização dos direitos fundamentais, enquanto o norte-americano apresenta uma constituição federal de forte caráter fundamental¹¹⁶. Assim, percebe-se que cada vez mais os sistemas romano-germânico vêm se aproximando¹¹⁷. Um exemplo disso é a utilização da norma como fonte de direito pelos países da *common law*, como os Estados Unidos da América, cujo sistema federalista permite que alguns estados adotem a sua própria codificação¹¹⁸.

Enfim, ressalte-se que, não obstante as diferenças nos ordenamentos jurídicos em razão das peculiaridades de cada país, para aqueles países que adotam o sistema da *common law* (anglo-saxônico/inglês), as decisões judiciais anteriores da mesma natureza são a base do direito; já para os que optam pelo sistema da *civil law* (romano-germânico/continental), a principal fonte de direito é a lei escrita.

2.2.2 Estados Unidos da América: plea bargaining

O *plea bargaining* é um procedimento que implica na renúncia ao Direito Constitucional a um julgamento em troca de uma pena - sem a possibilidade de defesa - menos gravosa, a fim de evitar uma pena mais severa, o que dá a impressão de ser medida muito eficiente de combate à criminalidade¹¹⁹. A ideia de eficiência resulta das estatísticas que o *plea bargaining* apresenta,

¹¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010, p. 210.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, cit.*, p. 102.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, cit.*, p. 106.

¹¹⁷ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, cit.*, p. 8.

¹¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil, cit.*, p. 106.

¹¹⁹ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, p. 261-262, 1979.

chegando, em 2013, a proporcionar 97% das condenações na justiça federal norte-americana¹²⁰.

Logo, mostra-se como regra absoluta nos Estados Unidos, transformando o sistema que se afirma acusatório em um verdadeiro “mito”¹²¹, já que a quase totalidade das condenações se dão em razão de admissão de culpabilidade, denominada de *guilt plea*¹²², resultantes de uma transação entre órgão acusador e defesa, sem a avaliação de provas lícitas e contundentes ou a possibilidade de absolvição por dúvida razoável¹²³.

Revela-se, dessa forma, a enorme possibilidade de barganha pelo órgão acusatório norte-americano, em que vige o Princípio da Oportunidade da ação penal¹²⁴. Tal princípio permite até mesmo a transação sobre a imputação a ser realizada, diferentemente dos sistemas que influenciou, nos quais, em regra, não se aceita tamanha discricionariedade por parte do acusador¹²⁵.

Já nesse ponto se verifica uma discrepância em relação ao sistema processual penal brasileiro, em que impera o Princípio da Ação Penal Pública – o qual obriga à persecução de todos os fatos puníveis¹²⁶ e é diametralmente oposto ao Princípio da Oportunidade. Este último, por sua vez, admite, com

¹²⁰ DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, May 2013, p. 7.

¹²¹ LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 15, n. 1, p. 119-127, 1992.

¹²² *Guilty plea* é uma das modalidades de *plea bargaining*, que implica a confissão da culpa, sendo a outra modalidade a de *nolo contendere*, na qual o acusado não assume nenhuma culpa, porém declara que não pretende debater-lá. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

¹²³ ALSCHULER, Alber W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, p. 50-112, 1968, p. 50.

¹²⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 41.

¹²⁵ DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 91.

¹²⁶ O princípio da obrigatoriedade será analisado na Conclusão deste trabalho.

fundamento em conveniência, utilidade ou eficiência, a possibilidade de não ser ofertada denúncia ou de suspensão do processo¹²⁷.

Evitar o processo se apresenta, à primeira vista, como a razão de ser do sistema da *common law*, o que levou a uma utilização maciça do *plea bargaining*.¹²⁸ Por seu turno, as hipóteses de colaboração do acusado nos países da *civil law* dependem sempre da existência de um procedimento judicial, além de ter o objetivo não de evitar a jurisdição, mas, sim, de suprir a dificuldade na obtenção de prova.¹²⁹ Por exemplo, cite-se a colaboração premiada no Brasil, cuja lei que define o seu procedimento (Lei n. 12.850/2013) dispõe que o juiz há de homologar o acordo (art. 4º, § 7º) e estabelece os benefícios a que o delator faz jus conforme os resultados obtidos com a delação (art. 4º, *caput*).

Há aqui, portanto, a necessidade de provimento jurisdicional tanto do acordo quanto do prêmio, diferentemente do sistema anglo-saxônico, no qual a discricionariedade quase ilimitada do órgão de acusação permite que, sem a interferência de um juiz, seja acordada até mesmo a retirada da acusação ou a não apresentação de provas em juízo para se viabilizar a absolvição¹³⁰.

Nos sistemas jurídicos em que imperam o Princípio da Legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal, quando houver previsão de possibilidade de colaboração do acusado, não será possível conceber uma discricionariedade ilimitada, mas apenas uma discricionariedade técnica rigidamente vinculada¹³¹.

Logo, a barganha com o acusado ficará adstrita aos termos da lei que a estabelecer, não podendo os legitimados à proposição do acordo

¹²⁷ BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 25.

¹²⁸ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, *cit.*, p. 261-262.

¹²⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 46.

¹³⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 46.

¹³¹ GREVI, Vittorio. Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del "plea bargaining". *Ressegna Penitenziaria e Criminologica*. Roma, v. 7, n. 1-3, p. 53-78, genn./dic. 1985, p. 57.

ultrapassarem os limites da legislação, bem como deve o juiz fazer o controle da legalidade do ato.

Os modelos de premiação dos colaboradores da justiça nos sistemas da *common law* e da *civil law* aproximam-se em alguns pontos, mas afastam-se em outros. Por exemplo, enquanto o primeiro configura a oportunidade de o órgão acusador barganhar livremente com o réu os efeitos penais e processuais da sua conduta, o segundo estabelece a possibilidade de o acusado cooperar com o Estado, em razão da concessão de benefício relativo à condenação, se preenchidos os requisitos da lei, com o indispensável controle judicial¹³².

As diferenças se dão em razão da necessidade de adaptação do modelo anglo-saxônico às particularidades do sistema normativo dos países da *civil law*. A adequação às normas vigentes de cada sistema, notadamente às constitucionais, é imprescindível para que as regras relativas ao acordo de barganha possam ser aplicadas em um país.

Para não deixar de dar um exemplo de um ponto de identificação do instituto em ambos os sistemas, o acordo de cooperação sempre implicará a perda do *privilege against self-incrimination*, passando o colaborador a atuar como se testemunha fosse, para a obtenção de benefício, que pode até resultar em imunidade, comprometendo-se o órgão acusador à não acusação pelos fatos confessados¹³³.

No Brasil, a prerrogativa de não se autoincriminar está garantida pela Constituição Federal no art. 5º, inc. LXIII (Princípio do *nemo tenetur se detegere*). Traduz-se no direito que o acusado tem de ficar em silêncio, seja durante a investigação ou o processo, além de não poder ser compelido a contribuir na produção de prova que possa lhe prejudicar¹³⁴.

¹³² PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, cit., p. 48.

¹³³ CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazioni processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 29, nova série, fasc. 1, p. 240-261, genn./mar. 1986.

¹³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, cit., p. 41.

De modo similar ao que ocorre no sistema anglo-saxônico, o acordo de colaboração no Brasil resulta na renúncia ao direito à não autoincriminação e pode ter como prêmio a não condenação, por meio do perdão judicial, que extinguirá a punibilidade do réu, mas sempre em razão de deferimento pelo juiz (art. 4º, *caput* e § 2º, da Lei n. 12.859/2013).

A necessidade de uma ferramenta eficaz no combate ao crime organizado fez com que a utilização do *plea bargaining* passasse a ser maciça¹³⁵. Nos países de tradição romano-germânica, por sua vez, houve a introdução de mecanismos de barganha com o acusado – não em decorrência dos postulados jurídicos que os orientam, mas, sim, em razão da necessidade de uma política criminal que criasse uma ferramenta eficaz na contenção da crescente criminalidade¹³⁶.

Assim, foi introduzida na Itália a colaboração do acusado na década de 1970¹³⁷. No Brasil, ela foi prevista pela primeira vez nos anos 1990¹³⁸, sob a influência dos modelos norte-americano e italiano, bem como dos resultados obtidos nesses países.

2.2.3 Itália

Mais do que o modelo italiano de colaboração premiada, um caso específico que marcou a história da Itália influenciou a criação do instituto no Brasil: a *Operazione Mani Pulite*.

Traduzida para o português como “Operação Mãos Limpas”, o caso ocorrido nos anos 1990¹³⁹ até hoje serve como paradigma no combate à criminalidade organizada, uma vez que foi responsável pela capitulação de um

¹³⁵ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, *cit.*

¹³⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 43.

¹³⁷ CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazioni processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common Law, *cit.*, p. 240-241.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, *cit.*, p. 119.

¹³⁹ FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas: a Europa e as Américas após a queda do marxismo*. Tradução de Claudio Maltese. São Paulo: Maltese, 1994, p. 38-40.

grande número de membros da maior organização criminosa conhecida pela humanidade, a Máfia¹⁴⁰.

Portanto, antes mesmo de adentrarmos no estudo do instituto no direito italiano, faz-se indispensável perpassar pela história da Operação Mãos Limpas.

2.2.3.1 A *Operazione Mani Pulite*

A colaboração premiada surge como instrumento de combate à criminalidade organizada. A organização criminosa mais conhecida do mundo é a Máfia, que realiza atividades criminosas administradas por um grupo secreto, estando estrategicamente infiltrada na sociedade civil e nas instituições italianas¹⁴¹.

A palavra máfia, na atualidade, é utilizada vulgarmente para se referir a qualquer estrutura criminosa. No entanto, a Máfia é uma organização criminosa gestada na Sicília, ilha mediterrânea então pobre e subdesenvolvida, que se tornou a maior estrutura delituosa de que já se ouviu falar¹⁴².

Esse grupo organizado violento continua a existir, praticando crimes como o tráfico de drogas e de armas e a lavagem de dinheiro, mas com muito menos força após o episódio no qual muitos de seus membros foram presos e delataram os atos da organização¹⁴³.

A *Operazione Mani Pulite*, realizada por alguns magistrados¹⁴⁴ com o apoio da população local, marcou a história da Itália pelos resultados obtidos,

¹⁴⁰ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas: e no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993, p. 25.

¹⁴¹ LUPO, Salvatore. *História da máfia: das origens aos nossos dias*. São Paulo: Editora da Unesp, 2002, p. 43.

¹⁴² DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, *cit.*, p. 25.

¹⁴³ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, *cit.*, p. 45.

¹⁴⁴ Na Itália, a magistratura é composta por juízes e procuradores públicos (membros do Ministério Público). MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004, p. 62.

tornando-se, assim, um caso paradigmático, utilizado como inspiração por outros países¹⁴⁵, a exemplo do Brasil.

Muito tem-se falado da operação italiana em razão da influência que possuiu na inserção da colaboração premiada na legislação brasileira, instrumento de investigação que viabilizou precipuamente o processo decorrente da “Operação Lava Jato”, a qual vem descortinando um esquema bilionário de corrupção que envolve a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras)¹⁴⁶. Muitas são as semelhanças em ambos os casos.

A *Mani Pulite* tomou impulso em 1992, ano de eleições da Itália, quando se estabeleceu um parlamento demasiadamente fragmentado, sem possibilidade de delimitação de uma maioria fortalecida, tornando-se um marco da reestruturação do poder italiano¹⁴⁷, na cidade de Milão, que àquele tempo ficou conhecida como *Tangentopoli* – a cidade (*poli*, em grego) na qual o dinheiro público “saiu pela tangente”, tomando destino diverso da sua finalidade original¹⁴⁸.

Mario Chiesa, político do Partido Socialista Italiano, que lhe deu o cargo de presidente de um antigo asilo para anciãos, era cobrado “brutalmente” a contribuir financeiramente com quantia significativa para o partido, razão pela qual, não sendo possuidor de riqueza, começou a realizar atos de corrupção a fim de obter o dinheiro necessário, que cada vez lhe era exigido em maior quantidade¹⁴⁹.

Denunciado pelo dono de uma pequena empresa de limpeza por haver requerido propina para a manutenção do contrato com a instituição filantrópica que administrava, foi preso após flagrante obtido pelas autoridades com o auxílio do pequeno empresário. Sem respaldo do partido, até mesmo por estar

¹⁴⁵ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 22 e ss.

¹⁴⁶ Dada a magnitude do caso, o Ministério Público Federal possui um espaço em seu sítio na rede internacional de computadores apenas para disponibilizar informações sobre o caso, a saber: <<http://lavajato.mpf.mp.br/>>.

¹⁴⁷ FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 38-40.

¹⁴⁸ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 69.

¹⁴⁹ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 77-78.

engajado nas eleições, Chiesa confessou e passou a entregar todo o esquema, deflagrando-se, assim, a operação *Mani Pulite*¹⁵⁰.

As confissões de Chiesa se revelam um fio que, sendo puxado, desmonta todo um tecido. Um encarceramento leva ao outro. A cidade vive dias surrealistas, quando pelas manhãs, bem cedo, ouvem-se as sirenes dos carros policiais que se dirigem aos melhores quarteirões, e toda a população fica diante da televisão ou escuta nos radinhos os boletins de guerra. O pool de Mani-pulite comandado pelos magistrados Antonio Di Pietro, Gherardo Colombo, e Piercamillo Davigo espalha suas tropas para todos os lados. As direções dos partidos socialistas, Democrata-Cristão, e posteriormente dos Sociais Democratas, Liberais e Republicanos são dizimadas. Duramente atingido é também o Partido Democrático da Esquerda, uma parte de seus dirigentes tinha entrado no sistema. Seguem-se vereadores, secretários municipais e regionais: médios, grandes e enormes empresários privados, dirigentes de empresas municipais e estatais. Nunca se tinha visto uma reunião de tantos VIPs juntos como aquela que se concentra no VI raio do lado B do cárcere de San Vittore. E todos falam, alguns imediatamente, outros depois de semanas, mas falam¹⁵¹.

Utilizou-se na Itália, de maneira legal, o método que alguns alegam ser aplicado também no Brasil ao arrepio da lei processual penal e das garantias constitucionais: a prisão preventiva para a extorsão da colaboração premiada¹⁵².

O Código Penal Italiano prevê a possibilidade da soltura do preso preventivamente em razão da sua confissão¹⁵³, procedimento que proporcionou a realização desenfreada de delações.

Independentemente da finalidade das prisões no caso brasileiro – em trâmite na Justiça Federal do Paraná – ser ou não legítima, o efeito psicológico é inegavelmente idêntico: ricos empresários e pessoas que ocupavam altos cargos políticos encontraram-se aprisionados, conhecendo um ambiente e uma realidade que jamais esperariam vivenciar. Nesse sentido, colaborar com as investigações parece ser um preço razoável a pagar para se ver livre de uma situação tão deletéria.

¹⁵⁰ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 79-80.

¹⁵¹ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 80-81.

¹⁵² A Procuradoria Regional da República da 4ª Região defendeu a manutenção das prisões diante da “possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoos-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁵³ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 81.

Em meados de 1993, quando teve início a fase processual, inúmeras prisões já haviam ocorrido em todas as regiões da Itália e muitos haviam confessado e delatado atos de corrupção envolvendo políticos do governo, tais como pessoas de alto cargo nas empresas Fiat, Parmalat e Pirelli. Suspeitava-se que a máfia italiana havia assassinado alguns dos colaboradores da operação; além disso, um dos investigados morreu de infarto por não suportar as acusações e outros cometeram suicídio¹⁵⁴.

Ferdinand Lassalle afirmou que apenas se vence o “poder organizado” em momentos históricos de grande emoção¹⁵⁵. O autor referia-se ao poder do Estado; porém, o poder que necessitava ser destituído na Itália era o de uma organização criminosa, o que só ocorreria, assim como se derrubam governos, por meio de uma verdadeira revolução. Aquele foi um momento de forte comoção na Itália que veio mudar a sua história política.

Os meios de comunicação tiveram grande importância na propagação da Operação Mãos Limpas pela população italiana, o que proporcionou as mudanças no seu sistema político e a criação de novos níveis de poder¹⁵⁶.

Sobre a contribuição da mídia no fenômeno da idolatria às autoridades responsáveis pela Mãos Limpas, tratados pela população como se fossem verdadeiros heróis ou líderes messiânicos que estão a salvar a nação, comenta Frigerio:

É a atmosfera geral em que se coloca o inquérito, é a linha política de todos os meios de comunicação de massa que tendem a maximizar os delicados mecanismos das investigações e a transformar os magistrados, esquivos e até encabulados diante das câmeras de TV, em mitos coletivos, em “Rambos” do novo mundo.

Em artigo publicado em 2004, Sérgio Moro, juiz que dez anos depois veio a ser responsável por conduzir o processo-crime conhecido como Lava Jato, revela que os responsáveis pela Operação Mãos Limpas utilizaram-se

¹⁵⁴ DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 82-92.

¹⁵⁵ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 54.

¹⁵⁶ FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas...*, cit., p. 40.

amplamente da imprensa para obter êxitos na investigação, ato que ele louva por entender que contribuiu para as confissões e colaborações dos investigados o fato de tomarem conhecimento do arcabouço de provas que as autoridades possuíam, acentuando, ainda, a importância da obtenção do apoio da opinião pública como fator que impediu que as figuras públicas investigadas dificultassem a persecução¹⁵⁷.

No período de dois anos, a Mãos Limpas expediu 2.993 mandados de prisão, levou ao colapso importantes partidos políticos da Itália, investigou 6.059 pessoas, dentre as quais 872 eram empresários e 438 eram parlamentares, em que quatro deles foram primeiros-ministros¹⁵⁸.

A *Mani Pulite* atingiu tal dimensão em razão das diversas delações premiadas realizadas nos moldes em que se concebe na atualidade no Brasil: o investigado ou processado confessa o seu crime e entrega os demais corresponsáveis, recebendo benefícios em relação à pena como recompensa.

Da mesma maneira, foram os 28 acordos de colaboração premiada que fizeram a Operação Lava Jato atingir as seguintes proporções alcançadas de março de 2014 a dezembro de 2015: 941 procedimentos instaurados; 360 buscas e apreensões realizadas; 88 mandados de condução coercitiva e 116 mandados de prisão cumpridos; 85 pedidos de cooperação internacional; 35 acusações criminais contra 173 pessoas; 5 acusações de improbidade administrativa contra 24 pessoas físicas e 13 empresas, com pedido de pagamento de R\$ 4,47 bilhões, tendo sido pedido o ressarcimento, ao todo de 14,5 bilhões de reais, dos quais já foram recuperados 1,8 bilhão em razão de acordo de colaboração premiada¹⁵⁹.

A denominação atribuída à operação italiana, Mãos Limpas, bem como à brasileira, Lava Jato, são imbuídas da ideia de “limpar o país” da “sujeira” que é

¹⁵⁷ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*, *cit.*, p. 59.

¹⁵⁸ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*, *cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ Os dados são do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

a corrupção. O objetivo é louvável, mas as ferramentas para tanto, indubitavelmente, têm que ser criadas e utilizadas dentro dos limites traçados pelos sistemas jurídicos de cada país.

2.2.3.2 A Colaboração Premiada na Legislação Italiana

Utiliza-se a colaboração premiada na Itália desde a década de 1970 para a investigação de atos de terrorismo, em especial em casos de extorsão mediante sequestro; todavia, ganhou relevância apenas após os resultados obtidos no combate à “criminalidade mafiosa” nos anos 1980¹⁶⁰.

O instituto foi previsto no ordenamento jurídico Italiano apenas em 1982, com a Lei n. 304, denominada de *Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*¹⁶¹, que criou a figura do *pentito* (arrependido). Este, ao confessar e fornecer informações sobre o responsável pelo crime e a sua reconstituição fática – crime conexo ao terrorismo ou que ofendesse o ordenamento constitucional – seria beneficiado com a extinção da punibilidade ou, ainda, com a atenuação ou suspensão condicional da pena, podendo o benefício ser revogado se as declarações fossem falsas.

O instituto ficou conhecido como *pentitismo*, designação criada pela imprensa italiana, e foi amplamente utilizado com êxito no combate ao crime organizado. No entanto, chegou a causar uma “inflação de arrependidos” buscando obter os benefícios processuais, o que terminou por ocasionar desconfiança das autoridades quanto às alegações destes¹⁶².

Posteriormente, a Lei n. 34/1987 criou a figura do *dissociati* (dissociado), do qual era exigido o afastamento da ideologia política que fundamentava a sua conduta delituosa, além de informações sobre a

¹⁶⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, cit., p. 79.

¹⁶¹ LEGGE 29 maggio 1982, n. 304. *Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale* (GU n.149 del 2-6-1982). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1982;304>>. Acesso em: 2 set. 2015.

¹⁶² SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, cit., p. 79-80.

organização criminosa, tendo como objetivo o combate a organizações terroristas ou aquelas consideradas subversivas à ordem estatal¹⁶³.

A figura do “colaborador da justiça” só foi prevista com a Lei n. 82, de 15 de março de 1991, que possui uma aplicação muito menos restrita em relação às leis dos institutos anteriores, pois, para esta, é suficiente que se forneça informações úteis às autoridades responsáveis pelas investigações, sem necessidade de qualquer vínculo com a organização criminosa¹⁶⁴.

Hoje, na Itália, fala-se nos termos *pentito*, *dissociati* e “colaborador da justiça” como se sinônimos fossem, mas, evidentemente, possuem diferentes origens e significados¹⁶⁵.

Independentemente da nomenclatura, todas as formas de utilização de colaboração de imputados marcaram a história da Itália nas investigações e nos processos criminais por terem sido determinantes para a contenção da atuação de organizações criminosas, que acontecia ostensivamente no país, influenciando o Brasil, o qual possui uma realidade muito similar.

2.3 A Colaboração Premiada no Brasil

Passou-se a se falar de colaboração premiada no Brasil a partir da publicação da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. No entanto, o instituto já estava inserido no ordenamento pátrio, apontando os autores, em geral, como o primeiro dispositivo previsto na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990)¹⁶⁶.

¹⁶³ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, *cit.*, p. 79.

¹⁶⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, *cit.*, p. 79.

¹⁶⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, *cit.*, p. 79.

¹⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, *cit.*, p. 119.

Ocorre que, em verdade, a primeira legislação brasileira em que se estabeleceu a delação premiada foram as Ordenações Filipinas¹⁶⁷. Portanto, a partir desse diploma, faremos uma análise da evolução da colaboração premiada no Brasil, passando pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990, art. 7º e art. 8º, par. único); a revogada Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/1995, art. 6º); o Código Penal (art. 159, § 4º – extorsão mediante sequestro); a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998, arts. 1º e 5º); a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/1999, arts. 13 e 14); até a edição da nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013, art. 4º).

2.3.1 Ordenações Filipinas

Em um primeiro momento, após o descobrimento do Brasil, vigorou o direito lusitano, aplicando-se aqui, sucessivamente, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Estas últimas constituíram, durante 200 anos, o regramento penal brasileiro e eram consideradas rigorosíssimas, uma vez que estabeleceram uma criminalização generalizada e com graves punições, tais como pena de morte, açoite e amputações¹⁶⁸.

O Livro V das Ordenações Filipinas previu dois dispositivos referentes à delação premiada. Em seu Título VI, “Do Crime de Lesa-Majestade”, no item 12, previa o perdão ao participante e delator do crime de lesa-majestade, desde que ele não tenha sido o principal organizador da empreitada criminosa¹⁶⁹. Vejamos a disposição da lei:

12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. Origens da delação premiada e da justiça consensuada. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

¹⁶⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 100.

committedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber¹⁷⁰.

A disposição tem alguns paralelos com a previsão estabelecida na atualidade, tal como a necessidade de confissão, juntamente com a delação, de um grupo (“conselho ou confederação”), conforme analisaremos. Impõe, ainda, os requisitos de o delator não ser o líder do grupo e que tenha se prestado a confessar e a delatar antes de se tomar conhecimento do delito ou de se estar na iminência de conhecê-lo.

Deu-se pela imputação do crime de lesa-majestade um dos fatos mais marcantes história do Brasil: a execução de Tiradentes, Joaquim José da Silva Xavier, importante membro do movimento separatista denominado de Inconfidência Mineira, que surgiu para combater a cobrança excessiva de impostos pelo reino, em 1788. Tiradentes, assim como os demais membros do grupo, foi delatado por Joaquim Silvério dos Reis, premiado com a remissão das suas dívidas¹⁷¹.

Ademais, previa o Livro V das Ordenações Filipinas, em seu Título CXV, acerca de “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, a possibilidade de perdão das penas do delator que entregasse os seus parceiros na realização de certos delitos¹⁷². Veja-se:

Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão (1) Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos meleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte.(...) E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der à prisão, e lho provar, haja de Nos trinta cruzados de mercê¹⁷³.

¹⁷⁰ Item 12 do Livro V das Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1154.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

¹⁷¹ FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Caso Tiradentes e repressão penal...*, cit.

¹⁷² PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil...*, cit., p. 181-182.

¹⁷³ Título CXVI do Livro V das Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Também quanto a essa disposição é possível traçar um paralelo com a legislação atual, uma vez que a eficácia da colaboração tem relevância, bem como a gravidade do crime que cometeu o delator, conforme será estudado¹⁷⁴.

Com a elaboração da primeira legislação genuinamente brasileira, o Código Penal do Império de 1930¹⁷⁵, passou a não mais vigorar as Ordenações Filipinas, ressurgindo o instituto da colaboração premiada apenas com a edição da Lei de Crimes Hediondos, em 1990.

2.3.2 Lei de Crimes Hediondos

A Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, surgiu como uma política criminal radical em razão da pressão de uma sociedade tomada pelo medo, provocado por casos de extorsões mediante sequestros ocorridos com membros importantes da elite do País, os quais foram destacados pelos meios de comunicação populares¹⁷⁶.

Malgrado tratar-se de uma lei que dá tratamento mais severo a alguns delitos, trouxe o benefício da possibilidade de redução da pena, de um a dois anos, para o “participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento” em casos de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 8º.

Além de criar a possibilidade de colaboração premiada nessas hipóteses, a Lei de Crimes Hediondos estendeu o benefício a coautor de crime de extorsão mediante sequestro¹⁷⁷.

O art. 7º da Lei n. 8.072/2013 alterou o art. 159 do Código Penal, incluindo a delação premiada como uma minorante em seu § 4º, com a

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 76-77.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 77.

¹⁷⁶ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165.

¹⁷⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit, p. 34.

previsão da redução da pena de um a dois terços para o coautor que denunciar a quadrilha ou bando à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado¹⁷⁸.

Era verdadeira hipótese de colaboração premiada, caso cumprido os requisitos de a extorsão mediante sequestro ser de fato crime cometido por quadrilha ou bando¹⁷⁹, bem como que a denúncia de um dos seus integrantes viabilizasse a libertação da vítima¹⁸⁰.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso de extorsão mediante sequestro, definiu a delação premiada como um instituto que “consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime”¹⁸¹. Logo, inquestionável a necessidade de o delator ser corresponsável no delito.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a minorante da delação premiada não poderia, por extensão, ser aplicada aos casos de concurso de pessoas¹⁸². Assim, sob a égide da Lei n. 8.072/1990, só poderia ser realizada a delação premiada pelo coautor de crime hediondo, tortura, tráfico, terrorismo e extorsão mediante sequestro, quando em conformidade com o art. 288 do Código Penal.

2.3.3 A Revogada Lei de Organização Criminosa

Anteriormente à Lei n. 12.850/2013, a lei que tratava de organização criminosa era a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995, que em seu art. 6º já estabelecia a possibilidade de redução da pena de um a dois terços se a colaboração espontânea revelasse infrações penais dos seus autores¹⁸³.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 119.

¹⁷⁹ Hoje o tipo é de associação criminosa em razão da alteração que trouxe a Lei n. 12.850/2013.

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 119.

¹⁸¹ STJ – HC 107916 RJ 2008. Relator: Ministro Og Fernandes. Data de publicação: 20/10/08.

¹⁸² “A minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas”. STJ – Resp. 418.341. Rel. Felix Fischer – DJU 26.05.2003.

¹⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 119.

Pela primeira vez, mencionam-se as infrações penais praticadas por organização criminosa como objeto de aplicação da colaboração premiada, enquanto as demais legislações a admitia em casos de quadrilha ou concurso de pessoas¹⁸⁴.

Exige o legislador no art. 6º que o ato do colaborador seja espontâneo, ou seja, a iniciativa deve partir daquele que deseja delatar, não sendo suficiente, portanto, apenas a voluntariedade do ato, que permitiria que ocorresse por incentivo de terceiro¹⁸⁵.

Outro requisito para a existência de prêmio decorrente da colaboração é relativo à sua eficácia, visto que as informações precisam ser suficientes ao deslinde da infração e de sua autoria¹⁸⁶. Hoje, o requisito permanece – e é ainda mais clara a sua indispensabilidade –, determinando na lei quais objetivos especificamente devem ser alcançados (art. 4º, incisos, da Lei n. 12.850/2013).

As disposições da Lei n. 9.034/1995 vigoram até a publicação da Lei n. 12.850, que a revogou expressamente, constando, atualmente, desta última, toda a regulamentação sobre colaboração premiada em casos de crimes praticados por organização criminosa.¹⁸⁷

2.3.4 Código Penal

Conforme estudado no item 2.3.2, o art. 7º da Lei n. 8/072/2013 (Lei de Crimes Hediondos) alterou o art. 159 do Código Penal para incluir o § 4º, o qual trazia a possibilidade de delação premiada pelo coautor que denunciasse a quadrilha ou o bando à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado.

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 212.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico* (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 169.

¹⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado...*, cit., p. 169.

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 122.

No ano seguinte, em 02 de abril de 2006, foi publicada a Lei n. 9.269, com a única finalidade de alterar, novamente, a redação do § 4º do art. 159 do CP, alargando a hipótese de cabimento da colaboração premiada: deixa-se de admiti-la apenas em caso de quadrilha bando e passa-se a aceitá-la quando praticada a extorsão mediante sequestro em concurso de agentes¹⁸⁸.

No texto atual, portanto, há o requisito de que o crime seja cometido em concurso, ou seja, bastando que tenha sido praticado por duas pessoas para que uma delas possa realizar a colaboração premiada¹⁸⁹.

Já nessa fase, havia quem defendesse que era possível a concessão de prêmio se o delator auxiliasse na libertação do sequestrado, mesmo sem revelar a identidade do coautor¹⁹⁰.

Como é sabido, àquele tempo, para a configuração do crime de quadrilha ou bando era necessária a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer delitos¹⁹¹. Logo, deixou a hipótese de exigir um grupo de no mínimo quatro pessoas para admitir apenas dois agentes do crime.

Conforme se vê, a Lei n. 9.269/1996 ampliou as hipóteses de colaboração premiada na extorsão mediante sequestro, configurando um marco no início da difusão do instituto no sistema jurídico brasileiro sob o argumento da sua importância no combate à criminalidade organizada.

Nesse sentido, pontua Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato que se trata de um argumento contraditório, pois, na realidade, a lei dispensou a necessidade de um grupo organizado para a sua aplicação¹⁹², o que de fato

¹⁸⁸ “§ 4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁸⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. III, p. 127.

¹⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal...*, cit., p. 127.

¹⁹¹ Redação do art. 288 do CP antes da alteração da Lei n. 12.850/2013: “Quadrilha ou bando. Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

¹⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 120.

se mostra incoerente, visto que passou a abranger uma criminalidade menos elaborada.

2.3.5 Lei de Lavagem de Capitais

A Lei n. 9.613, publicada em 03 de março de 1998, dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, bem como sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática desses ilícitos.

A referida lei ampliou os benefícios da colaboração premiada em seu § 5º, admitindo, além da redução da pena, o cumprimento em regime aberto ou a sua substituição, bem como a possibilidade de perdão judicial¹⁹³.

Em 2012, foi editada a Lei n. 9.683, que alterou a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), dando nova redação ao seu § 5º¹⁹⁴, inciso I, artigo 1º, *in verbis*:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Além de o magistrado poder substituir a pena ou deixar de aplicá-la, admite-se a possibilidade de cumprimento em regime aberto ou semiaberto, independentemente do *quantum* da pena – isso se a colaboração for espontânea e atingir os objetivos ali expressos¹⁹⁵.

Possível observar que a legislação que disciplina e tipifica o delito de lavagem de dinheiro guarda relação com a Lei n. 12.850/13, pois trata de crime

¹⁹³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 34.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 121.

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 121.

realizado, outrossim, por grupo organizado, que atua em setores diversos da economia¹⁹⁶.

2.3.6 Sistema de proteção a vítimas e testemunhas

A Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, além de estabelecer normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que voluntariamente prestaram efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, em seus arts. 13 e 14.

O Capítulo II da lei ora em análise trata da “Proteção aos Réus Colaboradores”, estipulando para estes o perdão judicial, que poderia ser deferido até mesmo de ofício pelo juiz, ou a redução da pena de um a dois terços, trazendo o requisito da voluntariedade e, pela primeira vez, expressamente, o requisito da efetividade da colaboração¹⁹⁷ e da primariedade, além de arrolar os resultados que devem ser alcançados com a colaboração¹⁹⁸.

O legislador, em ambos os artigos em apreço, deixa claro que a colaboração deve se dar na investigação e no processo criminal, tendo manifestado-se o STJ, em caso de aplicação dos arts. 13 e 14 da Lei n. 9.807/1999, no sentido de que é “necessário que haja colaboração nas duas fases (policial e jurisdicional)”.

¹⁹⁶ SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 52.

¹⁹⁷ O requisito, também previsto no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, será estudado no item 3.1, não podendo ser confundido com o da eficácia da colaboração.

¹⁹⁸ “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

(...)

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

Assim como fez a nova Lei de Organização Criminosa, trouxe a exigência de requisitos subjetivos relativos ao colaborador, passando a considerar, além da primariedade, “a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso” (art. 13, parágrafo único).

2.3.7 Lei de Drogas

A Lei n. 11.343, publicada em 23 de agosto de 2006, alterou a regulamentação legal relativa à matéria de drogas, trazendo no art. 41¹⁹⁹ a determinação de que terá a pena reduzida de um a dois terços, se condenado, o indiciado ou acusado que colaborar com a investigação ou o processo criminal, quanto à identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e no que diz respeito à recuperação total ou parcial do produto do crime²⁰⁰.

O legislador deixou claro que, quando o agente realiza a colaboração na fase de inquérito policial, há também de colaborar no processo criminal, não sendo válida a colaboração realizada durante a investigação se houver retratação na fase judicial, até mesmo porque o juiz não pode condenar com base exclusivamente em provas produzidas na fase policial, com exceção de provas cautelares.²⁰¹

Quanto à necessidade de cooperação em ambas as fases, o entendimento é pacífico na jurisprudência. Veja-se:

DELAÇÃO PREMIADA. Não reconhecida. O réu Marcelo, inquirido em juízo, retratou-se das declarações prestadas na fase das indagações, afirmando terem sido fruto de coação a que foi submetido pela autoridade policial, o que afasta, até mesmo, a voluntariedade, necessária a configuração da delação em questão. Decisão por maioria. (Apelação Crime n. 70061581583, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 12/11/2014.)

¹⁹⁹ “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 121.

²⁰¹ GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; Rogério Sanches Cunha; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de Drogas comentada: Lei 11.343, 23.08.2006*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 224.

Até esse momento, não havia previsão da possibilidade de realização e acordo de colaboração premiada após o trânsito em julgado da decisão condenatória, existindo apenas um projeto de lei do Senado Federal (PLS n. 140/2006)²⁰², remetido à Câmara dos Deputados no mesmo ano, PL n. 7228/2006, em que o seu último trâmite foi a apresentação de requerimento para inclusão na ordem do dia 17/08/2011²⁰³.

2.3.8 Nova Lei do Crime Organizado

A criminalidade organizada, fenômeno da prática de atividades ilícitas de associação e organização criminosas, vem sendo discutida atualmente de forma acentuada seja no ambiente acadêmico, seja no dia a dia da população²⁰⁴.

Note-se que as formas de criminalidade econômica, tanto as clássicas quanto as modernas, são temas atuais, em razão da dimensão dos danos materiais e morais, da sua adaptabilidade às mutações sociais e políticas e à criação de defesas contra os meios de combatê-las, que termina por implicar a preocupação de todos os países, nas instâncias governamentais, judiciais e políticas, em estancá-las de forma eficaz²⁰⁵.

Por essa razão, faz-se necessário verificar o fenômeno da globalização como influência do surgimento das legislações que tratam do crime organizado antes mesmo de adentrarmos na lei brasileira que atualmente discorre sobre o tema.

2.3.8.1 A globalização e a criminalidade econômica

²⁰² GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; Rogério Sanches Cunha; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de Drogas comentada...*, cit., p. 225.

²⁰³ Informação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327900>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

²⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 393.

²⁰⁵ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL; Roberto (Org.). *Temas de direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-65.

Analisa Figueiredo Dias e Costa Andrade, em uma perspectiva da realidade portuguesa, o histórico da luta contra o crime organizado, alcançando o panorama internacional:

A repressão de tal delinquência foi imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado socialista, dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e da direcção do processo económico e a consequente necessidade de defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida económico-social. Por outro lado, assiste-se hoje em todos os países capitalistas à mobilização de enormes recursos para a prevenção e repressão da criminalidade económica, a que já se chamou “cancro” da moderna sociedade²⁰⁶.

É fato que a preocupação com o combate à criminalidade económica é de todos os Estados, devido à sua complexidade e difusão nas últimas décadas, tornando-se, portanto, uma questão nacional e internacional, que se expandiu em razão do fenómeno da globalização.

Evidentemente, essa forma de criminalidade se expandiu e ultrapassou os limites territoriais (os seus agentes passaram a operar no mercado mundial), sendo os sistemas formais de controle demasiadamente pesados e dificilmente adaptáveis à agilidade e flexibilidade do crime, devido, entre outros aspectos, à utilização maciça da informática nas transações económicas²⁰⁷.

A aparição e a proliferação de novos comportamentos delitivos não encontraram adequação estrita nos tipos penais clássicos, que tendem a resistir à quebra de seus postulados, possuindo, portanto, um arsenal punitivo incompatível quanto à eficácia na repressão e prevenção, com diversas demandas sociais²⁰⁸.

Nessa ordem de ideias, a limitação do Direito Penal clássico e a potencialidade lesiva das novas formas delitivas, em grau muito superior à

²⁰⁶ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional, *cit.*, p. 65-66.

²⁰⁷ DA COSTA, José Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

²⁰⁸ OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do direito penal económico brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (Orgs.). *Direito penal económico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liber Ars, 2013, p. 495-496.

tradicional em termos de astúcia, tecnicismo, anonimato e diluição dos efeitos, criaram um ambiente favorável à criação de um Direito Penal Econômico²⁰⁹.

A especificidade de um Direito Penal secundário, no caso o econômico, surgiu da necessidade de medidas individualizadas, tais como sanções específicas, a aceitação da responsabilidade das pessoas coletivas e a constituição e o funcionamento de órgãos encarregados da investigação e julgamento das infrações econômicas²¹⁰.

Não obstante ser uma questão de preocupação de todos os países do globo, o Direito Penal Econômico surgiu alimentado pelas sequelas das crises econômicas e guerras enfrentadas por cada Estado, tomando um contorno particular de acordo com o sistema econômico-social em que foi inserido²¹¹.

No Brasil também se travou o combate aos crimes de ordem econômica, em especial ao crime de organização criminosa, cuja definição e cujas disposições relativas à investigação, aos meios de obtenção de prova e ao procedimento criminal estão previstas, atualmente, na Lei n. 12.850/2013, a qual passamos a analisar.

2.3.8.2 Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013

Em primeiro lugar, cumpre trazer as definições que expõe Luiz Regis Prado quanto à diferença entre as denominações “criminalidade organizada” e “organização criminosa”, posto que aquela se trata de fenômeno social, econômico, político e cultural, fruto da sociedade contemporânea, estando

²⁰⁹ OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do direito penal econômico brasileiro, *cit.*, p. 496.

²¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico português. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24-25.

²¹¹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional, *cit.*, p. 69.

relacionada a fenômenos outros da contemporaneidade, quais sejam: o terrorismo e as criminalidades política e financeira²¹².

Portanto, a criminalidade organizada não é unicamente um tema de interesse do direito mas também de outras ciências. Todavia, ela possui um conteúdo jurídico-penal, ligando-se ao delito de organização criminosa, que pode ter um conceito elaborado a partir das suas características relacionadas à acumulação de poder econômico, ao alto poder de corrupção e de intimidação, bem como à existência de uma estrutura piramidal²¹³.

Já a organização criminosa, em linhas gerais, pode ser pensada como uma atuação delinvente estruturada, a qual atinge bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito²¹⁴.

A recente Lei n. 12.850, publicada em 02 de agosto de 2013, que veio para melhor tratar do tema do crime organizado, bem como de seus mecanismos de combate, trouxe, no § 1º do seu art. 1º, a definição do que seria uma organização criminosa, que até então era delimitada pelo art. 2º da Lei n. 12.694/2012, ora revogado. Importante observar os termos do referido dispositivo:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A primeira lei que tratou do tema, a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995, não trazia a definição de crime organizado, limitando-se a dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por aquelas. Nasceu no mesmo contexto que se verifica na

²¹² PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico, cit.*, p. 393.

²¹³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico, cit.*, p. 398-399.

²¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico, cit.*, p. 402.

atualidade, ou seja, do apelo social de urgência de se combater a criminalidade organizada²¹⁵.

A nova Lei n. 12.850/2013, com a finalidade de obter eficácia na luta contra o crime organizado, além de definir organização criminosa e criar o tipo penal específico para punir os seus integrantes, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, a infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado nesses casos. Como se vê, ela congrega dispositivos legais de natureza penal e processual penal²¹⁶.

O combate à criminalidade econômica está imbuído de grande complexidade, uma vez que o Estado age desprovido de aparato suficiente e, ao mesmo tempo, precisa respeitar os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito Penal e Processual Penal²¹⁷.

Surgiu, portanto, a necessidade da criação de instrumentos que possam ser mais eficazes no combate ao crime organizado, tais como os previstos na nova lei de organização criminosa, especificamente no art. 3º da Lei n. 12.850/2013, a exemplo da ação controlada, da infiltração de agentes e da colaboração premiada. E é no referido artigo que este trabalho se concentra, pois este se tornou o instituto mais questionado na atualidade, principalmente pela sua utilização em casos de grande repercussão na mídia, gerando diversos debates entre a população em geral, bem como no mundo jurídico, além de trazer questionamentos em torno da sua constitucionalidade, eficácia e eticidade.

²¹⁵ CARVALHO, Ivan Lira de. A atividade policial em face da Lei de Combate ao Crime Organizado. *Revista Semestral do Curso de Direito da UFRN*, p. 55. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/a%20atividade%20policial%20em%20face%20da%20lei%20combate%20crime%20organizado.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

²¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*, cit., p. 393.

²¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*, cit., p. 393.

CAPÍTULO 3 – UMA ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI N. 12.850/2013

3.1 Requisitos para a Realização do Acordo e a Concessão do Prêmio

O final do *caput* do art. 4º é explícito ao dispor que poderá se beneficiar do acordo de colaboração premiada aquele que colaborar efetiva e voluntariamente com “um ou mais” dos resultados taxados em seus incisos, quais sejam: a identificação dos demais coautores e partícipes e das infrações que praticaram; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção das infrações penais decorrentes de suas atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada. São esses requisitos, portanto, alternativos²¹⁸.

Logo, como os resultados necessários à obtenção de um dos prêmios da colaboração premiada não são cumulativos, fará jus a este aquele que, tendo cumprido os requisitos da confissão, da voluntariedade, da colaboração efetiva e os subjetivos previstos no § 1º, possibilitar o atingimento de pelo menos um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei n. 12.850/2013.

É indubitoso, do mesmo modo, que um acusado em uma persecução penal não poderá realizar acordo de colaboração com base em concessão de informações sobre a autoria ou a materialidade de infração penal apurada em outro processo ou outra investigação criminal²¹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça já deixou clara a orientação de que o delator há de informar sobre fatos ou sujeitos delatados relacionados com o grupo criminoso do qual participa ou participou²²⁰. Outrossim, há muito pacificou a jurisprudência sobre a necessidade da confissão do delator quanto

²¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 42.

²²⁰ STJ, HC 123.380, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fisher, julgado em 24.03.2009, DJE 20.04.2009.

à sua responsabilidade na ação criminosa. Todos esses requisitos serão estudados neste capítulo de forma pormenorizada, em confronto com os princípios e as regras de Direito Processual Penal.

3.1.1 Confissão

No processo inquisitório, a confissão era a rainha das provas²²¹, *status* que não mais possui, uma vez que, conforme consta da exposição de motivos do Código de Processo Penal, nenhuma prova terá necessariamente mais prestígio do que outra, não constituindo a confissão prova irrevogável de culpabilidade²²². Outrossim, o texto do art. 197 do Código de Processo Penal deixa claro que a confissão não possui valor absoluto, mas, sim, relativo, pois deve ser confrontada com as demais provas do processo²²³.

A confissão é a declaração de vontade formal e expressa, livre de vícios de consentimento, pela qual se admite a autoria de infração penal, perante o juiz criminal, tendo validade apenas quando realizada por pessoa imputável²²⁴. O art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal Brasileiro, prevê a confissão espontânea como circunstância que sempre atenua a pena²²⁵.

Ademais, a confissão é requisito para a concessão do acordo e do consequente benefício da colaboração premiada. Isso se depreende do texto da lei que exige a identificação dos “demais” coautores ou partícipes (art. 4º, inc. I), assim como as leis brasileiras anteriores que previam o instituto. As Leis de Drogas e de Proteção a Vítimas e Testemunhas também utilizaram a expressão “demais” a fim de explicitar a necessidade de o delator ser coautor

²²¹ Ver item 2.3.6.

²²² Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra”.

²²³ “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

²²⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.

²²⁵ “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III – (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.”

ou partícipe da infração objeto da persecução penal, conforme estudado no capítulo anterior.

Da mesma forma, foi explícito o texto do art. 159, § 4º, do Código Penal, segundo o qual “o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a liberdade do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Em outras palavras, apenas poderia ser beneficiado aquele que concorreu para o crime, e jamais um terceiro que, em outra persecução penal, queira se beneficiar auxiliando no deslinde de outro caso criminal.

Portanto, para que um indivíduo possa beneficiar-se do acordo de colaboração premiada, ele precisa, confessadamente, fazer parte da organização criminosa que está sendo investigada²²⁶, revelando os demais coautores ou partícipes; descortinando a estrutura hierárquica e divisão de tarefas; evitando novas infrações penais decorrentes da atividade da organização; auxiliando na recuperação total ou parcial do proveito ou produto das infrações praticadas; ou colaborando com localização da vítima com a integridade física preservada, conforme dispõem os incisos. do art. 4º da Lei n. 12.850/2013.

Logo, não produzirá efeitos a colaboração realizada em razão da obtenção de qualquer dos resultados supramencionados se objeto de outra investigação ou processo criminal que não aquele pelo qual responde o colaborador²²⁷.

Tem se requerido, inclusive, sob a vigência das leis anteriores que trataram do instituto, a aplicação analógica dos benefícios da delação premiada quando realizada a confissão, pela similitude dos institutos. No entanto, a jurisprudência é pacífica quanto a um instituto não se confundir com o outro:

TJ-DF – Apelação Criminal APR 20130510133520 DF 0013170-04.2013.8.07.0005 (TJ-DF)
Data de publicação: 02/12/2014

²²⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 42.

²²⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 42.

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. ATENUANTES. SÚMULA N. 231/STJ. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. INVIABILIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DELAÇÃO PREMIADA. SIMILITUDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. INAPLICABILIDADE. Na segunda fase da dosimetria, a pena não pode ser reduzida a patamar inferior ao mínimo legal, em observância ao enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Precedentes. A confissão espontânea, segundo o preceito do art. 65, inc. III, 'd', CP é circunstância atenuante que deve ser reconhecida na 2ª fase da dosimetria da pena e não se confunde com a delação premiada, causa de redução a ser aplicada na 3ª fase de aplicação da pena. Para o reconhecimento da delação premiada, é mister que as declarações do agente ultrapassem o mero reconhecimento da prática do ilícito, mas também auxiliem na identificação de outros autores ou partícipes, na localização de eventual vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime. Apelação conhecida e não provida.

O Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus n. 84.609, julgado em 04 de fevereiro de 2010, afirmou ser possível a cumulação dos benefícios da confissão e da delação premiada, citando precedentes do ano de 2009²²⁸. Vejamos:

Ao contrário do que afirma o acórdão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena²²⁹. (STJ. HC 84.609/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. Pub. 1º/03/2010.)

Assim, por se tratar de institutos diversos, a incidir em diferentes fases da aplicação da pena, a concessão do benefício de um não exclui a possibilidade de concessão do benefício do outro, podendo ser cumulados mesmo que a confissão seja requisito essencial para a realização da colaboração premiada.

Muito se critica a necessidade de confissão para a realização do acordo de colaboração premiada, em razão da redação do § 14, segundo o qual “o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”, o que resultaria em

²²⁸ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701324100&dt_publicacao=01/03/2010>. Acesso em: 22 fev. 2015.

²²⁹ STJ, HC 84.609.

uma inconstitucionalidade por obrigar a renúncia ao direito garantido pela constitucional e por tratados internacionais²³⁰.

Ocorre que a prerrogativa do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF) e de não produzir provas contra si mesmo trata-se de um direito, e não de um dever, podendo o colaborador dele não se valer – desde que de forma livre e devidamente assistido pelo seu defensor²³¹. A palavra “renúncia” pode dar a ideia de que não mais será possível invocar tal garantia, mas é apenas uma impropriedade do legislador, tanto que consta do mesmo texto legal que poderá se retratar (art. 4º, § 10, Lei 12.850/13), quando voltará a ter o seu direito ao silêncio protegido.

3.1.2 Voluntariedade

Consta expressamente do art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013 que o juiz poderá conceder os benefícios da colaboração premiada àquele que “colaborar efetiva e voluntariamente”. Trata-se a voluntariedade de requisito indispensável para a realização e o cumprimento do acordo de colaboração, devendo sempre estar cumulado com os demais²³².

O requisito da voluntariedade traduz-se na necessidade de que a colaboração ocorra livre de coação física ou moral, não se confundindo, porém, com o da espontaneidade que, relacionado à sinceridade e ao arrependimento, exige que a colaboração seja realizada por iniciativa do próprio delator²³³.

O art. 6º da revogada Lei n. 9.034/1995²³⁴, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estabelecia a necessidade de

²³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134-135.

²³¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 215.

²³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 51.

²³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 51.

²³⁴ Ver item 2.3.3.

espontaneidade da colaboração, bem como o art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98²³⁵, que trata do crime de lavagem de dinheiro²³⁶.

Logo, sob a égide dessas leis, seriam inválidas as delações que ocorressem de forma não espontânea, ainda que somente sugeridas por qualquer autoridade, mesmo sem coação por parte desta.

Após a alteração do Código Penal pela Lei n. 9.269/1996, que trouxe a possibilidade de redução da pena para o corresponsável que auxiliasse na libertação do sequestrado²³⁷, a jurisprudência firmou o entendimento de que, nesses casos, não se exigia a espontaneidade para a colaboração, pois a lei não trazia tal requisito expressamente²³⁸.

Além da falta de regulamentação do devido procedimento, o requisito da espontaneidade era outro fator que dificultava a realização e a manutenção das delações; por isso, tal termo, na realidade, parece ter sido utilizado de maneira imprópria pelo legislador²³⁹.

Após a entrada em vigor da nova Lei de Organização Criminosa, em 2013, assim como já previa o art. 41 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006)²⁴⁰, a voluntariedade ficou estabelecida como requisito para a colaboração premiada, devendo advir, portanto, da vontade livre do delator, sem que este sofra qualquer forma de coação, seja física, moral ou mental²⁴¹.

A fim de proteger os acusados e reforçar o controle da liberalidade daquele que se propõe a realizar a colaboração, a Lei n. 12.850/2013 determina, no art. 4º, § 7º, que o juiz deve, quando da homologação do acordo,

²³⁵ Ver item 2.3.5.

²³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 121.

²³⁷ Ver item 2.3.4.

²³⁸ STJ, HC N. 23.479, RJ (2002/0083604-9), Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca (DJU 24.03.03, SEÇÃO 1, P. 251, J. 18.02.03).

²³⁹ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 174.

²⁴⁰ Ver item 2.3.7.

²⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 121.

verificar a sua voluntariedade, legalidade e regularidade, bem como estabelece, no § 13 do mesmo artigo, que os atos da colaboração devem ser gravados sempre que possível²⁴². No entanto, a lei deixa algumas questões sem solução.

Após a eclosão da Operação Lava Jato e dos acordos de colaboração que surgiram após as prisões cautelares, juristas passaram a debater a possível utilização do encarceramento para a finalidade de se extrair colaboração premiada dos investigados, com a promessa, além das vantagens de uma condenação ou cumprimento de pena mais brando, de liberdade imediata²⁴³.

Dúvida não há quanto à imprestabilidade da colaboração realizada de forma não voluntária. E se não reconhecida a colaboração premiada por ter sido obtida mediante coação, a questão que ainda se encontra em aberto é: qual consequência advirá para o processo ou investigação do apontado como autor ou partícipe quando o representante do Ministério Público e a autoridade policial ou judiciária tiveram acesso ao teor da colaboração invalidada?

Além disso, quais seriam as consequências à autoridade que realizou a coação física, moral ou psicológica para a obtenção ilegal da colaboração? Apenas aquelas administrativas? Todos os atos praticados pela autoridade que agiu com dolo devem ser anulados? Todos que entraram em contato com a colaboração viciada devem ser afastados do processo? A lei não traz respostas, não há jurisprudência consolidada e poucos doutrinadores manifestam-se acerca desses questionamentos.

²⁴² PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, *cit.*, p. 119-220.

²⁴³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

Alguns juristas propõem que haja uma proibição da oportunidade da colaboração premiada para o investigado ou acusado preso cautelarmente, a fim de se preservar o requisito indispensável da voluntariedade²⁴⁴.

Ressalte-se que, não obstante exigir-se apenas a voluntariedade da colaboração premiada, para a confissão, necessária a espontaneidade, a qual, caso maculada, de acordo com o nosso ponto de vista, também invalida o acordo.

É certo que cabe ao magistrado fazer o exame do cumprimento do pressuposto da voluntariedade do colaborador, não apenas quando da homologação do acordo, como manda o art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, mas durante todo o processo penal, que inclui a fase de execução, lançando mão da possibilidade prevista pelo referido dispositivo, segundo a qual a autoridade judicial pode chamar o colaborador para ser ouvido, na presença do seu defensor, sigilosamente.

3.1.3 A colaboração efetiva

Outro requisito indispensável ao acordo de colaboração premiada é a efetiva colaboração com a investigação e com o processo criminal, conforme prevê o art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013.

A lei fala em colaboração efetiva “com a investigação e com o processo criminal”. Porém, não exclui a possibilidade de o acusado que se propôs a colaborar apenas na fase processual ter o acordo de colaboração premiada acolhido²⁴⁵.

Em suma, a partir do momento em que é firmado o acordo de colaboração premiada, a colaboração deve ocorrer até o fim do processo. A colaboração efetiva em si consiste no dever do colaborador de,

²⁴⁴ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada auxilia nas investigações, mas não pode ser forçada. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/luiz-durso-delacao-premiada-nao-forcada-estado>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

²⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosas...*, *cit.*, p. 51.

permanentemente, colocar-se à disposição das autoridades para cooperar sempre que preciso, comparecendo em juízo ou perante a autoridade policial, bem como acompanhando as diligências necessárias à apuração da infração penal²⁴⁶.

O requisito da colaboração efetiva não deve ser confundido com o da eficácia da colaboração²⁴⁷. Esta será aferida quando da decisão judicial, se verificada a obtenção de um ou mais resultados enumerados nos incisos do art. 4º, cumulativamente aos requisitos da efetividade e voluntariedade da colaboração, conforme disposto no § 11²⁴⁸.

3.1.4 Resultados arrolados na lei

A Lei n. 12.850/2013 exige, como visto, que a colaboração leve a um ou mais dos resultados específicos os quais estão taxativamente previstos nos incisos do art. 4º:

Art. 4º O juiz poderá (...) desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Trata-se de requisitos objetivos, sendo alternativos entre eles, ou seja, não é necessária a cumulação de todos para que o requisito esteja cumprido, bastando que apenas um deles ocorra para a concessão do prêmio²⁴⁹.

²⁴⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, *cit.*, p. 83.

²⁴⁷ Eduardo Araújo da Silva sustenta ainda que é possível a concessão dos benefícios da colaboração premiada se verificado que o acusado prestou auxílio efetivo nas investigações que, no entanto, não resultou em provas eficazes à condenação de outros autores ou à verificação da materialidade de outros crimes. (SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*, *cit.*, p. 83.)

²⁴⁸ “§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.”

²⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, *cit.*, p. 54.

Portanto, não há dúvida de que possa ser realizado acordo de colaboração premiada sem que se obtenha a identificação dos coautores e partícipes da infração penal. Todavia, é evidente que essa é a forma mais contundente de colaboração e o modo pelo qual se viabiliza o alcance dos demais resultados previstos nos incs. II, III, IV e V²⁵⁰.

O inc. I dispõe sobre o resultado relativo à “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”. Logo, para que esse resultado seja considerado como cumprido, não basta apenas a indicação dos corresponsáveis mas também a indicação de quais infrações penais foram cometidas pelos comparsas²⁵¹.

Extrai-se da simples leitura do inciso I que não produziria efeitos o acordo de colaboração premiada baseado unicamente nesse resultado, se não fosse obtida a identificação específica de cada infração cometida por cada um dos membros da organização criminosa²⁵².

Todavia, sustenta-se que o rigor excessivo da lei não se coaduna com a realidade de uma organização criminosa, na qual é admissível que os seus membros não conheçam com exatidão todas as práticas criminosas de todos os integrantes ou sequer a totalidade destes. Diante disso, é razoável que se conceda o benefício ao colaborador que entregue os seus comparsas mesmo sem identificar a totalidade de seus delitos, conforme admitia as leis anteriores que previam a colaboração premiada²⁵³.

Interpretar o inciso de forma tão severa prejudicaria a sua aplicação, uma vez que um colaborador, mesmo ao cooperar efetivamente com a investigação e apontar diversos componentes da organização criminosa, pode não obter qualquer prêmio da lei por ter-se descoberto membro que não foi apontado no acordo de colaboração.

²⁵⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 41.

²⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 42.

²⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 127.

²⁵³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*, cit., p. 132.

É possível, assim, que certo coautor ou partícipe tenha contato apenas com um dos núcleos da organização criminosa, já que esta pode ter um número de participantes considerável, chegando a ser transnacional²⁵⁴. Por isso, é mais razoável e prático que a exigência do apontamento dos “demais coautores e partícipes” e da identificação dos seus crimes fique adstrita a todos os outros membros e a infrações de que tenha conhecimento.

De outra perspectiva, não se deve premiar o delator que deliberadamente escolhe alguns membros da organização para delatar, podendo até mesmo ter a finalidade de proteger outros de maior força e importância. Enfim, há que se aguardar o que dirá o Judiciário quanto à interpretação do inc. I do art. 4º da Lei n. 12.850/2013.

Quanto ao resultado previsto no inc. II, “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”, este tem por finalidade a revelação dos mecanismos operacionais do grupo, com o detalhamento da sua estrutura e atividades²⁵⁵.

Malgrado tenha alguma utilidade para a investigação a colaboração adstrita a esse inciso, é tarefa árdua, na realidade, informar sobre a estrutura hierárquica e as tarefas de uma organização criminosa sem identificar os seus coautores e partícipes.

Nessa ordem de ideias, tímida é a manifestação da doutrina quanto à interpretação de tal requisito. É razoável afirmar que não se pressupõe que o colaborador consiga desvelar a estrutura hierárquica em sua totalidade, bem como todas as atividades, devendo a colaboração ser considerada eficaz e, portanto, premiada se alcançar o desmantelamento da organização criminosa²⁵⁶.

²⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 127.

²⁵⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 43-44.

O resultado relativo à prevenção de infrações penais pela organização criminosa seria o único que escapa às diversas críticas que sofre o instituto ²⁵⁷. Tal requisito, em verdade, ocorreria como uma consequência do alcance dos resultados – a identificação dos membros e dos crimes da organização criminosa, bem como da estrutura hierárquica e suas atividades –; porém, em razão da determinação do *caput* do art. 4º, ele pode ser levado em consideração isoladamente. Logo, aparenta ser outro requisito alternativo de difícil aplicabilidade isolada.

Incidiria o inc. III quando fosse possível a demonstração de “causalidade hipotética”, como nos casos de crime omissivo, utilizando-se, assim, do raciocínio inverso, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato ²⁵⁸. Em suma, haveria que se comprovar que a colaboração do colaborador evitou condutas delitivas pela organização criminosa.

É de grande importância o resultado que prevê o inc. IV, do art. 4º, da Lei n. 12.850, relativo à recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações da organização criminosa, pois na maioria das vezes a principal vítima é o Estado, sendo proveitosa para toda a sociedade a devolução de dinheiro público²⁵⁹.

A despeito de não ser uma exigência específica do inciso em estudo, a recuperação do produto ou proveito do delito poderia levar à reparação dos danos sofridos pela vítima, a exemplo da devolução de valor pago pelo seu resgate (produto do crime) ou de veículo adquirido com o dinheiro do resgate (proveito do crime)²⁶⁰.

O legislador foi claro quanto à possibilidade de ser válida não só a restituição total mas também a parcial, devendo, no entanto, ser o prêmio

²⁵⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 44.

²⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 127.

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 53.

²⁶⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 43.

atribuído proporcionalmente ao quanto do produto ou proveito dos delitos ou contravenções for restituído pelo colaborador²⁶¹.

Visto que o inc. IV fala em recuperação pelo colaborador do “produto ou proveito das infrações da organização criminosa”, pouco importa se esse ou outro membro da organização era quem havia obtido o proveito ou quem detinha o produto do crime²⁶².

Por fim, estipula o inc. V o resultado da “localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”, visando proteger, assim, o bem maior que é a vida humana, incidindo o prêmio apenas se esta mantiver a sua integridade física resguardada.²⁶³

Em regra, tal resultado é cabível nos casos de sequestro ou extorsão mediante sequestro, nos quais há vítima desaparecida e identificada²⁶⁴. Nessas situações, se a colaboração levar ao encontro da vítima, o prêmio será concedido apenas se esta estiver com sua integridade física (corporal) preservada, conforme a dicção do inc. V.

Claro está que o encontro da vítima morta, ainda que o delator acreditasse estar viva, não viabiliza o benefício do acordo de colaboração, bem como se a vítima for encontrada por haver fugido do cativeiro²⁶⁵.

De outro ponto de vista, há margem para se discutir se deve prevalecer o acordo de colaboração na hipótese de a vítima ser encontrada com algumas lesões que não maculem o seu estado geral de saúde, da mesma forma que se pode discutir a impossibilidade do prêmio caso não se verifique a integridade psicológica da vítima, sobre a qual o legislador foi silente²⁶⁶.

²⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 53.

²⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 127.

²⁶³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 45.

²⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 45-46.

²⁶⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 46.

A proteção jurídica do bem da vida eleva a importância do referido inciso, tornando-o a exceção que justifica a regra: de poder os resultados que a Lei 12.850/13 prevê serem suficientes a embasar, isoladamente, um acordo de colaboração, sem a indispensável identificação dos corresponsáveis pelo delito.

3.1.5 Requisitos subjetivos

O § 1º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 traz alguns requisitos subjetivos para a concessão dos benefícios da colaboração premiada, que devem ser cumulados com os demais pressupostos. Assim prescreve o referido dispositivo:

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

O primeiro requisito arrolado é o da personalidade do colaborador, que resulta em uma avaliação das peculiaridades do sujeito, relativas a seus atributos psíquicos, a exemplo do caráter, que determinam as suas ações²⁶⁷.

Há críticas severas à avaliação da personalidade do colaborador como requisito para a validação da colaboração premiada, como as de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato:

Conquanto se possa entender perfeitamente as razões que levam o legislador, ao fixar a pena, a tomar em conta requisitos de ordem subjetiva, em obediência ao princípio da culpabilidade, nos casos de colaboração premiada isto parece um completo disparate, assumindo ares de direito penal do autor, incompatível com o direito penal do fato e da culpabilidade recomendado em um Estado Democrático de Direito. É que aqui não se está individualizando pena, mas sim considerando as possibilidades, necessidades e oportunidades relacionadas à produção de prova, em um formato de *plea bargaining*, ou seja, das possibilidades de negociação que produzam resultados objetivos para o processo. A obrigação de levar em conta a personalidade do colaborador é absurda!²⁶⁸

²⁶⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. III, p. 295.

²⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, cit.*, p. 125-126.

O requisito não deveria incidir em momento de realização ou execução de acordo de colaboração, pois um réu confesso de, no mínimo, participação em organização criminosa já possui maculada a sua personalidade, que tem real importância no momento da averiguação da culpabilidade, a ser estabelecida na aplicação da pena. Seria mais razoável o legislador, uma vez que já admitiu a possibilidade de trabalhar em conjunto com criminosos na persecução penal, ater-se a requisitos objetivos.

Há quem entenda que tal requisito deve ser utilizado para a gradação do benefício a ser concedido; por exemplo, preponderando o caráter negativo da personalidade do colaborador, este não deveria receber o prêmio do perdão judicial²⁶⁹. Ademais, aponta-se como necessária a consideração da personalidade do colaborador pelo magistrado para fins de se decidir quanto ao acolhimento ou não da prova produzida a partir da colaboração premiada²⁷⁰.

Da forma como dispôs a Lei n. 12.850/2013, a primariedade do colaborador não possui relevância. Tal requisito constava do Projeto de Lei n. 150/2006 do Senado Federal, mas não foi mantido na redação final, diferentemente da Lei n. 9.807/1999, que em seu art. 13, expressamente, apenas admitia perdão judicial ao delator que fosse réu primário²⁷¹. Logo, por não estar expresso na nova Lei de Organização Criminosa, o requisito da primariedade do acusado ou réu para o acordo de colaboração premiada não é exigido, podendo ser beneficiário do instituto também o reincidente.

Observam-se, outrossim, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso. Quanto à natureza da infração penal, a análise está relacionada com a sua gravidade concreta, e não a abstrata, sendo relevante, portanto, a gravidade da consequência que adveio do fato criminoso²⁷².

²⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 52.

²⁷⁰ PRADA, Ignacio Flores. El valor probatório de las declaraciones de los coimputados. Madrid: Tecnos, 1998, p. 19-20.

²⁷¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 47.

²⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 52.

As circunstâncias do fato a que se refere o dispositivo da nova Lei de Organização Criminosa estão previstas no art. 59 do Código Penal, que defluem do fato criminoso, tais como os meios utilizados, a natureza, o lugar, o tempo e a forma de execução do delito²⁷³.

E, por fim, os últimos requisitos subjetivos do § 1º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 são os da gravidade e da repercussão social, que importam na análise da danosidade decorrente do fato criminoso e do alarme social provocado²⁷⁴.

Há quem sustente que esses requisitos subjetivos sejam levados em consideração apenas no momento da concessão do benefício, devendo haver proporcionalidade entre ambos²⁷⁵.

Contudo, majoritariamente, entende-se que esses devem ser considerados para a propositura do próprio acordo de colaboração, podendo, portanto, o delegado de polícia ou o representante do Ministério Público deixar de oferecer proposta de acordo, *exempli gratia*, em caso grave, de imensa repercussão social, bem como o juiz rejeitar a homologação de acordo caso tenha sido ofertado²⁷⁶.

O § 1º, *in fine*, ainda fala da necessidade de se verificar a eficácia da colaboração para a concessão do benefício. Nesse ponto, o legislador é redundante, uma vez que essa imposição já consta do final do *caput* do art. 4º, quando condiciona a concessão dos benefícios do acordo de colaboração à obtenção de um dos resultados dos seus incisos e, novamente, quando estabelece no § 11º que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

3.2 Prêmios Previstos na Lei

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, cit.*, p. 776.

²⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, cit.*, p. 776.

²⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, *cit.*, p. 52.

²⁷⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, *cit.*, p. 47-48.

Conforme visto, os benefícios do acordo de colaboração premiada vêm insculpidos no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, quais sejam: o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou a substituição desta por restritivas de direito.

O perdão judicial é uma das causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107 do Código Penal brasileiro. A sentença que o concede possui natureza jurídica de decisão declaratória e não produz qualquer efeito condenatório, conforme pacificado pela Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça²⁷⁷.

Apenas poderá ser aplicado o perdão judicial nos casos previstos em lei, não sendo cabível sequer de forma analógica, *in bonan partem*, ou seja, para beneficiar o acusado²⁷⁸.

São exemplos de infrações para as quais a lei prevê o perdão judicial, isto é, em que se deixará de aplicar a pena: o homicídio culposo, na hipótese do art. 121, § 5º; lesão corporal culposa, conforme dispõe o art. 129, § 8º; a injúria nos casos do art. 141, § 1º, incs. I e II; o peculato culposo, na forma dos §§ 2º e 3º, todos do Código Penal; e a colaboração premiada, a depender da efetividade da colaboração e dos resultados que dela advenham, conforme o art. 4º da Lei n. 12.850/2013.

Desde a Lei n. 9.807/1999, que dispunha sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas, testemunhas ameaçadas e acusados ou condenados que tenham colaborado com a persecução penal, havia a previsão do perdão judicial como benefício²⁷⁹. Sem dúvida, é o melhor prêmio que pode ser concedido ao colaborador, uma vez que este não cumprirá pena e ainda não terá antecedentes criminais.

²⁷⁷ Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

²⁷⁸ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral, cit.*, p. 712.

²⁷⁹ Ver item 2.3.6.

Diante do fato de que a lei não estabelece um limite de pena para a substituição, o segundo prêmio mais benéfico é a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser aplicada dentre aquelas previstas no art. 43 do Código Penal²⁸⁰.

Logo, exemplificativamente, ainda que haja uma condenação em 30 (trinta) anos de um colaborador, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana, em conformidade com a legislação penal.

Além disso, é possível a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços, estabelecida sem um limite mínimo, o que deixa em aberto a possibilidade de o magistrado reduzir a pena, em tese, a uma quantidade irrisória de dias²⁸¹. Há que se contar também com a razoabilidade para a aplicação desse benefício.

O benefício a ser concedido será determinado na sentença condenatória, pois é o momento no qual se deve declarar a extinção da punibilidade, que no caso da colaboração dar-se-á em razão do perdão judicial, bem como é o momento processual em que se fixa a pena, a qual pode ter *quantum* reduzido ou ser substituída por restritiva de direitos²⁸².

É sabido que causas de diminuição de pena são consideradas na terceira fase da dosimetria. Por essa razão, a hipótese de diminuição em até dois terços, decorrente do acordo de colaboração premiada, deve incidir também nessa fase, mas com uma especificidade, uma vez que se trata de

²⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 128.

causa especial de diminuição, de natureza procedimental, que tem a finalidade de redução global da pena privativa de liberdade²⁸³.

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal veda o acúmulo de causas especiais materiais de diminuição de pena, limitando o juiz à aplicação de apenas uma – a que mais a diminua. Ocorre que esse dispositivo regula as normas relacionadas à imputação típica e não à procedimental, tal como a diminuição da pena em razão da colaboração premiada, devendo esta, portanto, ser aplicada mesmo que posteriormente à incidência de eventual causa especial material de diminuição²⁸⁴.

Quanto à substituição por pena restritiva de direitos, há quem afirme a necessidade de se observar a disposição do art. 44, § 2º, do Código Penal no que diz respeito ao número de medidas restritivas em relação à quantidade de pena aplicada²⁸⁵.

Contudo, a Lei n. 12.850/2013 fala em pena “restritiva de direitos”, no singular, cuja interpretação literal exige a aplicação de apenas uma das penas restritivas. De mais a mais, admitir a observância da disposição do Código Penal resultaria em uma interpretação *in malam partem*, pois admitiria que o condenado sofresse mais de uma restrição de sua liberdade, quando a lei expressamente assim não prevê.

Afirma-se que, ao se reduzir a pena aplicada em razão do acordo de colaboração premiada, caso chegue ao patamar em que o Código Penal autoriza a substituição da pena, esta poderá ser substituída²⁸⁶.

²⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 128.

²⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 128-129.

²⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 129.

²⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 129.

Quando da aplicação do benefício da colaboração premiada, tendo a lei sido clara quanto a “reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos”, ambos os o prêmios não podem ser aplicados de forma cumulativa²⁸⁷.

No entanto, realizada a redução da pena e, por consequência, alcançado o patamar do Código Penal, parece poder ser possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos²⁸⁸.

Esse e tantos outros pontos relativos à colaboração premiada espera-se serem em breve pacificados pela jurisprudência, notadamente pela importância que o instituto passou a ter com a utilização significativa a partir da Lei 12.850/13.

3.2.1 Prêmio excepcional da não apresentação da denúncia

Previu-se, ainda, a hipótese de o *parquet* deixar de oferecer denúncia, nos termos do § 4º, *in verbis*:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:
I – não for o líder da organização criminosa;
II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Impõem-se alguns requisitos, quais sejam: o cumprimento dos pressupostos dos demais benefícios e o colaborador não ser o líder da organização e ser o primeiro a colaborar efetivamente.

Ab initio, deve-se analisar uma dúvida que o dispositivo cria: o não oferecimento da denúncia é perene, correspondendo ao arquivamento dos autos, ou esta deixará de ser oferecida apenas por um período e, se sim, por quanto tempo²⁸⁹?

²⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 129.

²⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 129.

²⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 57.

Creemos que, tendo o § 3º já previsto a hipótese de suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia, a previsão do § 4º diz respeito verdadeiramente ao arquivamento do inquérito²⁹⁰.

É controversa a possibilidade de simplesmente, a critério do Ministério Público, não haver oferecimento de denúncia, pois a concessão de um prêmio em razão da colaboração deve necessariamente ser realizada por um juiz, bem como é apenas no processo do colaborador que se pode fornecer medidas de proteção²⁹¹.

É certo que tal procedimento expõe o delator a uma insegurança não apenas física, mas, também, jurídica, uma vez que não haverá acordo escrito e homologado, cujo cumprimento dos requisitos possa ser comprovado²⁹².

Ademais, o arquivamento do inquérito não obsta o processamento criminal, pois não se trata de causa extintiva de punibilidade, logo podendo iniciar-se novo processo contra o colaborador caso surjam novas provas²⁹³.

Vê-se que tal prêmio pode aparentar ser o mais benéfico para o colaborador, quando, em verdade, é o que mais insegurança lhe acomete, deixando-o à mercê de um futuro processo penal e o impossibilitando de receber medidas de proteção.

Por essas razões, é preciso entender que a previsão da possibilidade de não apresentação de denúncia pelo Ministério Público merece alguns cuidados. Tratar-se-ia de benefício que excepcionalmente não constaria da sentença, porém que decorreria de acordo homologado pelo juiz²⁹⁴.

²⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 42.

²⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 54.

²⁹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 42.

²⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 42.

Apesar de a legislação não haver exigido expressamente, para que se possa admitir a aplicabilidade do §4º, há a necessidade de realização e homologação de acordo formal de colaboração pelo magistrado, a fim de conferir mais segurança ao seu cumprimento e até mesmo à sua existência.

Outra questão que poderia levar à não aplicação do § 4º do art. 4º seria a impossibilidade de se realizar um acordo efetivando uma vantagem ao colaborador sem que haja processo e sentença nos quais se verifiquem os resultados da colaboração, bem como a dificuldade de constatação de que o colaborador não é o líder da organização criminosa antes mesmo da instrução do feito²⁹⁵.

A celeuma principal, porém, diz respeito ao abrandamento do Princípio da Obrigatoriedade (Legalidade), expressamente previsto no art. 24 do Código de Processo Penal, que orienta a atuação do Ministério Público²⁹⁶, tema central deste trabalho a ser tratado em capítulo próprio.

Há quem sustente, a exemplo de Vicente Greco Filho, que o art. 28 do Código de Processo Penal deve ser aplicado por analogia nesses casos, ainda que a Lei n. 12.850/2013 não tenha expressamente previsto²⁹⁷. Essa hipótese será abordada no Capítulo 5.

3.2.2 Prêmios na fase de execução penal

A Lei n. 12.850/2013 não estabeleceu um limite temporal para o acordo de colaboração premiada, prevendo que ele poderá ocorrer tanto na investigação quanto no processo criminal (art. 4º, *caput*).

²⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

²⁹⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 58.

²⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente, ob. cit. P. 42. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 59-61.

Anteriormente, nenhuma das legislações que trataram de colaboração premiada dispuseram sobre o momento posterior à sentença judicial²⁹⁸, o que a nova Lei de Organização Criminosa faz em seu artigo 4º, § 5º, *in verbis*:

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

Em razão das disposições mencionadas, o termo “sentença” deve englobar a sentença transitada em julgado, momento em que a competência será do juiz da execução penal, cabendo o acordo não somente na fase de recurso anterior à coisa julgada²⁹⁹.

O juiz das execuções fica adstrito, para a concessão dos benefícios, àqueles do § 5º, quais sejam: a redução da pena até a metade ou a progressão do regime sem a exigência do cumprimento dos requisitos objetivos³⁰⁰.

Refere-se o legislador ao requisito objetivo do tempo de cumprimento de pena, prescrito no art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84)³⁰¹, que estabelece o cumprimento de um sexto da pena imposta pela sentença penal condenatória transitada em julgado. O mesmo artigo prevê, outrossim, que só haverá progressão de regime se verificado o bom comportamento do preso.

Guilherme de Souza Nucci entende que a Lei n. 12.850/2013 também dispensou o requisito subjetivo relativo ao merecimento, uma vez que o afastamento do requisito objetivo do tempo de cumprimento de pena é de maior importância, não havendo, portanto, qualquer condição para a progressão em razão da colaboração processual³⁰².

A colaboração após a sentença penal continua a exigir os requisitos da voluntariedade e da eficácia com a obtenção dos resultados, tais como a prevenção das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou

²⁹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, cit., p. 33.

²⁹⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 64.

³⁰⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, cit., p. 43.

³⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. V. 2. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 697.

³⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, cit., p. 697.

parcial do produto do crime e a localização da vítima, sendo mais difícil nessa fase, no entanto, a identificação dos demais criminosos, pois impossível a reabertura do processo contra coautores eventualmente absolvidos³⁰³.

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato entendem que o § 5º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 é inconstitucional, pois este prevê a redução da pena ou a alteração do regime de cumprimento, em desrespeito à garantia fundamental da coisa julgada, prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal³⁰⁴.

Seria inservível a comparação do acordo de colaboração durante a execução penal com a Revisão Criminal, pois a coisa julgada se justifica ser excepcionada, por meio deste instrumento processual, para a concessão de um benefício ao réu, mas não para se permitir um meio de prova negociada a respeito de fato transitado em julgado³⁰⁵.

Exemplificativamente, seria possível beneficiar o réu com a redução da pena quando somente durante o seu cumprimento pudesse ser comprovado que era menor de 21 anos ao tempo do fato (art. 65, inc. I, do CP), hipótese em que a Revisão Criminal seria cabível (art. 621, inc. III, do CPP), porém jamais para redução da pena em razão de uma colaboração premiada tardia.

Em suma, a Revisão Criminal é meio de se corrigir o erro judiciário a fim de realizar justiça, motivo pelo qual não se discute a exceção que faz ao princípio da coisa julgada. No entanto, cabe discussão quanto à mácula de importantíssima garantia constitucional em razão da vontade do acusado de buscar benefício próprio, visto que poderia ter se socorrido de tal possibilidade em momento anterior e não o fez, resolvendo fazê-lo somente quando sabe que nenhuma opção lhe resta.

³⁰³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 64-65.

³⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p.129.

³⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 129-130.

A nova hipótese trazida pela Lei n. 12.850/2013 apenas abre a possibilidade de o condenado manipular a Justiça, propondo-se a colaborar somente após haver tentado a absolvição até o fim da instrução processual, “jogando”, assim, com a garantia da coisa julgada, bem como com a segurança jurídica em relação aos demais corréus e com a economia processual.

3.3 O Procedimento

O instituto da colaboração premiada, conforme estudado, existe no Brasil desde a década de 1990; porém, não foi incorporado à nossa cultura processual penal até a edição da Lei n. 12.850/2013, pois trouxe uma disciplina mais ampla e pormenorizada do seu procedimento, possibilitando, assim, a sua utilização³⁰⁶.

Todavia, há ainda questões sobre as quais a lei foi omissa ou pouco clara, suscitando opiniões divergentes pela doutrina, uma vez que não contam com o posicionamento dos Tribunais por serem muito recentes. Diante disso, passaremos a observá-las a seguir.

3.3.1 A *propositura do acordo*

Já no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, estabelece-se que o juiz deferirá os benefícios da colaboração premiada “a requerimento das partes”, sendo estas especificadas no § 6º, que dispõe, *ipsis litteris*:

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

Conforme dispõe a lei, as negociações dar-se-ão entre o delegado de polícia e o investigado ou entre o representante do Ministério Público e o investigado ou acusado, sempre acompanhado do seu defensor. Importante

³⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 39.

avaliar essa norma conjuntamente com o § 2º. De logo, há que se apontar uma impropriedade do legislador quanto à atribuição, ao delegado de polícia, do papel de parte no processo penal, apontada como uma inconstitucionalidade pela doutrina³⁰⁷.

O dever de produzir prova é da parte. Sendo a colaboração meio de produção de prova, não poderia a autoridade policial dela dispor. Além de realizar as tratativas do acordo, apenas necessitando da manifestação do *parquet*, o § 2º concede ao delegado a possibilidade de requerer a extinção da punibilidade do agente, em razão do perdão judicial, ainda que o verdadeiro e único titular da ação penal discorde³⁰⁸.

O dispositivo foi aprovado com a alteração da orientação do Grupo de Trabalho responsável pela elaboração do anteprojeto da Lei n. 12.850/2013, que previa a legitimidade para a proposição do acordo apenas ao Ministério Público, justamente em razão de ser o único titular da Ação Penal Pública³⁰⁹.

Dessa forma, a partir da análise dos §§ 2º e 6º, tem-se que, querendo o investigado e o seu defensor, pode o delegado de polícia representar pelo acordo para a concessão de qualquer dos prêmios ou, considerando relevante a colaboração, representar pelo perdão judicial, mesmo que não conste da proposta inicial, sempre na fase de investigação e com a manifestação do Ministério Público, apesar de notoriamente em contradição com o disposto pelo art. 129, inc. I, da Constituição Federal³¹⁰, bem como pelo art. 24 do Código de Processo Penal³¹¹.

³⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, *cit.*, p. 123.

³⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, *cit.*, p. 123.

³⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, *cit.*, p. 123.

³¹⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei...”

³¹¹ “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Por seu turno, o Ministério Público pode requerer, concordando o acusado e o seu defensor, o acordo para a concessão de qualquer um dos prêmios ou, se considerar relevante a acusação, requerer o perdão judicial, mesmo que não conste da proposta inicial, na fase investigatória ou processual em ambos os casos.

Pontue-se que, não obstante dispor que o *parquet* poderá requerer o perdão judicial “a qualquer tempo”, a lei limita tal benefício até a sentença judicial, uma vez que restringe as hipóteses de prêmio em momento posterior ao *decisum*, sendo que após esta é apenas cabível a redução da pena até a metade ou progressão de regime³¹².

Nesse passo, não foi mencionado o assistente de acusação, cujas hipóteses de atuação estão descritas no art. 271 do Código de Processo Penal, sendo figura que tem finalidade específica de obter uma sentença condenatória, razão que não o autoriza a pleitear o perdão judicial³¹³.

Pertence somente, portanto, ao delegado de polícia, ao arripio da Constituição Federal de 1988 e ao Ministério Público a legitimidade para propor acordo de colaboração ou a aplicação imediata do perdão judicial, bem como a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia, conforme passaremos a estudar.

3.3.2 A possibilidade de suspensão do prazo para a denúncia

O § 3º prevê a possibilidade de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia do colaborador ou do seu processo por seis meses, prorrogáveis por igual período, até o cumprimento das medidas de colaboração, suspendendo-se também o prazo prescricional, nos seguintes termos:

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

³¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 56.

³¹³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 51.

O dispositivo tem a clara finalidade de garantir verificação da eficácia da colaboração, viabilizando que antes da concessão do prêmio se apure a veracidade das informações prestadas e se estas são capazes de produzir algum dos resultados da lei³¹⁴. Outrossim, a lei deixou nítido que apenas o inquérito ou processo do colaborador deve ser suspenso, podendo ser segregado daquele referente aos coautores e partícipes, que prosseguirá normalmente³¹⁵.

O legislador agiu bem ao determinar a suspensão do prazo prescricional enquanto suspenso o prazo para a denúncia a fim de propiciar a constatação da eficácia da colaboração, pois seria descabido que o Estado perdesse o direito à pretensão punitiva em razão de ter confiado e beneficiado o colaborador que pode vir a não cumprir os termos do acordo³¹⁶.

Ademais, é congruente afirmar que, durante esse período, não é possível o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do Código de Processo Penal), devendo ser rejeitada em razão de não poder o particular agir contra a decisão judicial que admitiu a suspensão do processo e da prescrição³¹⁷.

Por fim, afirma-se ser possível, também por analogia, a aplicação do art. 28 do CPP a essa hipótese quando o juiz discordar do pedido de suspensão³¹⁸, o que será abordado quando tratarmos da questão da aplicabilidade do referido dispositivo no procedimento da colaboração premiada. Há ainda a possibilidade de o Ministério Público não oferecer denúncia, conforme dispõe o § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13, sobre o qual novamente nos debruçaremos no Capítulo 4, item 4.4.

3.3.3 O termo do acordo

³¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 53.

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 131.

³¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 57.

³¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 57.

³¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 54-55.

Prevê o § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 que, uma vez realizada a proposta de acordo, conforme prescreve o § 6º, já analisado, o seu termo deve ser remetido ao juiz para homologação, que realizará a verificação dos requisitos exigidos pela lei.

O termo do acordo deverá ser elaborado por escrito e conter: o relato da colaboração e os possíveis resultados a serem alcançados; as condições da proposta do MP ou do delegado e as suas assinaturas; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor – também com as suas assinaturas –; e, por fim, a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessárias, conforme dispõe o art. 6º e os seus incisos.

Repise-se a observação feita quanto à insegurança para o colaborador ao realizar a colaboração sem termo formal, o que pode ocorrer nas hipóteses em que a lei expressamente não exige o acordo escrito e homologado, a exemplo do § 4º do art. 4º.

3.3.4 O sigilo do acordo

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente, pela primeira vez, o princípio da publicidade com o fito de inibir a arbitrariedade judicial, sendo, assim, uma “garantia das outras garantias”³¹⁹.

Todavia, em razão de a publicidade ser, em algumas ocasiões, mais maléfica do que benéfica, admitiu-se a possibilidade do trâmite de processos criminais em segredo de justiça nas hipóteses de a publicidade causar escândalo, perigo grave ou perturbação da ordem³²⁰.

A publicidade da realização do acordo de colaboração e do seu teor é uma hipótese clara na qual a tomada de conhecimento pelo público causa grande prejuízo ao colaborador e até às pessoas citadas no procedimento.

³¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 48.

³²⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal, cit.*, p. 49.

A Lei n. 12.850/2013, em seu art. 7º, prevê a distribuição sigilosa do acordo de colaboração, contendo informações que impossibilitem a identificação do colaborador e o objeto do acordo, sendo prestadas as informações pormenorizadas apenas ao juiz que receber o pedido, após a distribuição (§ 1º).

Da forma como prescreve esse dispositivo, é apenas possível proceder no caso de acordo firmado durante a investigação anteriormente a qualquer manifestação judicial, pois o juiz da causa estará prevento para receber o acordo e homologá-lo³²¹.

O § 2º restringe o acesso ao pedido de homologação ao juiz responsável por esta e àqueles que o requereram, o delegado de polícia ou membro do MP, para garantir o êxito da investigação. Por isso, o sigilo do acordo pode perdurar durante todo o período investigativo, que cessa com o recebimento da denúncia (§ 5º)³²².

O mesmo parágrafo, *in fine*, garante ao defensor amplo acesso aos elementos de prova necessários ao exercício do direito de defesa; porém, exceto quando se tratar de diligências em andamento, quando será preciso autorização prévia do juiz.

A defesa só passará a ter acesso aos documentos regularmente inserido nos autos do inquérito policial após homologado o acordo de colaboração³²³. Por óbvio, mesmo após a homologação, não poderá ser deferido pelo juiz o acesso aos elementos de prova cujas diligências estejam em andamento, pois assim o êxito destas restaria comprometido³²⁴.

³²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 131-132.

³²² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 86.

³²³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 86.

³²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 86.

O sigilo do pedido de acordo de colaboração não se confunde com o sigilo das investigações, regulado no art. 23 da Lei n. 12.850/2013. O termo do acordo será sigiloso em qualquer caso, desde a sua propositura até o recebimento da denúncia, quando passará a compor o acervo probatório dos autos³²⁵.

A partir do recebimento da denúncia, em prestígio aos princípios da ampla defesa e do contraditório, podem ser acessados os elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa do interessado, com a ressalva do disposto no art. 5º da lei, relativo aos direitos do colaborador, tal como a manutenção das medidas de proteção³²⁶.

Surge, nesse ponto, a questão de como deverá ser assegurado o direito à ampla defesa do acusado, ao passo que poderá perdurar a medida de proteção ao colaborador de preservação da sua identidade³²⁷.

O sigilo do pedido de homologação do acordo de colaboração é mais uma das regras do sistema normativo brasileiro de grande importância e necessidade, mas que é desrespeitado de forma escancarada, pois as próprias autoridades tratam de alardear os acordos de colaboração assim que obtidos, os quais acabam tendo seu teor amplamente divulgado pela mídia sem que nenhum tipo de responsabilização ocorra.

3.3.5 As atribuições do juiz na colaboração premiada

A atuação do magistrado no procedimento da colaboração premiada está detalhada na nova Lei de Organizações Criminosas, que lhe atribui um papel de coadjuvante no acordo, sendo os protagonistas o Ministério Público e a autoridade policial, em prestígio ao sistema acusatório³²⁸.

³²⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 86.

³²⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 87.

³²⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 87.

³²⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2.

A doutrina brasileira não é uníssona ao definir qual sistema processual penal impera no Brasil. Apesar de, na legislação brasileira, se encontrar normas que se identificam com todos os tipos de sistema, prepondera as decorrentes do sistema acusatório, o qual não admite o papel do juiz-investigador³²⁹.

Fez bem o novel diploma em deixar expresso o dever do magistrado de manter-se distante das tratativas do acordo de colaboração premiada, não o desincumbindo, contudo, da sua importante função no processo, qual seja, a de realizar o controle de legalidade dos atos praticados.

Tal previsão, constante do § 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, possui a finalidade de garantir a preservação da imparcialidade do julgador, o que não poderia ocorrer se lhe fosse atribuída a responsabilidade pela produção de prova, que é a finalidade de um acordo de colaboração e atividade inerente às partes do processo em um sistema de viés acusatório³³⁰.

Relevante para a compreensão do acerto da lei em estudo – quanto à preservação da neutralidade do juiz – é o ensinamento de Aury Lopes Jr.:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade de imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatório/instrutória³³¹.

O Juiz entrará em contato com o acordo de colaboração apenas depois de este ser reduzido a termo, quando poderá verificar as declarações do colaborador e ter acesso às cópias do inquérito policial, devendo, então, homologá-lo ou não, a depender da constatação dos requisitos exigidos (§§ 7º e 8º).

³²⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

³³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 132.

³³¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

Conforme a parte final do § 7º, havendo dúvida sobre a regularidade, legalidade ou voluntariedade da colaboração, ao julgador é dada a possibilidade de ouvir o colaborador, sigilosamente, na presença do seu defensor, no prazo de 48 horas, imposto no § 1º do art. 7º da lei em estudo³³².

Observe-se que o juiz poderá intimar o colaborador para ser ouvido sigilosamente, devendo estar presentes apenas este e o seu defensor, ausentes os proponentes do acordo (§ 7º).

Tal disposição, de grande importância, tem o objetivo de possibilitar ao juiz verificar, por meio do depoimento do colaborador, se houve mácula na realização do acordo, a exemplo de a autoridade policial ou o membro do Ministério Público haver barganhado uma colaboração utilizando a promessa de libertá-lo da prisão temporária, o que será constatado mais facilmente sem a presença destes durante a referida audiência³³³.

A lei previu os prêmios a que fará jus o colaborador pelo seu auxílio efetivo e eficaz, quais sejam: o perdão judicial e a redução ou substituição da pena, sendo atribuição judiciária escolhê-los e aplicá-los. Em outras palavras, não cabe ao delegado de polícia nem ao promotor a concessão de benefícios ao investigado ou acusado para a obtenção da colaboração³³⁴.

Diferentemente do que ocorre no sistema estadunidense, no qual o instituto correlato, *plea bargaining*, admite uma significativa liberdade para, como a sua denominação já deixa explícito, o órgão acusatório barganhar a confissão e a cooperação do acusado, no Brasil a liberdade dos legitimados para o acordo de colaboração encontra barreiras, conforme explicam Pacelli e Fisher:

O que não pode ocorrer, e aí a responsabilidade maior é do Ministério Público, é a banalização da barganha, como meio de intimidação para o fim de obtenção de elementos probatórios. Cumpre anotar, no particular, que semelhante atitude seria absolutamente abusiva e

³³² “§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.”

³³³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 67.

³³⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 67-68.

ilícita, apta a reclamar a responsabilização funcional, civil e criminal do órgão envolvido³³⁵.

Assim, tal prática, em desconformidade com a Lei n. 12.850/2013, faz padecer de involuntariedade o acordo de colaboração, devendo o juiz rejeitá-lo (§ 8º). Além disso, devem ser responsabilizadas as autoridades que agiram deliberadamente em desacordo com a lei.

Não restando dúvida quanto à legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo de colaboração, deverá o juiz homologá-lo (§ 7º). Se não for o caso, o § 8º prevê duas possibilidades: a de simplesmente rejeitar-se a homologação ou a de o juiz adequar a proposta do acordo de colaboração.

Há quem aponte uma contradição no que diz respeito ao fato de, expressamente, a lei proibir o magistrado de intervir no acordo, mas conceder a este tal poder no momento da homologação, ao prever que poderá adequar a proposta ao seu bel-prazer, o que seria uma afronta ao sistema acusatório³³⁶.

Os termos do acordo de colaboração surgem de proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia e devem ser homologados pelo juiz. Isso resulta em uma projeção do benefício a ser concedido, sem, no entanto, vincular o magistrado, na sentença criminal, aos termos do acordo, podendo aplicar o benefício que entender mais adequado à eficácia da colaboração (§ 11)³³⁷.

Não faria sentido, porém, o juiz possuir ressalvas quanto ao acordado e apenas revelá-las no momento da decisão, o que ocorreria sempre em prejuízo do colaborador. Este, por sua vez, agiria estimulado por um prêmio que o magistrado nunca intencionou conceder ou deixaria de ser estimulado por um prêmio mais vantajoso que o previsto no acordo.

³³⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, cit., p. 5.

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 132.

³³⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 69-70.

Nessa ótica, mesmo sem estar vinculada ao que dispor o acordo, mas podendo revelar a valoração da cooperação e dos resultados que dela possa advir, a possibilidade de adequação da proposta de acordo é coerente, além de mais proveitosa e prática principalmente para o colaborador, que já possuirá um possível posicionamento do magistrado sobre a valoração do que foi proposto.

Questiona-se se o acordo de colaboração premiada e a sua homologação seriam um direito subjetivo do acusado (ou investigado) ou um ato discricionário do juiz sujeito apenas à análise de critérios de conveniência e oportunidade³³⁸.

A questão surge após a edição da nova Lei de Organização Criminosa, que trouxe a necessidade de o magistrado manifestar-se sobre o acordo de colaboração antes mesmo da sua efetivação, em razão da disposição do § 8º.

Tratando, em primeiro lugar, da obrigatoriedade da premiação ao delator, a questão é pacífica no Supremo Tribunal Federal, ao menos quando suscitada anteriormente à Lei n. 12.850/2013, em que se afirmou que o colaborador é titular de direito subjetivo ao recebimento do prêmio em razão do acordo de colaboração premiada³³⁹.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça corrigiu, também por meio de *Habeas Corpus*, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo segundo a qual a concessão do benefício da colaboração era decisão discricionária do órgão julgador, ordenando à Quinta Turma a análise do pedido do benefício, pois, uma vez preenchidos os requisitos da colaboração premiada, a “sua incidência é obrigatória”³⁴⁰.

³³⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 64.

³³⁹ HC 35.198/SP, Rel. Gilson Dipp, j. 28.09.2004, DJ 03.11.2004, p. 21. HC 35.198/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, 5.^a Turma, DJ de 03/11/2004. No mesmo sentido: HC n. 99.736/DF – Rel. Carlos Ayres Britto – j. 27.04.2010.

³⁴⁰ HC n. 84.609/SP.

No momento da decisão jurisdicional, o entendimento dos tribunais superiores coaduna-se com o de Eugênio Pacelli e Douglas Fisher:

E nem se venha com o argumento no sentido de que o acordo de colaboração constituiria direito subjetivo de quem se apresente com informações relevantes sobre a investigação. (...) O que existe é o *direito subjetivo* aos benefícios pela atuação eficaz e não o *direito ao acordo formalizado*³⁴¹.

Dúvida não há quanto a ser direito subjetivo do colaborador o prêmio, indo os autores supracitados ainda mais longe: afirmam que seria possível a concessão dos prêmios da Lei n. 12.850/2013 ao acusado que cooperou efetiva e eficazmente com a persecução penal ainda que não exista acordo de colaboração premiada formalizado³⁴².

Já o oferecimento do acordo não é direito subjetivo do investigado/réu, pois “se o Ministério Público, parte legitimada para o exercício da ação penal em todas as suas dimensões, entender não ser cabível o acordo, não caberá ao magistrado substituir-se a ele”³⁴³.

Nessa ordem de ideias, filiamo-nos ao entendimento de que, especificamente à homologação, o juiz estaria submetido a uma “discricionariedade regrada”, ou seja, o acordo há de ser homologado se o magistrado verificar o cumprimento dos requisitos exigidos até aquele momento, da mesma forma que, se descumpridos, há a possibilidade de rejeitá-lo³⁴⁴.

Sendo o direito subjetivo apenas o direito de receber o prêmio pela colaboração efetiva e eficaz, necessária se faz a previsão de instrumento que permita a manifestação dos interessados quanto ao inconformismo em razão

³⁴¹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, cit., p. 26.

³⁴² PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, cit., p. 26.

³⁴³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, cit., p. 26.

³⁴⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 69.

da rejeição ou adequação do acordo de colaboração no momento da homologação judicial³⁴⁵.

A lei foi omissa nesse ponto, não havendo meios para o colaborador, que tenha firmado acordo de forma regular e deseje cooperar efetivamente a fim de atingir os resultados da lei, solicitar a revisão de tal decisão em instância superior.

Para questionar a recusa à homologação, sugere-se a utilização, por parte do Ministério Público, do Recurso em Sentido Estrito, por aplicação analógica do art. 581, inc. I, do Código de Processo Penal, pois também nessa hipótese, assim como ocorre na rejeição da denúncia ou queixa, estaria o Judiciário a rejeitar iniciativa postulatória da acusação.³⁴⁶ Essas são questões de suma importância para a utilização do instituto e que deverão ser retificadas pelo próprio legislador ou supridas pelos tribunais.

Ainda, poderá o juiz tomar a iniciativa de chamar o delator para ser ouvido em juízo, assim como as partes, mesmo se perdoado judicialmente ou não denunciado (§ 12). Afirma-se que tal disposição se afigura desnecessária, uma vez que qualquer pessoa pode ser arrolada como testemunha em processo de terceiro³⁴⁷.

Ao analisar o art. 209 do Código de Processo Penal³⁴⁸ isoladamente, o qual admite a possibilidade de o juiz requerer de ofício a oitiva de testemunhas não arrolada pelas partes, de fato seria possível considerar o § 12 desnecessário.

³⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 133.

³⁴⁶ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, cit., p. 26.

³⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 135.

³⁴⁸ “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem...”

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a oitiva de testemunhas não requeridas pelas partes viola os princípios constitucionais do juiz natural e da imparcialidade, podendo ocorrer excepcionalmente quando indispensável à resolução de importante controvérsia ou razoável dúvida, em respeito ao sistema acusatório³⁴⁹.

Portanto, essencial é a disposição do § 12 para que se estabeleça o poder do juiz de intimar o colaborador para ser ouvido, ainda que este não sofra qualquer tipo de processo, em razão do perdão judicial ou do não oferecimento da denúncia.

Outro dispositivo que baliza a atuação do juiz nos procedimentos de colaboração premiada é o regramento do § 6º, o qual impede que se considere apenas o teor da colaboração em uma decisão condenatória, podendo ocorrer apenas com fundamento em provas complementares³⁵⁰. Dada a importância da relativização do valor do teor da colaboração, essa norma será abordada em tópico específico.

Pode, a qualquer tempo, em razão da relevância da colaboração já prestada, o *parquet* ou delegado de polícia pedir ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador, conforme o § 2º, que ainda traz a previsão de aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal “no que couber”, que analisaremos no Capítulo 5.

3.3.6 A importância do defensor

A presença do defensor em todo o procedimento do acordo de colaboração premiada está prevista no § 15, do art. 4º, da Lei n. 12.850/2013, o qual se transcreve *ipsis litteris*:

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

³⁴⁹ STJ.

³⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 136.

Além disso, ao regular a aplicação do instituto, a lei sempre especifica os momentos em que é imprescindível a presença do defensor do colaborador, a exemplo do § 6º do art. 4º, que estabelece o papel de cada figura na proposição do acordo, excluindo o juiz das negociações e estipulando as duas hipóteses possíveis: acordo entre Ministério Público, acusado ou investigado e seu defensor ou entre delegado de polícia, investigado e seu defensor, com manifestação do *parquet*.

Dispõe, outrossim, que a oitiva sigilosa do colaborador pelo juiz, na hipótese do § 7º, só poderá ocorrer na presença do seu defensor, bem como as oitivas requeridas pelo Ministério Público e pelo delegado de polícia, conforme o § 9º. Em consonância com esses regramentos, deve-se considerar implícito tal requisito no § 12, que trata da ouvida do colaborador não denunciado ou que já obteve perdão judicial.

Claro está que a lei exige que o colaborador realize os atos do acordo de colaboração apenas acompanhado de defensor, ou seja, da “assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor, ou simplesmente advogado”³⁵¹. Logo, deverá sempre estar acompanhado de profissional regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

A necessidade da presença do defensor habilitado é essencial, uma vez que a colaboração premiada é acordo de importantes desdobramentos jurídicos e fáticos, sendo indispensável que o sujeito que irá realizá-la esteja bastante consciente das consequências que dela poderão advir³⁵².

Dado que na colaboração premiada é preciso haver confissão de prática de infração penal, há lógica em se exigir também os requisitos que a lei processual penal prevê para esse instituto, tal qual a presença do defensor durante o interrogatório (art. 185 do Código de Processo Penal)³⁵³.

³⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 224.

³⁵² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 76-77.

³⁵³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 77.

A lei está em conformidade, ainda, com a disposição geral do art. 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, bem como com o art. 8º, nº 2, “d”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura o direito do acusado de ter um defensor³⁵⁴.

A Constituição Federal prevê no art. 5º, inc. LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovam insuficiência de recursos”, tendo criado em seu art. 134, para a efetivação dessa garantia, a instituição da Defensoria Pública, que deve prestar aos necessitados orientação jurídica e defesa técnica³⁵⁵.

Como se vê, o direito de defesa técnica possui matriz constitucional e é um direito indisponível³⁵⁶. Logo, não tendo o colaborador constituído advogado particular, deverá ser acompanhado por defensor público ou dativo, que é o defensor nomeado pelo juiz (art. 263 do CPP), o qual também é remunerado pelo Estado, salvo na hipótese de se verificar que o defendido não era pobre, quando deverá arcar com os honorários arbitrados judicialmente³⁵⁷.

Patente a importância do defensor para o cumprimento do devido processo legal, razão pela qual a Lei n. 12.850/2013 expressamente o exige em todos os atos do acordo de colaboração, não podendo ser considerados válidos aqueles praticados na sua ausência. Além disso, o defensor deve ser responsabilizado se demonstrado que falhou em prover todas as informações necessárias ao acusado ou investigado ou se agiu em favor de interesse de terceiros.

3.3.7 A retratação

³⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 226.

³⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 225-226

³⁵⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado, cit.*, p. 408.

³⁵⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado, cit.*, p. 411.

Prevê a Lei n. 12.850/2013 a possibilidade de retratação da proposta de colaboração no art. 4º, § 10º, o qual se reproduz *ipsis litteris*:

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

O dispositivo não definiu os termos em que deve ocorrer a retratação. Delimitou apenas que “as partes” podem realizá-la, incluindo mais uma vez o delegado de polícia de forma imprópria como parte do processo.³⁵⁸

Infere-se que a regra concede ao colaborador, ao Ministério Público e ao delegado de polícia a possibilidade de voltar atrás na proposta de acordo de colaboração e sem exigir que se exponha as razões pela qual deseja fazê-lo³⁵⁹.

A possibilidade de retratação pelos legitimados para realizar a proposta de acordo pode trazer enormes prejuízos ao colaborador. Não seria demais imaginar que, *exempli gratia*, após obter provas a partir da colaboração, o Ministério Público desistisse do acordo, pois teria elementos suficientes para o fim almejado³⁶⁰.

A hipótese é possível, uma vez que se permite que as provas produzidas por meio da colaboração sejam utilizadas contra os corréus. Nesse sentido, fica vedada apenas a utilização das provas autoincriminatórias contra o próprio colaborador³⁶¹.

Ocorre que, em qualquer hipótese de retratação, mesmo quando se deu pela vontade do colaborador, o princípio que garante ao acusado o direito de não se autoincriminar estaria maculado irremediavelmente.

³⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 135.

³⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 70.

³⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 135.

³⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 136.

Uma maneira de amenizar o prejuízo para o réu seria a aplicação analógica do art. 157, § 3º, do CPP, a fim de se admitir a providência de inutilização física das provas documentadas e o desentranhamento quando já constante dos autos³⁶².

Como se denota, é mais uma das novas previsões relativas ao acordo de colaboração premiada – cujos contornos não restaram bem definidos – que trará prejuízos ao colaborador e mais ainda aos indivíduos apontados por ele como corresponsáveis, que teriam contra si prova produzida por acordo ilegal, que não produzirá efeitos.

3.4 A Valoração Probatória da Colaboração Premiada

Uma vez cumpridos todos os requisitos da colaboração premiada, não tendo havido retratação de nenhuma das partes, chega-se ao momento da sentença que definirá o prêmio da colaboração.

Trazida pela Lei n. 12.850/2013 como um dos “meios de obtenção de prova”, deixando muito claro que se trata a colaboração de um instrumento de auxílio no alcance da prova, conforme o texto do, art. 4º, § 16:

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

Assim, a colaboração premiada há de proporcionar a obtenção de provas, não podendo a palavra do colaborador isoladamente ser fundamento de uma condenação.

Nenhum valor probatório possui a colaboração de membro de organização criminosa que não é apta a levar à colheita de evidências suficientes para justificar uma condenação penal³⁶³.

O dispositivo seguiu entendimento consagrado pelos tribunais, a exemplo do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo³⁶⁴, ao tratar da

³⁶² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 72.

³⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 44.

delação do corréu³⁶⁵. Em última instância, o Supremo Tribunal Federal, já no ano de 1999, afirmou que “é certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório”³⁶⁶.

A reserva da jurisprudência, expressa agora em lei, se dá com a finalidade de evitar a premiação de agente que não tenha nada a delatar, mas que o faça, imputando falsamente fato criminoso a terceiro para se beneficiar³⁶⁷.

No direito italiano, de forte influência na utilização dessa modalidade de justiça negociada no Brasil, há significativos registros de casos nos quais se verificaram que as informações obtidas das delações eram falsas, resultando em enorme prejuízo aos processos³⁶⁸.

Para alguns, não servindo para a obtenção de provas, a colaboração premiada deve ser simplesmente desconsiderada, não possuindo valor probatório algum³⁶⁹. Para outros, a colaboração tem valor de “indício probatório”, que apenas servirá de sustentação a uma condenação se corroborado por outros elementos de convicção³⁷⁰.

Independentemente de ser considerado apenas um instrumento para a obtenção de prova ou um indício de prova em si, o resultado não muda: sozinha, a colaboração não poderá ensejar uma condenação.

³⁶⁴ TACRIM-SP – Rel. Lopes da Silva – RJTACrim 38/264 e TACRIM-SP – Rel. Aroldo Viotti – RJTACrim 36/339.

³⁶⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 77.

³⁶⁶ STF, RE 213.973-8/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 26-6-1999.

³⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 137.

³⁶⁸ CRISTIANI, Antonio. Il contributo dei collaboratori de la giustizia. In: *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 128, apud BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 137.

³⁶⁹ EL TASSE, Adel. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 269, jul. 2006.

³⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 137.

3.5 Os Direitos do Colaborador

A Lei n. 12.850/2013 traz em seu art. 5º os direitos do colaborador, *in verbis*:

Art. 5º São direitos do colaborador:

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

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

III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

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

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

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

O inc. I prescreve o direito à fruição de medidas de proteção previstas em lei específica, a Lei n. 9.807/1999, cujo Capítulo II trata da proteção aos colaboradores, direito este garantido pela determinação de que o termo do acordo de colaboração premiada deverá constar da especificação das medidas de proteção a este e sua família, quando necessário (art. 6º, inc. V)³⁷¹.

Conforme se depreende da parte final do inc. V do art. 6º da Lei n. 12.850/2013, as medidas de segurança apenas serão aplicadas se verificada a necessidade de proteção ao delator e a seus familiares. A lei de proteção estabelece que as medidas podem ser estendidas à família do colaborador, também quando necessário³⁷². Assim, aplicar-se-ão as medidas de proteção à integridade física previstas na Lei n. 9.807/1999, constatada a sua imprescindibilidade em razão de ameaça ou coação eventual ou efetiva, em benefício do colaborador preso ou solto (art. 15).

Tais medidas poderão ser: a separação do colaborador dos demais presos, quando estiver em prisão cautelar (§ 1º); o pedido de medidas cautelares ao juiz direta ou indiretamente relacionadas à eficácia da proteção

³⁷¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 78.

³⁷² GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 45.

durante o processo (§ 2º); e o pedido ao juiz de medidas especiais que protejam o condenado dos demais presos, no momento do cumprimento de pena em regime fechado (§ 3º). Preveem ainda a prioridade do inquérito ou processo criminal que envolvam o colaborador (art. 19-A)³⁷³. Outrossim, possuem a finalidade de proteger a incolumidade física do colaborador, bem como a de seus familiares e afins, as disposições do art. 5º, incs. II, III e IV, da nova Lei de Organizações Criminosas³⁷⁴.

Prevê o inc. II a possibilidade de o colaborador ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservadas. A Lei n. 9.807/1999, que, conforme vimos, trata da proteção de vítimas e testemunhas, incluindo colaboradores, alterou a Lei n. 6.015/1973, possibilitando a alteração de nome completo destes³⁷⁵. Logo, desde o ano de 1999, a Lei de Registros Públicos permite a alteração de nome e prenome do colaborador que tenha sofrido coação ou ameaça decorrente de colaboração, com fulcro no art. 57, § 7º, e art. 58, parágrafo único. Também é medida de proteção ao nome do colaborador, bem como à sua imagem e a informações pessoais, a limitação da publicidade no que diz respeito aos atos de que este participar³⁷⁶.

Reforça a proteção de tais direitos personalíssimos o inc. V, o qual prevê que o colaborador tem direito a não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação nem ser fotografado e filmado sem que autorize por escrito. Para inibir tal conduta extremamente prejudicial ao colaborador, a lei, em seu art. 18, previu como crime o ato de “revelar a identidade, fotografar, filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito”³⁷⁷.

O colaborador tem também direito a ser conduzido ao juízo separadamente dos demais coautores ou partícipes, além de participar das audiências sem que possa ter contato visual com estes e de cumprir a pena em estabelecimento diverso dos demais corréus ou condenados.

³⁷³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 78.

³⁷⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 79.

³⁷⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 79.

³⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 45.

³⁷⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 79.

Nas penitenciárias do Brasil não é realizada a separação dos presos conforme ordena a Lei de Execução Penal, que existe desde o ano de 1984 – dificilmente o direito ao cumprimento de pena em estabelecimento diverso é rigorosamente observado, o que pode resultar em consequências graves e negativas.³⁷⁸

Todos esses direitos do colaborador são de grande importância, pois visam à proteção da própria vida deste e de seus parentes, devendo ser pleiteados pelos interessados e protegidos pela Justiça e pelo Ministério Público enquanto fiscais da lei.

³⁷⁸ Já sob a égide da Lei n. 12.850/2013, foi noticiado homicídio de delator premiado por coautor, com quem dividia a cela da cadeia. Delator do estupro coletivo no Piauí é morto dentro de cela. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/07/17/delator-do-estupro-coletivo-no-piaui-e-morto-dentro-de-cela.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CAPÍTULO 4 – A COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

4.1 Princípios da Obrigatoriedade, da Oportunidade e da Discricionariedade Regrada

No direito processual penal, além dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, há aqueles próprios do Processo Penal. A obrigatoriedade é um dos princípios específicos da Ação Penal Pública³⁷⁹. Alguns teóricos tratam-na não como princípio, mas como uma regra³⁸⁰ da ação penal de iniciativa pública, juntamente com a oficialidade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência³⁸¹.

A oficialidade é extraída da determinação do art. 129, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁸², que estabelece que a titularidade da ação penal pertence ao Ministério Público Federal ou Estadual, devendo ser exercida por meio da apresentação de denúncia³⁸³. Logo, trata-se de uma obrigação do órgão acusatório sempre que estiverem preenchidas as condições da ação penal, conforme se depreende do art. 24 do Código de Processo Penal³⁸⁴, do qual, por sua vez, se extrai a norma não expressa da obrigatoriedade³⁸⁵.

³⁷⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 43.

³⁸⁰ Sobre a distinção entre norma-princípio e norma-regra, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³⁸¹ Sobre a definição dessas regras/princípios, ver LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 384-405.

³⁸² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei...”

³⁸³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 384.

³⁸⁴ “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

³⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 384-385.

Portanto, é um dever do representante do *parquet* dar início à ação penal quando os requisitos legais estiverem presentes, cabendo ao juiz a realização do controle da observância ao Princípio da Obrigatoriedade, conforme estabelece o art. 28 do Código de Processo Penal³⁸⁶, o qual analisaremos mais adiante.

É também denominado de Princípio da Legalidade³⁸⁷ e tem como fundamento a necessidade de uma resposta jurídica indispensável ao cometimento de um delito, não sendo admissível em um Estado Democrático de Direito que o órgão responsável pela acusação possa renunciar a tal dever³⁸⁸.

A atividade persecutória do Ministério Público, relativamente ao início do Processo Penal, também pode ser orientada por outro princípio político, o da Oportunidade, segundo o qual o Ministério Público possui a faculdade de propor a ação penal pelo cometimento de um delito e não um dever ou obrigação jurídica³⁸⁹.

O Princípio da Oportunidade permite ao *parquet* realizar ponderações e decisões em razão de critérios de política criminal com ampla discricionariedade³⁹⁰. Pondera Cláudio José Langroiva Pereira que possuiria o Princípio da Oportunidade uma sintonia com o pensamento de Claus Roxin, no sentido de que evitar decisões com base em política criminal é ater-se a um positivismo formal, o que gera um distanciamento da realidade social³⁹¹.

³⁸⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 74.

³⁸⁷ Há autores que entendem que a nomenclatura mais apropriada é somente a “obrigatoriedade”, discordando da denominação desse princípio de legalidade, a exemplo de Antônio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*, cit., p. 198).

³⁸⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 23.

³⁸⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1980, p.88.

³⁹⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 385.

³⁹¹ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Sobre princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 61.

Esses critérios de conveniência e oportunidade são adotados para a ação penal no direito inglês, bem como no norte-americano³⁹². No Brasil, tal princípio não foi adotado para a ação de iniciativa pública³⁹³, tendo vigência, no entanto, em ações de iniciativa privada, hipótese na qual cabe ao ofendido decidir sobre se lhe é conveniente ajuizar ação penal e quando (dentro do prazo decadencial de seis meses)³⁹⁴.

Houve uma tendência nos países adeptos da estrita obrigatoriedade, segundo a tradição jurídica portuguesa e espanhola, de abrir espaço a uma oportunidade regulada por lei, que recebeu a denominação, no Código de Processo Penal italiano de 1988, de discricionariedade regulada, a qual admite, nos casos específicos previstos em lei, uma oportunidade exercida sob o controle do juiz³⁹⁵. A substituição do Princípio da Obrigatoriedade haveria se dado em razão da necessidade de se selecionar comportamentos que verdadeiramente demandassem o rigor da persecução penal³⁹⁶.

Na legislação brasileira, com o advento da Lei n. 9.099/1995, que surgiu em razão do postulado constitucional relativo à criação de Tribunais Especiais Criminais para o processamento e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo³⁹⁷, criou-se a possibilidade de o acusador transacionar com o autor do fato, adotando-se, assim, a discricionariedade regrada³⁹⁸.

A Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995) trouxe a possibilidade de o órgão de acusação propor a aplicação de pena sem apresentar denúncia em casos de Ação Penal Pública (incondicionada ou sujeita à

³⁹² BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón, p. 43-44. Disponível em: <http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

³⁹³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 385.

³⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 405.

³⁹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59.

³⁹⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 25.

³⁹⁷ Art. 98, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁹⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 74.

representação)³⁹⁹. No entanto, aqui a não obrigatoriedade da Ação Penal Pública está sujeita aos limites da lei. Afirma-se que nem sequer poderia falar-se em adoção do Princípio da Oportunidade, pois não há propriamente uma discricionariedade do *parquet* em não apresentar a denúncia, uma vez que não deixará de fazê-lo em razão de critérios de conveniência e política criminal, mas, sim, em razão de um poder-dever⁴⁰⁰.

Os Tribunais Superiores firmaram entendimento no seguinte sentido: se o representante do Ministério Público não apresentar a proposta de transação penal, poderá o juiz remeter os autos ao procurador-geral de justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, malgrado não se tratar de direito subjetivo do acusado, não podendo o juiz propô-lo diretamente⁴⁰¹.

Logo, nos casos em que a lei prevê a possibilidade de não haver a apresentação de denúncia para o início da Ação Penal Pública, não existe uma liberdade plena do acusador para decidir por critérios de conveniência e oportunidade, estando este, na realidade, adstrito aos requisitos da lei e ao controle do magistrado. De fato, não há como afirmar que houve a adoção do Princípio da Oportunidade propriamente dito.

O que se deu com a criação do instituto despenalizante da transação penal foi a relativização do Princípio da Obrigatoriedade, bem como a incorporação de uma nova concepção ao sistema processual penal, qual seja, a da discricionariedade regrada. Esta, por sua vez, trata de situações restritas e devidamente disciplinadas nas quais o *parquet* possui uma margem limitada de negociação com o acusado, que deve respeitar rígidos critérios legais⁴⁰².

José Frederico Marques entende que ambos os princípios podem conviver em um mesmo sistema, não podendo o da Obrigatoriedade ser

³⁹⁹ Art. 76 da Lei 9.099/1995: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

⁴⁰⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 214.

⁴⁰¹ STF, Plenário, HC 75.343-MG, julgamento em 12.11.1997 (Boletim Informativo 92), e STJ, 5ª Turma, REsp 261.570/SP, DJU 18.06.2001.

⁴⁰² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 386.

inflexível, do mesmo modo que o da Oportunidade não deve ser adotado sem limitações, controle ou providências supletivas⁴⁰³.

Mais verdadeiramente parece coadunar-se com o sistema processual penal constitucional brasileiro a concepção de que o Princípio da Obrigatoriedade deve reinar como norma geral, admitindo-se apenas algumas exceções por meio de previsão legal⁴⁰⁴ e, ainda, de maneira suficientemente regulada. Por exemplo, temos a hipótese da Lei n. 9.099/1995, que trata de crimes de menor potencialidade ofensiva e de política de desabarroamento do Judiciário, razões suficientes para justificar tal abrandamento do dever do *parquet*.

A celeuma que surge com a nova Lei é: a criação da possibilidade de não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público (art. 4º, § 4º), mesmo tratando-se “do seríssimo problema das organizações criminosas”, ou seja, dos mais graves casos existentes da ordem social⁴⁰⁵, mesmo sem se fazer nenhuma menção a qualquer tipo de controle de cumprimento dos requisitos para a concessão de prêmio.

De acordo com o estudado e com as linhas de pensamento que adotamos, quais sejam, aquelas que mais observam a constitucionalidade das normas e a principiologia do processo penal⁴⁰⁶, não se afigura correto deixar de realizar a persecução penal daquele que cometeu um delito por critérios de conveniência e oportunidade do representante do órgão acusador.

Admite-se apenas a Discrecionariade Regrada, que se utiliza de critérios de política criminal apenas para a seleção das hipóteses que constarão da lei para o abrandamento do Princípio da Obrigatoriedade.

⁴⁰³ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. V. II. São Paulo: Saraiva, 1980, p.89.

⁴⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 198.

⁴⁰⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

⁴⁰⁶ Tal como fazem Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, além de Antonio Scarance Fernandes, nas obras citadas.

4.2 O Art. 28 do Código de Processo Penal

Conforme estudado, na Ação Penal Pública incide o Princípio da Obrigatoriedade. Por isso, o Ministério Público fica obrigado a intentar a Ação Penal Pública quando satisfeitas as suas condições, não realizando qualquer juízo de discricionariedade, ou seja, de oportunidade ou conveniência⁴⁰⁷.

Somente na exceção ao Princípio da Obrigatoriedade que faz a Lei dos Juizados Especiais, o *parquet* poderá deixar de promover ação penal fora das hipóteses do Código de Processo Penal, quais sejam a de não haver fato típico, de a autoria da infração penal não ser conhecida ou, ainda, de não haver um mínimo de prova⁴⁰⁸.

Logo, não sendo caso de instauração de processo penal, o Ministério Público deve, de forma fundamentada, requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, conforme prevê o art. 28 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Conforme se estabelece, atribui-se ao juiz o papel de fiscal do Princípio da Obrigatoriedade, conferindo-lhe o dever de remeter os autos ao procurador-geral de justiça quando discordar das razões que fundamentaram o pedido de arquivamento pelo *parquet*⁴⁰⁹. A partir daí, o chefe do Ministério Público, se concordar com o juiz, oferecerá ou remeterá a denúncia a outro membro da instituição para fazê-lo. Mas caso venha a concordar com o promotor, insistirá

⁴⁰⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal, cit.*, p. 121.

⁴⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 28-29.

no pedido de arquivamento, sendo, nessa ocasião, o magistrado obrigado a acolhê-lo⁴¹⁰.

O delegado de polícia não dispõe da possibilidade de arquivar o inquérito, como expressamente proíbe o art. 17 do Código de Processo Penal⁴¹¹, sendo o *dominus litis* do Ministério Público, indubitavelmente, a quem pertence a *opinio delicti*.⁴¹² Também por essa razão, jamais poderá o magistrado requerer o arquivamento de ofício⁴¹³.

Como se vê, o inquérito policial é indisponível tanto para o delegado quanto para o Ministério Público, podendo o arquivamento ser deferido apenas pelo juiz da causa⁴¹⁴. Ainda que dependa da requisição do membro do *parquet*, a decisão final que possibilita o arquivamento é do magistrado.

Entende-se que, em última análise, os dispositivos supramencionados estariam a impor o controle jurisdicional do arquivamento do inquérito, pois admitir que cabe ao Ministério Público a última palavra quanto ao arquivamento do inquérito policial seria contrariar o Princípio da Obrigatoriedade, ou seja, o art. 24 do Código de Processo Penal, atribuindo ao órgão acusatório amplo poder discricionário⁴¹⁵, o que não condiz, em regra, com sistema processual penal brasileiro, conforme estudado exhaustivamente no tópico anterior.

Haveria controle jurisdicional, inclusive, quando o juiz, discordando do pedido de arquivamento, remete os autos ao procurador-geral⁴¹⁶. A partir desse momento, três são as opções: poderá o chefe do Ministério Público oferecer denúncia, ou designar um de seus membros para fazê-lo⁴¹⁷, ou insistir no

⁴¹⁰ Ibidem, p. 29.

⁴¹¹ “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.”

⁴¹² RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 213.

⁴¹³ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 54.

⁴¹⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 54.

⁴¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 386.

⁴¹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 386.

⁴¹⁷ Nos filiamos ao entendimento de que, não concordando o promotor justiça designado com a apresentação da denúncia, outro deve ser instado a fazê-lo, a fim de que seja preservada sua

pedido de arquivamento, estando o juiz brigado a acolhê-lo, uma vez que não pode dar início à ação penal sem que haja acusação⁴¹⁸.

Faz-se necessário, de forma sucinta, trazer um debate técnico, relativamente ao argumento de que, do modo como disposto atualmente, o ato do juiz de fiscalizar o arquivamento seria meramente administrativo, tratando-se de uma decisão judicial, e não jurisdicional, como explica Afrânio Jardim:

Como se vê, no procedimento de arquivamento, o Juiz funciona como fiscal do princípio da obrigatoriedade, exercendo uma função anômala, porque não jurisdicional. Destarte, a decisão de arquivamento jamais terá a eficácia de uma sentença de mérito. Não havendo ação, jurisdição ou processo, tal decisão não fica protegida pelo manto da coisa julgada. Cuida-se de decisão judicial, porque prolatada pelo Juiz, mas de natureza não jurisdicional. Note-se, inclusive, que, na hipótese de remessa dos autos ao Procurador-Geral, substancialmente, a decisão de não propor a ação penal é deste órgão do Ministério Público. Na medida em que o Juiz "estará obrigado a atender" à manifestação do Procurador-Geral, o ato judicial subsequente tem caráter meramente formal⁴¹⁹.

Jurisdição é a atividade do Estado de aplicar o direito objetivo, que resulta em uma decisão imutável⁴²⁰. Uma vez que a decisão de arquivamento não impede o oferecimento de nova denúncia, que pode ocorrer em razão do surgimento de novas provas⁴²¹, tratar-se-ia mesmo de decisão não jurisdicional, embora emanada de um juiz⁴²².

Jacinto Coutinho, no entanto, afirma que a decisão de arquivamento é ato jurisdicional, admitindo a necessidade de ser terminativa de processo e entendendo que o que existe até a decisão de arquivamento é um processo cautelar⁴²³.

independência funcional, consagrada no art. 127, §1º, da CF/88. PACELLI, p. 72 e LOPES, JR, p. 385. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 219.

⁴¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 386.

⁴¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Teoria da ação penal pública. In: *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120.

⁴²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*, cit., p. 195-196.

⁴²¹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 56.

⁴²² CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 775.

⁴²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista do Processo*, ano 18, n. 70, p. 54, abr./jun. 1993.

Todavia, parece mesmo que a atuação do juiz, descrita no art. 28 do Código de Processo Penal, trata-se de decisão judicial, proferida por magistrado, que, porém, não é jurisdicional, já não diz o Direito e não está sujeita a revisão. Independentemente da sua natureza, entendemos ser indispensável o controle do pedido de arquivamento pelo juiz, o que, no entanto, para Paulo Rangel importa no desrespeito ao sistema acusatório.⁴²⁴

Em razão desse entendimento relativo à dissonância com o sistema processual penal acusatório, foi criado projeto de lei na Câmara dos Deputados para propor um novo texto ao mencionado art. 28⁴²⁵, conferindo o poder de arquivar os autos do inquérito policial ao Ministério Público, que deveria ser homologado ou rejeitado somente pelo seu órgão superior⁴²⁶. A matéria restou prejudicada⁴²⁷, tendo sido tratada pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que na redação proposta no art. 37 pretendia atribuir ao *parquet* o poder de determinar o arquivamento do inquérito⁴²⁸. Veja-se:

Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

O Projeto de Lei do Senado Federal n. 156/2009 tramita hoje na Câmara dos Deputados sob o n. 8.045 de 2010, porém com nova redação, a qual não traz grandes modificações no procedimento ora vigente, como se pode observar:

Art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência dos elementos de convicção, seja por outras razões de direito.

Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou

⁴²⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal, cit.*, p. 216.

⁴²⁵ Projeto de Lei n. 4209/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26559>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁴²⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal, cit.*, p. 213.

⁴²⁷ Informação disponível no sítio da Câmara dos Deputados, em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26559>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁴²⁸ Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182956>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender⁴²⁹.

A reforma do Código de Processo Penal mantém o controle pelo juiz do pedido de arquivamento, embora conserve a disposição de ter que aceitá-lo quando assim requerer o chefe do *parquet* ou quem lhe faça às vezes. Nesse sentido, filiamo-nos ao entendimento de que inalterar o procedimento da realização de remessa ao procurador-geral, obrigando o juiz a acatar a decisão que aquele tomar significa condicionar o magistrado como “apenas o impulsionador da revisão interna no Ministério Público”⁴³⁰.

De outra perspectiva, deixar a decisão definitiva sobre o arquivamento a cargo do Ministério Público, mesmo com o aval de procurador-geral ou, conforme pretendia o PL n. 4.209/2001, do Conselho Superior do Ministério Público, dá espaço ao corporativismo institucional⁴³¹, bem como ao Princípio da Oportunidade⁴³², o que não está de acordo com a principiologia do processo penal brasileiro.

É quase um consenso na doutrina que o art. 28 do Código de Processo Penal merece uma reforma, seja em razão da necessidade de se retirar do Ministério Público a última palavra quanto ao arquivamento, em prestígio ao Princípio da Obrigatoriedade⁴³³; seja para retirar a participação de juiz do procedimento, pois seria medida mais harmônica com sistema acusatório⁴³⁴. Conforme supramencionado, voltou-se atrás, ao menos até o momento, na iniciativa de realizar a tão almejada reforma no procedimento de arquivamento dos autos e das peças de investigação.

⁴²⁹ Texto definitivo do PL n. 8045/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁴³⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.

⁴³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal, cit.*, p. 108.

⁴³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista do Processo*, ano 18, n. 70, p. 52, abr./jun. 1993.

⁴³³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal, cit.*, p. 216.

⁴³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 386.

Acreditamos ser atuação do juiz, nesses casos, indispensável. Da mesma forma que o juiz precisa avaliar se foram cumpridos os requisitos para o início da ação penal, com a possibilidade de rejeitar a denúncia⁴³⁵ ou recebê-la⁴³⁶, não cabendo ao representante do Ministério Público a última palavra sobre se a ação penal deve ser perpetrada, há o magistrado que se manifestar quanto ao pedido de arquivamento quando verificar o cumprimento daqueles mesmos requisitos, o que não configura um desrespeito ao Princípio Acusatório.

A iniciativa da ação penal não deixa de pertencer ao Ministério Público, conforme demanda a Constituição Federal em seu art. 129, I, e o Princípio da Oficialidade que dele decorre; além disso, não estaria o juiz a agir como investigador ou órgão acusador, segundo veda o Princípio Acusatório, decorrente do sistema processual penal adotado pela Carta Maior. Nesse sentido, o magistrado apenas realizaria o controle de legalidade de ato que entende estar em desconformidade com o estabelecido no Código de Processo Penal. No Estado Democrático de Direito atribui-se ao juiz o dever de ser o controlador da legalidade e garantidor do respeito aos “direitos fundamentais de todos e de cada um”⁴³⁷. Ademais, é uma característica do neoconstitucionalismo a primazia da Constituição marcada por uma forte atuação do Judiciário.

O que não se pode admitir é o prestígio ao Princípio da Oportunidade, o qual, como demonstrado, não foi acolhido pelo sistema processual penal brasileiro⁴³⁸, podendo o representante do *parquet* apenas requerer o arquivamento do inquérito policial em razão da impossibilidade de ajuizamento da ação penal pela ausência de condições básicas⁴³⁹, porém não em razão de qualquer juízo discricionário, o que deve ser fiscalizado pelo juiz, ainda que, conforme manda o art. 28, esteja vinculado à necessidade de remessa ao procurador-geral.

⁴³⁵ Art. 395 do Código de Processo Penal.

⁴³⁶ Art. 386 do Código de Processo Penal.

⁴³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 281.

⁴³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, p. 385.

⁴³⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal, cit.*, 384.

4.3 Da Impossibilidade de Aplicação do Art. 28 do Código de Processo Penal ao Procedimento da Colaboração Premiada

A nova Lei de Organização Criminosa trouxe a previsão de, a qualquer tempo, em razão da relevância da colaboração já prestada, poder o *parquet* ou o delegado de polícia pleitear a concessão do perdão judicial para colaborador. Ademais, prevê a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal “no que couber”. Importante a leitura do texto do dispositivo:

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

As críticas a esse dispositivo são muitas. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato consideram “inexplicável” a remissão ao art. 28 do Código de Processo Penal, acrescentando:

A menção é incompreensível por várias razões. Em primeiro lugar, não se trata de uma situação de arquivamento. Em nenhum caso o Promotor de Justiça abre mão da persecução. O que existe é uma situação de produção probatória trocada por benesses processuais. O que dizer, então, das situações ridículas aventadas pela lei de negociação entre a defesa e o Delegado de Polícia? O feito seria remetido ao Delegado-Chefe? Ao secretário de Segurança Pública? Ou ao Procurador-Geral de Justiça? E se houvesse discordância do agente do Parquet em primeiro grau? Ainda assim caberia remessa?⁴⁴⁰

De logo, cumpre pontuar a incongruência da previsão de possibilidade de o pedido de perdão judicial ser realizado pelo delegado de polícia. Conforme visto, não pode o delegado dispor do inquérito policial, além do fato de ser inconstitucional a permissão de este efetuar o acordo de colaboração premiada. Da mesma forma, demonstra-se absurda tal previsão ao admitir a retirada do poder do Estado de impor a sanção penal, o que poderia ocorrer, inclusive, à revelia do Ministério Público⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 124.

⁴⁴¹ SILVA, Eduardo Araújo da. Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei n. 12.850/2013. Disponível em: <midia.apmp.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Ademais, como apontam os referidos autores, não se imagina qualquer cenário lógico e legal no qual se possa aplicar o art. 28 quando o acordo for firmado pela iniciativa do delegado de polícia.

Incongruente com o Processo Penal brasileiro a exigência da remessa dos autos ao procurador-geral de justiça em razão do delegado de polícia, o que, de acordo com o dispositivo em comento, poderia ocorrer mesmo quando o promotor ou procurador de justiça discordasse da representação pelo perdão judicial da autoridade policial⁴⁴².

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato entendem que seria possível apenas a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal em razão da requisição de perdão judicial realizado pelo representante do *parquet*, sendo inconstitucional quando decorrente de representação do delegado de polícia⁴⁴³.

Todavia, acreditamos não ser possível sequer o *parquet* decidir sobre o exercício do *jus puniendi* estatal⁴⁴⁴. A concessão do perdão judicial implicaria a extinção da punibilidade⁴⁴⁵, e não o arquivamento do processo⁴⁴⁶ – daí a não possibilidade de se fazer um paralelo com a hipótese prevista no art. 28 do Código de Processo Penal. Portanto, é incabível a remessa dos autos ao procurador-geral em razão da não concordância do juiz com o pedido ou a representação pelo perdão judicial imediato. Vicente Greco Filho também apresenta críticas à previsão:

O § 2º ressalva a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, que disciplina a remessa dos autos ao Procurador-Geral se o juiz discorda do pedido de arquivamento do inquérito policial, referência absolutamente inútil, porque a proposta feita pelo Ministério Público não é vinculante, nos termos do art. 385 do mesmo diploma⁴⁴⁷.

⁴⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 124.

⁴⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 124.

⁴⁴⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Da inconstitucionalidade da proposta...*, cit.

⁴⁴⁵ Art. 107 do Código Penal – Extingue-se a punibilidade: (...) IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

⁴⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 124.

⁴⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente, ob. cit., p. 41. INFORMAR OBRA.

Ao analisar a parte final desse dispositivo, constata-se, outrossim, que o legislador pretendeu impor a remessa dos autos ao procurador-geral com a finalidade de que este proferisse decisão definitiva quanto à avaliação do cabimento do perdão judicial, o que é ato privativo de magistrado⁴⁴⁸.

A disposição em análise afronta o art. 385 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a decisão do Poder Judiciário não está vinculada à proposta do órgão acusatório⁴⁴⁹.

Logo, não se pode admitir, por força do artigo mencionado, que o *parquet* imponha a sua opinião no que diz respeito à aplicação do perdão judicial, usurpando a função do juiz ou revisando a sua decisão.

Ainda, o fundamento mais importante para que se impeça a aplicação do dispositivo em apreço é o fato de que nem o membro do Ministério Público, nem o procurador-geral têm poder para decidir sobre a concessão do perdão judicial, que é ato privativo do magistrado no momento da sua decisão⁴⁵⁰.

Assim, cabe apenas ao juiz extinguir a punibilidade do agente em razão de concessão do perdão judicial, jamais podendo os outros atores da persecução penal dar a última palavra sobre o poder de punir do Estado.

Por esse motivo, defendemos a total inaplicabilidade do art. 28 do Código de Processo Penal na hipótese de pedido de perdão judicial a ser concedido fora do momento da sentença judicial.

Repise-se que o dispositivo, se aceito da forma como redigido, admitindo a desnecessidade do deferimento final pelo juiz da causa, configuraria total desrespeito ao Princípio da Obrigatoriedade da ação penal, quando o pleito do perdão judicial for realizado anteriormente ao ajuizamento da ação penal, bem como ao Princípio da Indisponibilidade que daquele decorre, o qual implica a

⁴⁴⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 52.

⁴⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 41.

⁴⁵⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 52.

impossibilidade de o Ministério Público desistir da ação penal depois de iniciada⁴⁵¹, isso quando o pedido fosse realizado durante a fase processual.

Guilherme de Souza Nucci entende que a menção ao art. 28 do Código de Processo Penal diz respeito unicamente à possibilidade de o juiz invocá-lo quando da não apresentação da proposta de perdão judicial por parte do membro do Ministério Público⁴⁵².

Esse ponto de vista é calcado em um paralelo com a possibilidade de o juiz realizar a remessa prevista no art. 28 quando o representante do *parquet* não apresentar proposta de suspensão condicional do processo, verificando o magistrado que estão cumpridos os requisitos necessários para tanto, conforme consolidado na Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal⁴⁵³.

A Lei n. 9.099/1995, assim como fez ao prever a transação penal como uma atenuação do Princípio da Obrigatoriedade da ação penal, também temperou o Princípio da Indisponibilidade com a criação da suspensão condicional do processo, que implica a extinção da punibilidade⁴⁵⁴.

Ocorre que o Supremo admitiu, nesses casos, a aplicação por analogia do art. 28 em razão de entender que a suspensão condicional do processo é poder-dever do órgão acusador⁴⁵⁵.

No entanto, não é possível admitir que a apresentação do pedido de perdão judicial seja um poder-dever do *parquet* (muito menos do delegado de polícia), pois, em realidade, trata-se de uma “moeda de troca” para a obtenção de informações junto ao acusado de ser membro de uma organização criminosa.

⁴⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 74.

⁴⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 55.

⁴⁵³ Súmula 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.”

⁴⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 387.

⁴⁵⁵ STF – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RHC 115997 PA (STF), data de publicação: 19/11/2013.

Note-se que em nenhuma outra hipótese em que se prevê o perdão judicial existe um dever por parte do Ministério Público de requerê-lo ao julgador, podendo até mesmo o juiz concedê-lo de ofício⁴⁵⁶.

Repise-se que não cabe ao juiz a iniciativa para a proposta de benefício, não sendo possível, portanto, sujeitar os legitimados à proposição do acordo ao benefício que não pretenderam apresentar.

Logo, no caso do procedimento da colaboração premiada, de fato, não pode o juiz reconhecer o perdão judicial de ofício, pois se trata de benefício que deve ser proposto em acordo apresentado pelos legitimados previstos na lei – o Ministério Público e o delegado de polícia.

Estes, porém, não possuem um poder-dever de pedir o perdão judicial, mas somente uma faculdade, em razão dos Princípios da Obrigatoriedade e Indisponibilidade da ação penal. Assim, cabe ao juiz dar a última palavra sobre o cabimento do perdão judicial, e a consequente extinção da punibilidade.

Em conclusão, a proposta que se faz quanto à leitura de § 2º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 é a de que a previsão de aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal é completamente desnecessária, devendo simplesmente o juiz recusar a proposta se com ela não concordar⁴⁵⁷.

Independentemente da interpretação que se faça para atribuir lógica à aplicação do art. 28 do Código do Processo Penal, indubitável que fora disposto de forma confusa, sendo inaplicável, bem como à hipótese aventada para a sua incidência por analogia, conforme analisaremos no item 4.4.1.

⁴⁵⁶ EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ARTIGO 302, CAPUT, DO CTB. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APLICAÇÃO DE OFÍCIO DO PERDÃO JUDICIAL, COM O RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. (TJ-PR – ACR: 2973864 PR Apelação Crime – 0297386-4, Relator: Luis Espíndola, Data de Julgamento: 22/09/2005, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/10/2005 DJ: 6970.)

⁴⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 41.

4.4 A Previsão de Não Oferecimento de Denúncia pelo Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade

Na contramão dos referidos princípios constitucionais, bem como do Princípio da Obrigatoriedade, o § 4º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 estabeleceu a possibilidade de o representante do *parquet* deixar de apresentar denúncia quando o colaborador não for o líder da organização e for o primeiro a colaborar efetivamente, conforme tratado estudado no item 3.1.3. Foram apontadas as controvérsias relativas à insegurança jurídica a que se expõe o colaborador, que não possuiria acordo escrito e homologado – isso inviabilizaria a comprovação do cumprimento dos requisitos e a garantia das medidas de proteção⁴⁵⁸.

Há a impossibilidade de se atribuir vantagem ao colaborador sem a existência de um processo que viabilize a verificação dos resultados da colaboração, exigência expressa da lei para a concessão de benefícios, que deveria ser concedida apenas em sentença judicial. Ainda, há a dificuldade de constatar se o colaborador não era o líder da organização criminosa antes mesmo da fase instrutória⁴⁵⁹. Como se vê, inegável a imprescindibilidade de processo para o colaborador, inclusive em seu benefício.

Por essas razões, entendemos que, apesar de não constar de forma expressa no dispositivo em análise, a não apresentação da denúncia deve estar vinculada à realização de acordo escrito que venha a ser homologado pelo magistrado⁴⁶⁰. Para além de tudo quanto é alegado, o Princípio da Obrigatoriedade impõe que o Ministério Público ofereça denúncia sempre que presentes as condições da ação, o que só não ocorreria nas hipóteses previstas expressamente em lei, quando se admitiria uma discricionariedade regrada, conforme estudamos.

⁴⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 57.

⁴⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

⁴⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa...*, cit., p. 57.

Estaria, portanto, a nova Lei de Organização Criminosa a criar mais uma hipótese na qual se admite a discricionariedade regrada do órgão acusador, assim como fez a Lei n. 9.099/1995, ao implementar a transação penal? Da forma como prevista na lei, o não oferecimento da denúncia sujeita-se apenas a uma análise de conveniência e oportunidade pelo representante do Ministério Público, uma vez que nada fala sobre a atuação do magistrado nessas hipóteses, regra que se mostra em descompasso com o Processo Penal brasileiro.

Entendemos não parecer razoável admitir a discricionariedade para iniciar a ação penal no caso de crime de organização criminosa ou por esta praticado, já que se trata de delito de enorme gravidade⁴⁶¹. Ademais, conforme discutido, nem sequer para os crimes de menor potencial ofensivo admitiu-se a atuação do *parquet* pautada em critérios de conveniência e oportunidade, em oposição ao Princípio da Obrigatoriedade, que, como regra, impera no Processo Penal brasileiro, mas apenas um abrandamento deste, por razão de política criminal.

Logo, se admitida a validade do § 4º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, entenderemos que impera uma discricionariedade regrada, ou seja, o representante do Ministério Público está estritamente adstrito às hipóteses previstas na legislação, quais sejam: a de ser o colaborador o primeiro a prestar efetiva colaboração, bem como de não ser o líder da organização criminosa, cabendo, ainda, o indispensável controle por parte do juiz do cumprimento dos requisitos da lei.

Portanto, se entendida válida a previsão do § 4º do art. 4º da nova Lei de Organização Criminosa, parece-nos necessária a leitura de que, malgrado não preveja a lei expressamente, deve constar do acordo de colaboração como proposta a não apresentação de denúncia, o qual deve, necessariamente, ser homologado pelo juiz⁴⁶².

⁴⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

⁴⁶² GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 42.

4.4.1 A inaplicabilidade por analogia do art. 28 do Código de Processo Penal

Faz-se necessário compreender do que se trata a analogia. Conforme ensina Tourinho Filho, “é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro”⁴⁶³.

Cumprir consignar que difere do método de interpretação analógica, o qual tem cabimento nas hipóteses determinadas pela própria lei quando deseja abarcar casos análogos, enquanto a analogia tem aplicação para possibilitar a integração do ordenamento jurídico⁴⁶⁴. Outrossim, não se confunde com a interpretação extensiva – método de interpretação utilizado quando se verifica regra que trate do caso em concreto, porém com uma redação imprecisa, a qual é adaptada para se alcançar a vontade da lei⁴⁶⁵. Assim, para que se utilize a analogia, é necessário haver uma carência de disposição específica para um caso e que este seja essencialmente idêntico a outro que possui regulação⁴⁶⁶.

A doutrina propõe a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal em alguns momentos do procedimento da colaboração⁴⁶⁷. Conforme estudado, o § 4º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 prevê a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia quando verifica que o colaborador não é o líder da organização criminosa e se for o primeiro a firmar acordo de colaboração, com o devido cumprimento dos requisitos.

Argumenta-se que, se há a necessidade de ratificação por órgão superior do Ministério Público para os casos de arquivamento do inquérito civil (fatos menos graves) e, em alguns casos, do inquérito policial (relacionados até mesmo a fatos sem relevância penal), muito mais necessidade teria o controle

⁴⁶³ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 201.

⁴⁶⁴ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal, cit.*, p. 201.

⁴⁶⁵ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo penal, cit.*, p. 201.

⁴⁶⁶ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Tradução de J. J. Ortega Torres. Bogotá: Ed. Themis, 1954, p.177.

⁴⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 42.

do arquivamento de investigação que tratasse do grave crime de organização criminosa⁴⁶⁸.

O arquivamento de inquérito possui natureza jurídica de ato administrativo complexo, que exige a manifestação de vontade do promotor de justiça e, posteriormente, do juiz⁴⁶⁹. De fato, é inadmissível a ausência de controle de ato de grande importância, qual seja, o arquivamento de inquérito policial que apura delito de organização criminosa devido à realização de acordo de colaboração. Por isso, filiamo-nos ao entendimento de que a proposta de não oferecimento da denúncia formulada pelo *parquet* deve estar condicionada à homologação do magistrado⁴⁷⁰.

Vicente Greco Filho entende que deve ser aplicado o art. 28 do Código de Processo Penal analogicamente ao § 4º, pois a não apresentação da denúncia pelo *parquet* configura hipótese especial de arquivamento de inquérito policial, devendo os autos serem remetidos ao procurador-geral no caso de o magistrado não estar de acordo com o arquivamento⁴⁷¹.

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, a remessa ao procurador-geral é sustentada com base em uma comparação entre a hipótese da nova lei e a regulada pela citada Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a aplicação do art. 28 do CPP quando o representante do Ministério Público não propuser a suspensão condicional do processo⁴⁷².

Ocorre que a possibilidade de não apresentação de denúncia pelo Ministério Público não pode ser comparada com a previsão de proposição de suspensão condicional do processo, visto que se trata de um “poder-dever” do órgão acusatório, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal de Justiça⁴⁷³, enquanto que a previsão do § 4º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 é uma mera

⁴⁶⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 52.

⁴⁶⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, cit., p. 215.

⁴⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 42.

⁴⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 42.

⁴⁷² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 60.

⁴⁷³ STJ. HC 218785/PA.

faculdade, cujas incongruências com os princípios do processo penal ainda vêm sendo discutidas, ao menos no campo doutrinário⁴⁷⁴.

É o que ocorre quanto à celeuma relativa a se poderia mesmo haver a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da ação penal em casos tão graves quanto os da criminalidade organizada, sendo compreensível apenas quanto a crimes de menor potencialidade ofensivo⁴⁷⁵.

Pensamos que a lógica desse caso é inversa àquela admitida em casos de suspensão condicional do processo, nos quais o Ministério Público estaria descumprindo o seu poder-dever de realizar tal proposta, razão que justifica a ação do magistrado aplicar o art. 28 Código de Processo Penal.

É certo que a possibilidade de o Ministério Público não apresentar denúncia como uma opção de barganha para a exploração de um meio de prova não se trata de um poder-dever seu, mas de benefício em sede de acordo de colaboração premiada que, assim como os demais prêmios previstos na lei, deve ser deferido pelo juiz da causa, não nos parecendo necessário que a homologação, nesse caso, ainda que ensejadora de arquivamento dos autos do inquérito policial, necessite de manifestação do procurador-geral, pois, repita-se, trata-se de uma faculdade, e não de um dever, como no caso de arquivamento regulado pelo Código de Processo Penal, que deve se dar em razão da ausência das condições mínimas para o processamento do acusado.

Ventila-se, outrossim, a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 na hipótese de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia ou do próprio processo, prevista no § 3º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013⁴⁷⁶. Partimos também do pressuposto de que há necessidade de deferimento do pedido de suspensão do prazo pelo magistrado, não obstante a lei não mencionar

⁴⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

⁴⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 134.

⁴⁷⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 53.

expressamente. Toda suspensão de prazo processual, como é sabido, depende necessariamente de decisão judicial⁴⁷⁷.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto sustentam que, se o juiz não concordar com o pedido de suspensão do prazo, não poderia forçar o membro do *parquet* à conseqüente propositura da denúncia, motivo pelo qual deve remeter os autos ao procurador-geral para que se manifeste favorável ou contrariamente ao pedido e, neste último caso, designe outro representante do Ministério Público para ofertar a denúncia⁴⁷⁸.

Ocorre que essa afirmação presume que o promotor que não obtiver o deferimento da suspensão do processo necessariamente não possuiria interesse em oferecer a denúncia, o que não se pode afirmar, pois ainda poderá oferecer ao colaborador outros prêmios a fim de obter a sua cooperação. Ademais, é mais um malabarismo para dar mais uma oportunidade de o órgão acusatório impor a sua vontade ao Judiciário, uma vez que não sujeita ao magistrado o deferimento do pedido pelo juízo do órgão acusatório.

Em realidade, sequer se trata de hipótese aparentemente idêntica à do art. 28 do Código do Processo Penal, requisito para a realização da analogia, pois não resultaria em arquivamento dos autos do inquérito policial ou das peças de informação. O que se está a propor é que o chefe do *parquet* dê a última palavra quando o juiz não concordar com a suspensão, fato que não se pode admitir em um sistema acusatório.

É preciso repetir aqui os argumentos de que jamais poderia o Ministério Público fazer o controle dos atos que são propriamente jurisdicionais, bem como da necessidade de se resguardar o Princípio da Obrigatoriedade, que impõe o dever de o órgão acusatório formular a denúncia quando presentes as condições da ação penal, podendo não o fazer apenas nas hipóteses fixadas em lei, e jamais em como uma moeda de troca para barganhar com aqueles

⁴⁷⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa...*, cit., p. 42.

⁴⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado...*, cit., p. 54.

que assumidamente fazem parte do crime organizado e desejam se ver livres de qualquer sanção penal, sem que possa o magistrado fazer o controle do cumprimento da lei.

A nova Lei de Organização Criminosa traz um espaço muito mais amplo de atuação ao órgão acusador, bem como ao responsável pela investigação criminal, permitindo-os negociar benefícios processuais e até mesmo consequências penais mais amenas.

No entanto, a ação destes atores do Processo Penal encontra limites, estabelecidos no Código de Processo Penal e na Constituição da República Federativa do Brasil, em conformidade com os quais devem as disposições da Lei 12.850/13 ser interpretadas.

CONCLUSÃO

Como se pode observar, não obstante a crescente utilização do meio da obtenção de prova da colaboração premiada, há ainda muitas dúvidas quanto ao seu procedimento. O instituto veio a ser mais utilizado justamente em razão de, pela primeira vez, apesar de existir em nosso sistema desde a publicação da Lei dos Crimes Hediondos em 1990, ter o seu procedimento regulado pela Lei n. 12.850/2013.

Contraditoriamente ao fato de se começar a fazer acordos de colaboração premiada devido à criação de um procedimento específico, tem-se realizado os termos sem a observância dos dispositivos da lei.

De fato, a legislação relativa ao crime organizado ainda deixou muitas lacunas no que diz respeito ao procedimento do acordo de colaboração premiada, além de criar dispositivos de difícil aplicação ou em desconformidade com princípios constitucionais, bem como àqueles próprios do processo penal, que demandam ser estudados.

Apesar de ainda haver questionamentos quanto à constitucionalidade e à carga antiética que o instituto carrega, uma vez que absorvido pelo sistema brasileiro e não declarado inconstitucional, há que se realizar uma adequação da sua aplicação às normas de Direito Constitucional e Processual Penal com a finalidade de corrigir as disposições equivocadas e pacificar as questões controvertidas.

Tem-se passado ao largo da análise do procedimento estabelecido, o que permite que os representantes do Ministério Público e do Judiciário realizem e homologuem os acordos de colaboração sem a observância dos requisitos e procedimentos básicos. Relativamente a muitas das fases do acordo de colaboração, há interpretações distintas por parte dos doutrinadores, celeumas que nem sequer chegaram a ser debatidas perante o Judiciário e que

devem ser consolidadas para o cumprimento da legalidade e constitucionalidade da realização do procedimento.

Uma das questões problemáticas, porém pouco debatida, refere-se aos dispositivos que aparentam admitir o Princípio da Oportunidade no Processo Penal brasileiro, permitindo ao Ministério Público iniciar ou não a ação penal sob critérios de conveniência e oportunidade, assim como atua o órgão acusatório nos sistemas da *common law*, a exemplo dos Estado Unidos da América, onde instituto que inspirou a colaboração premiada no Brasil, o *plea bargaining*, é realizado na quase totalidade dos processos.

Diante disso, posicionamo-nos no sentido de que a regra no Processo Penal brasileiro é a da Obrigatoriedade da ação penal, admitindo-se a sua relativização apenas em alguns casos específicos previstos em lei, apenas para se permitir uma discricionariedade regrada. Contudo, é inaceitável que o *parquet* decida livremente sobre o ajuizamento ou não da ação penal, tal como poderia se extrair do § 4º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, quando estabelece que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia.

Decorre do Estado Democrático de Direito o dever do Estado de investigar e processar quando tomar conhecimento da materialidade e autoria de um delito. Ademais, admitir a atuação do órgão acusatório segundo critérios de oportunidade pode trazer prejuízos imensos às garantias processuais penais, no sentido de se produzirem acordos baseados em afirmações falsas ou até mesmo confissões falsas com base no temor do acusado, que poderia optar pela garantia de não ser processado ou receber uma pena muito leve em troca de não arriscar uma pena longa por um crime grave.

Outras questões controversas surgem a partir da previsão de aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, que, disposto de modo confuso, chega a gerar dificuldade no entendimento da *mens legis*. A doutrina não é uniforme nem ao menos no sentido de identificar o que pretendeu estabelecer o legislador, da forma como redigiu a disposição, porém unânime ao defender a

inaplicabilidade dessa regra de processo penal ao procedimento da colaboração premiada. Contraditoriamente, sugere-se a aplicação do dispositivo em outras hipóteses do procedimento.

A previsão do art. 28 do Código de Processo Penal já sofre fortes críticas, o que reforça a dificuldade de aceitar a previsão de incidência deste em outras hipóteses além das já consolidadas.

Entendemos que não se deve admitir a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal à hipótese do § 2º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, bem como analogicamente ao § 3º e ao § 4º, conforme sugerem alguns doutrinadores, em observância ao sistema acusatório-constitucional, que não admite a possibilidade de o órgão acusatório impor a sua vontade ao julgador.

A concessão de perdão judicial, a não apresentação da denúncia e a suspensão do prazo desta, no acordo de colaboração premiada, são verdadeiros prêmios que podem ser deferidos ao colaborador e, como demanda a própria lei, com a observância de alguns requisitos, que, porém, necessitam da instrução processual para serem verificados e da sentença criminal para serem deferidos.

Necessário relembrar que, pela total contrariedade ao Princípio da Obrigatoriedade, a previsão de possibilidade de não apresentação de denúncia pelo Ministério Público nem sequer poderia existir, mas, uma vez prevista, não questionada e admitida, espera-se que ao menos se faça uma leitura em conformidade com os princípios processuais penais, não se dispensando o controle de legalidade e regularidade pelo juiz.

Outrossim, acreditamos ser a previsão expressa de incidência do art. 28 do Código de Processo Civil, bem como aquelas sugeridas por analogia, uma forma de se estabelecer a revisão dos atos da magistratura pelo Ministério Público, dando-lhe o poder de decidir definitivamente sobre a concessão de um benefício específico ao colaborador, contrariamente à opinião do magistrado,

que resultam em desrespeito ao Princípio da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade da ação penal pública, o que não se coaduna com os Princípios do Processo penal brasileiro e, portanto, não pode ser admitido.

Por fim, o melhor caminho que se apresenta para esses problemas relativos ao procedimento da colaboração premiada é o que prestigia os Princípios Constitucionais de Direito Processual Penal Acusatório e da Jurisdicionalidade, bem como aqueles atinentes à ação penal pública da Obrigatoriedade e Indisponibilidade, entendendo que todas as hipóteses suscitadas – de perdão judicial fora do momento da decisão, de não apresentação da denúncia ou de suspensão do prazo para a sua apresentação – devem constar de acordo escrito e ser homologado pelo juiz, cabendo apenas a revisão por instância judicial superior em caso de irrevogação quanto à não concordância do magistrado no que se refere à concessão de tais benefícios ao colaborador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A “liberdade jurídica” no direito e no processo. In: PRADE, Péricles (Org). *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

ALSCHULER, Alber W. The prosecutor’s role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, p. 50-112, 1968.

AMODIO, Ennio. I “pentiti” nella common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 29, nova série, fasc. 4, p. 991-1.004, ott./dic. 1986.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, p. 43-44. Disponível em: <http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. III.

CALAMANDREI, Iolanda. La collaborazioni processuale di imputati e testimoni nei sistemi di common law. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 29, nova série, fasc. 1, p. 240-261, genn./mar. 1986.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CARVALHO, Ivan Lira de. A atividade policial em face da Lei de Combate ao Crime Organizado. *Revista Semestral do Curso de Direito da UFRN*. Disponível em: <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/a%20atividade%20policial%20em%20face%20da%20lei%20combate%20crime%20organizado.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista do Processo*, ano 18, n. 70, p. 54, abr./jun. 1993.

- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013*. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2011.
- DA COSTA, José Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.
- DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madri: Aguilar, 1973.
- DEL ROIO, José Luiz. *Operação Mãos Limpas: e no Brasil? Quando?* São Paulo: Ícone, 1993.
- DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of Criminal Law and Crimonology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, May 2013.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico português. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL; Roberto (Org.). *Temas de direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada auxilia nas investigações, mas não pode ser forçada. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-29/luiz-durso-delacao-premiada-nao-forcada-estado>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

EL TASSE, Adel. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 269, jul. 2006.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. O direito penal e processual penal brasileiros no Estado Democrático de Direito. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Coordenação e edição de Marina Ferreira. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11>. Acesso em: 14 jul. 2015.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRIGERIO, Gianstefano. *O outro lado da Operação Mãos Limpas: a Europa e as Américas após a queda do marxismo*. Tradução de Claudio Maltese. São Paulo: Maltese, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, n. 34, Porto Alegre, out./nov. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Origens da delação premiada e da justiça consensuada. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; Rogério Sanches Cunha; OLIVEIRA, William Terra de. *Lei de Drogas comentada: Lei 11.343, 23.08.2006*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. III.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREVI, Vittorio. Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del "plea bargaining". *Ressegna Penitenziaria e Criminologica*. Roma, v. 7, n. 1-3, p. 53-78, genn./dic. 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense.

LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 15, n. 1, p. 119-127, 1992.

LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, p. 261-262, 1979.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEGGE 29 maggio 1982, n. 304. *Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale* (GU n.149 del 2-6-1982). Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1982;304>>. Acesso em: 2 set. 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 7 ago. 2015.

LUPO, Salvatore. *História da máfia: das origens aos nossos dias*. São Paulo: Editora da Unesp, 2002.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Tradução de J. J. Ortega Torres. Bogotá: Ed. Themis, 1954.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES. José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2003. v. I.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1980, p.88.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. (Tomo I: Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais).
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. *Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Delação premiada. *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, p. 67, Belo Horizonte, 1º sem. 2006.
- NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do direito penal econômico brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (Orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liber Ars, 2013.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Atualização – Lei de Organizações Criminosas.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Sobre princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil – evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira. *Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático eficiente*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADA, Ignacio Flores. *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*. Madrid: Tecnos, 1998.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei n. 12.850/2013. Disponível em: <midia.apmp.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2015

SILVA, Erik Rodrigues da. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo? *Direito e Justiça*, Lisboa, v. 17, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juruá, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.