

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

MARIA DAS GRAÇAS NUNES RIBEIRO

**Colaboração premiada e o Sistema de eficiência e garantias:
necessidade de compatibilização no âmbito do Estado
Democrático de Direito**

Belo Horizonte
2017

MARIA DAS GRAÇAS NUNES RIBEIRO

**Colaboração premiada e o Sistema de eficiência e garantias:
necessidade de compatibilização no âmbito do Estado
Democrático de Direito**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições sociais, Direito e Democracia.

Linha de Pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi.

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R484c Ribeiro, Maria das Graças Nunes, 1960-
Colaboração premiada e o sistema de eficiência e garantias: necessidade de compatibilização no âmbito do Estado Democrático de Direito / Maria das Graças Nunes Ribeiro. – Belo Horizonte, 2017.
145 f.; 29,7 cm

Orientador: Luís Carlos Balbino Gambogi.
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Processo penal - Brasil. 2. Delação premiada (Processo penal) - Brasil. 3. Garantia (Direito) - Brasil. I. Título. II. Gambogi, Luís Carlos. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 343.288



NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi _____

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais _____

MESTRANDA: MARIA DAS GRAÇAS NUNES RIBEIRO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“COLABORAÇÃO PREMIADA E O SISTEMA DE EFICIÊNCIA E GARANTIAS:
Necessidade de Compatibilização no Âmbito do Estado Democrático de Direito”**

NOTA: (100) *Cem Pontos* _____

ASSINATURA - ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 22/09/2017

REITORIA

Av. Afonso Pena, 3880 - Cruzeiro
30130-009 - Belo Horizonte, MG
Tel. 0800 0300 200
www.fumec.br

CAMPUS

Rua Cobre, 200 - Cruzeiro
30310-190 - Belo Horizonte, MG
Tel. (31) 3228-3000
www.fumec.br

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a meus familiares pelo suporte, incentivo e amor durante toda minha caminhada.

Ao Professor Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi, eminente Desembargador, pelo estímulo, incentivo e pela disposição em me orientar.

Aos colaboradores e a todos aqueles que, de certa forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e o para comunidade que pretendemos ter (RONALD DWORKIN, 2014).

RESUMO

O avanço do neoliberalismo na economia mundial ensejou a mudança do papel do Estado quanto ao cumprimento de suas obrigações positivas. O Direito Penal passou a ser utilizado como ferramenta estatal de controle social. Com isso, o aumento da criminalidade e o clamor social por uma atuação cada vez mais eficiente, fez com que o Estado buscasse meios para atender os anseios da população. A delação premiada surge, portanto, como importante mecanismo de política criminal para combate, sobretudo, da criminalidade organizada. Contudo, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, existem diversas garantias fundamentais asseguradas aos acusados de prática de crimes e apontadas por estudiosos como desrespeitadas ou relativizadas em prol da aludida prestação jurisdicional eficiente. Nesse contexto, o intuito da presente dissertação é elaborar uma análise crítico-reflexiva da colaboração premiada no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o problema aborda a possibilidade de compatibilizar tal mecanismo com os postulados do Estado Democrático de Direito, sobretudo às garantidas da presunção de não-culpabilidade e não-autoincriminação. Para tanto, realizar-se-á uma pesquisa aprofundada a partir do método hipotético dedutivo, sobre a atualidade e a evolução da questão, em fontes doutrinárias nacionais e estrangeiras, em legislações e jurisprudências, a fim de se verificar a forma como a colaboração está sendo aplicada. Como referencial teórico, será adotada a aplicação do Direito pela integridade como proposto por Ronald Dworkin no sentido de que a análise das proposições jurídicas deve ser feita de acordo com ideais políticos, como equidade, justiça e devido processo legal, os quais devem ser tratados a partir das exigências da integridade. Portanto, a colaboração do acusado apenas será legítima dentro do Estado Democrático de Direito se atender a toda gama de princípios e garantias constantes da Constituição. O estudo justifica-se pela relevância do assunto, mormente com o advento da Lei nº 12.850/2013 que, pela primeira vez no Brasil, regulamenta o procedimento da delação premiada. Percebem-se intensas discussões entre os profissionais da área jurídica quanto à legitimidade de tal mecanismo, sendo pertinente o seu aperfeiçoamento no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Direito Processual Penal e Constitucional. Delação premiada. Eficiência. Garantismo penal. Direito como integridade. Não-culpabilidade. Não-autoincriminação. Compatibilização constitucional.

ABSTRACT

Neoliberalism's advance in world economy changed State's role positive obligations and Criminal Law is being used as a tool for social control. Thus, the increase of crime and social outcry for an efficient State action resulted in a search of tools to meet population expectations. Plea-bargaining, therefore, appears as an important criminal policy mechanism specially to combat organized crime. However, according to the perspective of democratic state under the rule of law, several fundamental rights guaranteed to whom that is accused of committing crimes, have been pointed out by law scholars as disrespected or relativized in favor of the efficient jurisdictional provision. In this context, the dissertation is based on a critical-reflexive analysis about plea-bargaining in the scope of Brazilian legal system. Then, the problem investigated the possibility of reconciling plea-bargaining with the postulates of the democratic state under the rule of law, especially those guaranteed by the presumption of non-culpability and non-self-incrimination. In order that an in-depth research is carried out on evolution of the current theme in line with national and foreign doctrinal sources, legislations and jurisprudence, for the purpose of verifying how plea bargaining is being applied. Ronald Dworkin's (2014) work about rights and law as integrity is the theoretical reference, which performs an analysis of legal propositions according to political ideals such as equality and equity of social justice, so that the legal process are based on the principles of integrity. On that account, the collaboration of the accused will only be legitimate for democratic state under the rule of law if it meets the full range of principles and guarantees contained in the Constitution. This study is important because the advent of Law 12.850 / 2013, which, for the first time in Brazil, regulates the procedures of plea-bargaining. An intense and pertinent discussion among professionals in the legal area is conducted about the legitimacy and improvement of plea-bargaining in Brazilian legal system.

Keywords: Constitutional law and criminal procedure. Plea-bargaining. Efficiency. Criminal Guaranteeism. Law as integrity. Non-culpability. Non-self-incrimination. Constitucional compatibility.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§	– Parágrafo
art.	– Artigo
AED	– Análise Econômica do Direito
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CPP italiano	– <i>Codice di Procedura Penale Italiano</i>
CPP brasileiro	– Código de Processo Penal brasileiro
CR	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	– Estados Unidos da América
Fed. R. Crim.	– <i>Federal Rules of Criminal Procedure</i>
HC	– Habeas Corpus
MP	– Ministério Público
MS	– Mandado de Segurança
Nº	– Número
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRF	– Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O SURGIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA	14
2.1 DIREITO PENAL NEOLIBERAL	14
2.2 A EFICIÊNCIA NA DECISÃO PENAL	17
2.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE: TEORIA DE RONALD DWORKIN	19
2.4 DIREITO NEGOCIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	23
2.4.1 Procedimento da <i>plea bargaining</i>	27
2.4.2 Visão da doutrina norte-americana acerca da <i>plea bargaining</i>	29
2.5 DIREITO NEGOCIAL NA ITÁLIA	31
2.5.1 Noções gerais sobre o exercício da ação penal	32
2.5.2 Modelos de justiça negocial	34
2.5.2.1 <i>Negociação do procedimento</i>	36
2.5.2.2 <i>Negociação da pena</i>	38
3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A COLABORAÇÃO PREMIADA	42
3.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	42
3.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	44
3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	45
3.2.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa	45
3.2.3 Princípio do juiz natural	47
3.3 FASE PRÉ-PROCESSUAL: INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	47
3.3.1 Principais providências da autoridade policial	49
3.3.2 Valor probatório do inquérito policial	51
3.3.3 Contraditório e ampla defesa no inquérito policial	53
3.4 PROVAS	54

3.4.1 A verdade real no processo penal	55
3.4.2 O livre convencimento motivado	56
3.4.3 Ônus da prova em processo penal	57
3.4.4 Meios de prova em processo penal.....	58
3.5 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..	61
3.5.1 Evolução da colaboração premiada no direito brasileiro	64
3.5.1.1 Lei nº 7.492/1986 e Lei nº 8.137/1990.....	64
3.5.1.2 Lei nº 8.072/1990.....	65
3.5.1.3 Lei nº 9.034/1995.....	66
3.5.1.4 Lei nº 9.613/1998.....	67
3.5.1.5 Lei nº 9.807/1999.....	68
3.5.1.6 Lei nº 11.343/2006.....	69
3.5.1.7 Lei nº 12.850/2013.....	71
3.5.2 Colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013	73
3.5.3 A colaboração premiada e a coexistência com a atenuante de confissão	77
3.5.4 Natureza jurídica da colaboração premiada.....	79
3.5.5 Breve comparativo entre a colaboração premiada no Brasil, o <i>plea bargaining</i> do direito norte-americano e o <i>pentiti</i> da Itália	80
3.5.6 Breve comparativo entre a colaboração premiada no Brasil, o <i>plea bargaining</i> do direito norte-americano e o <i>pentiti</i> da Itália	82
4. A DELAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	87
4.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL	87
4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	89
4.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	91
4.3.1 Conceito, noções gerais e reflexos do princípio na persecução penal	91
4.4 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	97
4.4.1 Conceito, noções gerais e reflexos do princípio na persecução penal.....	98
4.5 COLABORAÇÃO PREMIADA NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: CRÍTICAS LEVANTADAS PELA DOUTRINA	103
4.5.1. Colaboração na perspectiva do princípio da presunção de não-culpabilidade	103

4.5.2. Colaboração na perspectiva do princípio da não autoincriminação	106
5. A NECESSIDADE DE INTERPRETAR A COLABORAÇÃO PREMIADA POR MEIO DA INTEGRIDADE.....	111
5.1 RETOMANDO A TEORIA DE DWORKIN	111
5.2 DELAÇÃO PREMIADA: SISTEMA DE EFICIÊNCIA E GARANTIASs.....	112
5.3 DELAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DAS CRÍTICAS POR MEIO DA INTEGRIDADE	114
5.3.1 Reconhecimento forçado de culpa.....	114
5.3.2 Proporcionalidade de pena.....	116
5.3.3 Renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso de dizer a verdade nos depoimentos que prestar.....	118
5.4 APRIMORAMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	120
5.4.1 O papel do magistrado	120
5.4.2 O papel do órgão de acusação	127
6. CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

O avanço da criminalidade organizada no cenário mundial e a sofisticação deste tipo de crime refletem diretamente nas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação. Se por um lado, o poder punitivo estatal deve mostrar-se eficiente na persecução penal, por outro, ele também não pode recorrer a instrumentos jurídicos que não se compatibilizem substancialmente com os princípios básicos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Constata-se que a obtenção de resultados positivos no enfrentamento do crime organizado exige a adoção de métodos especiais de investigação, assim como a reflexão sobre de que forma a legislação ou, à sua falta, a interpretação judicial, poderão compor as aspirações a uma resposta institucional, que esteja compatível com os princípios e garantias basilares da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Neste quadro fático, insere-se a delação ou colaboração premiada, a qual, apesar de não ser uma novidade no Brasil, pois remonta às Ordenações Filipinas de 1603, somente a partir da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ganhou relevância no Direito Penal pátrio. O intuito da técnica premial é melhorar a operatividade do sistema judiciário punitivo, o que é legítimo. No entanto, a problemática reside na forma como é feita, sobretudo, quando há riscos de serem afetados princípios e interesses legitimantes do sistema penal e processual.

A colaboração premiada relaciona-se, dessa maneira, em evidente tensão com princípios constitucionais de garantia do indivíduo, como a isonomia, presunção de não culpabilidade, direito a não-autoincriminação e o postulado da proporcionalidade da pena.

Portanto, o intuito da presente dissertação é elaborar as linhas fundamentais da colaboração premiada, o que perpassa pela aferição de sua compatibilidade constitucional e necessidade de aprimoramento, tomando-se por referência a integridade, como proposta por Ronald Dworkin. Busca-se, ainda examinar criticamente os aspectos relacionados às garantias de não-culpabilidade e não-autoincriminação do acusado, tendo por base as disposições constantes da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Para tanto, realizar-se-á uma pesquisa aprofundada a partir do método hipotético dedutivo, sobre a atualidade e a evolução da questão, em fontes doutrinárias nacionais e estrangeiras, em legislações e jurisprudências, a fim de se verificar a forma como a colaboração está sendo aplicada.

O primeiro capítulo dedicar-se-á a traçar as noções gerais sobre o surgimento da colaboração premiada, ou seja, em qual cenário político e social ela ganhou destaque no

combate à criminalidade. Será estudada, ainda, a forma como os acordos entre os sujeitos processuais ocorre nos Estados Unidos da América, com a *plea bargaining*, e na Itália, com o *patteggiamento*.

No segundo capítulo analisar-se-á a persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da fase de investigação, na qual são colhidos os indícios de autoria e materialidade do crime, até a fase processual, em que é produzida a prova. O intuito é elaborar um paralelo entre o valor probatório dos atos praticados no inquérito com as provas produzidas no curso do processo, pois tal diferença é fundamental no contexto do devido processo legal.

Neste âmbito, será introduzido o estudo da colaboração premiada no ordenamento brasileiro e uma análise das principais leis que a preveem até o advento da Lei nº 12.850, 2 de agosto de 2013, a qual inova ao regular o procedimento. A compreensão do mecanismo jurídico de colaboração premiada perpassa, ainda, pela natureza jurídica e valor probatório.

O terceiro capítulo abordará as garantias asseguradas aos acusados decorrentes do Estado Democrático de Direito. A compreensão da legitimidade constitucional da delação premiada demanda a análise do devido processo legal, e das garantias da não-autoincriminação e presunção de não-culpabilidade, apontadas como desrespeitadas com utilização do mecanismo jurídico. Também serão apresentadas as principais críticas apontadas pela doutrina à delação premiada.

Assim, após a reflexão teórico-crítica apresentada nos capítulos anteriores, a teoria de Ronald Dworkin será aplicada, no quarto capítulo, para responder ao questionamento inicial acerca da legitimidade ou não da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. O intuito é demonstrar se, a partir da análise deste instrumento pela integridade, é possível conciliar a eficiência estatal com o garantismo penal.

O objetivo não é elaborar uma abordagem ética ou moral da colaboração premiada, mas sim, a sua compatibilização com a gama de princípios resguardada na Constituição da República. Destina-se, portanto, tratar as questões do ponto de vista da prática judicial, bem como, a forma de aprimorá-la para evitar, assim, o avanço do pragmatismo estatal e o retrocesso quanto aos direitos fundamentais.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O SURGIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada tem origem etimológica no latim: *delatio, onis*, isto é, denúncia, acusação. Por outro giro, a palavra premiada refere-se a prêmio, recompensa. O premiado seria aquele que alcançou o prêmio, obtendo, então, a recompensa ofertada. E, ainda, de acordo com José Alexandre Marson Guidi “delação” tem a gênese no latim *deferre*, ou seja, delatar, deferir (HOUAISS, 1976, s.p.; GUIDI, 2006, p. 97).

Os primeiros indícios desse tipo de acordo podem ser encontrados nos primórdios bíblicos, na Antiguidade Clássica, na Idade Média, durante o período inquisitorial – *purgatio* da acusação – nas revoluções industriais até os dias atuais. Um resquício histórico, por exemplo, no sistema monárquico anglo-saxão é a expressão *crown witness*, que seria testemunha da coroa ou testemunha coroada (GIACOMOLLI, 2014, p. 441).

Nesse contexto, é importante ressaltar que na Inglaterra (1775), o caso *Rudd*, tornou-se emblemático quando o juiz do processo declarou admissível o testemunho do réu – *crown witness* – contra os demais autores do crime, em troca de sua impunidade (SILVA, 2003, p. 78).

Dentro desse enfoque, verifica-se que o Direito já reconhecia a possibilidade de acordo entre o Estado e o acusado, o qual nasce com a ideia de oferecer prêmio a quem delatar os companheiros da empreitada criminosa, em troca, o acusado teria a atenuação nas penalidades que de forma eventual fossem aplicadas.

Assim, o estudo proposto demonstrará que a compreensão da delação premiada e a maneira como é utilizada no contexto contemporâneo remonta ao advento do Estado neoliberal, sobretudo, quando o Estado se afasta da tarefa de realizar direitos sociais, prevalecendo à faceta técnica e passando a ser instrumento de produção econômica. Primeiro, será abordado o surgimento do Estado neoliberal com enfoque nas consequências advindas ao direito penal.

2.1 DIREITO PENAL NEOLIBERAL

Michel Foucault (15/10/1926 – 25/06/1984) afirma que o neoliberalismo começou a ser idealizado em meados do século XVIII, caracterizando-se como uma forma de governar o menos possível, de maneira que a razão do estado está voltada à economia política (FOUCAULT, 2008, p. 39-40).

Michelle Barbosa de Brito aduz que o modelo neoliberal passou a ditar a atuação estatal, agindo de forma silenciosa no discurso punitivo, pois o sistema relegou ao segundo plano o cumprimento das obrigações positivas do Estado, passando o Direito Penal a ser utilizado como um mecanismo de controle social (BRITO, 2016, p. 36).

Loïc Wacquant, após realizar pesquisa sociológica acerca do movimento neoliberal, concluiu que a ascensão do estado penal nos Estados Unidos da América e em outras sociedades avançadas, no último quarto de século, seria uma resposta ao crescimento da insegurança social e não de insegurança criminal (WACQUANT, 2012, p. 11).

O neoliberalismo está relacionado à difusão internacional de políticas punitivas, tanto no domínio da assistência social quanto no domínio criminal. A noção primordial de neoliberalismo é, sobretudo, econômica ao destacar um arranjo de políticas favoráveis ao mercado, como por exemplo, a desregulamentação do trabalho, a privatização, o livre comércio, entre outros.

Contudo, é necessário aprofundar o discurso por meio de sua caracterização sociológica. Desse modo Wacquant sintetiza que:

[...] o neoliberalismo é um projeto político transnacional que visa refazer o nexo de mercado, estado e cidadania a partir de cima. Esse projeto é levado adiante por uma nova classe dirigente global em formação, composta pelos presidentes e executivos seniores de firmas transnacionais [...] e especialistas técnico-culturais em suas áreas (WACQUANT, 2012, p. 34-35).

O autor continua por afirmar que o estado neoliberal propõe a desregulamentação econômica na totalidade das atividades humanas; a delegação, retração e recomposição do estado do bem-estar social; um aparato penal em expansão, invasivo e proativo; por fim, a difusão da cultura da responsabilidade individual. O governo mínimo estabelecido por esse modelo dá origem, em contrapartida, a um governo máximo na frente dupla do trabalho obrigatório e da justiça penal (WACQUANT, 2012, p. 34-35).

Wacquant explica, também, que o sucesso econômico enseja o emprego agressivo da polícia, dos tribunais e da prisão nos setores mais baixos do espaço social e físico. Ele sintetiza o governo como um “estado-centauro”, liberal no topo e paternalista na base, apresentando-se mais complacente com as classes média e alta, porém, mais repressivo para a classe baixa (WACQUANT, 2012, p. 35-37).

Diante disso, fica evidente que o Direito Penal começou a ser utilizado como ferramenta de controle social justamente da população marginalizada, uma vez que o Estado,

ao deixar de cumprir o papel social, ensejou, de forma indireta, o aumento das desigualdades sociais e econômicas. Como resultado, a criminalidade aumentou na classe mais baixa e o poder punitivo foi usado para contê-la.

Nesse contexto, destaca-se o movimento de “Lei e Ordem” nos Estados Unidos da América, na década de 90, século XX. O modelo de política neoliberal expandiu-se rapidamente entre os países, em razão da conveniência do instituto que mesclava o controle punitivo dos grupos socialmente marginalizados e isentava o Estado de suas obrigações positivas e sociais. A criminalidade era atribuída à responsabilidade individual e não à ausência de políticas públicas (BRITO, 2016, p. 46-47).

Consoante a lógica neoliberal as consequências da violência e criminalidade são dissociadas das causas reais (desigualdades) e atreladas às causas construídas (responsabilidade individual), o que poderia justificar a adoção de algumas alternativas pelo Estado para o combate da criminalidade como a delação premiada (WACQUANT, 2012, p. 11-17).

No contexto neoliberal é importante destacar a cisão que ocorreu dentro do próprio Estado, enquanto Estado Democrático de Direito: o estado poético do domínio burotecnocrata e o estado ético do domínio da sociedade política.

Assim, o órgão burotecnocrata privilegia o aspecto econômico e o Estado passa a ser um instrumento de produção dos efeitos econômicos. Com isso, o elemento central e essencial do Estado de Direito é postergado, pois o jurídico, o político e o social são submetidos à economia. Fica evidente o conflito com a finalidade ética do Estado de Direito, que abandona a tarefa de realizar direitos sociais, e implanta a insegurança jurídica por meio da manipulação de conceitos jurídicos (SALGADO, 1998, p. 3-34).

Conclui-se que a introdução da delação premiada no direito brasileiro é justificada exatamente como forma de combate à crescente criminalidade. Com isso, o instrumento jurídico em discussão expandiu-se para alcançar também a criminalidade organizada e os crimes econômicos, os quais passaram a compreender qualquer delito que envolva concurso de pessoas, tendo em vista a Lei nº 9.807, de 13 julho de 1999, que trata da proteção de vítimas e testemunhas, bem como, dispõe sobre acusados ou condenados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Outro fator de destaque é a busca pelo Estado eficiente, ou seja, um mecanismo apto a atender uma das principais exigências do neoliberalismo no âmbito do direito penal e processual, qual seja, a eficiência do sistema repressivo (BRITO, 2016, p. 36-38).

As matrizes geopolíticas da política criminal efficientista são os Estados Unidos da América e a Inglaterra, em particular, com os modelos neoliberais e polícia de segurança dita da Lei e da Ordem.

De forma indubitável, o efficientismo é um modelo-movimento de controle penal vinculado à ideologia da matriz neoliberal, em que a minimização do estado social acarreta na maximização do estado penal e explica o teor político relacionado à conservação da segurança pública.

Assim, a delação premiada apresenta-se, de forma clara, como um instrumento da política criminal no Estado Brasileiro, tendo em vista a inserção de leis infraconstitucionais para o combate à criminalidade, valendo-se do discurso da máxima eficiência na persecução penal, a fim de garantir a máxima segurança pública, de forma a justificar a expansão do poder punitivo. Além de resultar em postulados da justiça processual (garantias) mitigados, uma vez que têm como finalidade a proteção da pessoa envolvida no fato criminoso face ao poder repressivo.

2.2 A EFICIÊNCIA NA DECISÃO PENAL

Conforme lições de Callegari o efficientismo consiste no pragmatismo utilitarista que se impõe na legislação penal, a partir do qual se aproveitam as demandas de lei e ordem construídas por meio dos meios de comunicação, para dar respostas simbólicas de maior intervenção penal (CALLEGARI, 2010, p. 131).

Pode-se afirmar que no efficientismo o fim é buscado por qualquer meio. Por exemplo, quando o Estado não consegue combater a criminalidade com meios próprios, ele poderia valer-se de informações prestadas pelo próprio réu, ainda que resultasse na produção de provas contra si mesmo e na presunção de culpabilidade do delatado. Em contrapartida, o delator receberia benefícios legais. Por conseguinte, pelo discurso eficiente tudo pode ser negociado, inclusive a pena.

Convém destacar, segundo Brito a Análise Econômica do Direito (AED), que se intensificou na segunda metade do século XX, a partir, sobretudo, do discurso neoliberal, a qual objetivava transformar a área de estudo do Direito em verdadeira ciência, racional e positiva, mediante análise de princípios, categorias e métodos específicos de pensamento econômico. A autora afirma, também, que o Direito, por meio da AED, se ajustaria para atender ao funcionamento do mercado (nova ordem imposta pelo neoliberalismo), eliminando

obstáculos jurídicos que pudessem obstar o desenvolvimento econômico (BRITO, 2016, p. 86-87).

A eficiência passa, portanto, a ser o medidor das decisões penais. Diante disso, no caso da delação premiada, nota-se que ela é usada em razão dos benefícios resultantes (identificação dos agentes do crime ao menor custo possível), ainda que direitos fundamentais possam ser suprimidos.

O movimento da Análise Econômica do Direito tem como um dos expoentes Richard A. Posner, segundo o qual, a economia tem importância para o Direito à medida que os economistas se preocupam em apontar as consequências centrais para a análise legal pragmática, como os efeitos da prisão (POSNER, 2010, p. 60).

Posner declara que segundo o modelo da AED, provimento jurisdicional justo é sinônimo de provimento eficiente. A eficiência é o medidor da decisão judicial, ou seja, o fundamento de validade (POSNER, 2010, p. 14).

Neste ponto que reside a atividade jurisdicional em relação à delação premiada e a eficiência punitiva baseada na negociação da pena. A decisão é pautada pelo critério do “custo-benefício”, ou seja, a colaboração é usada como meio para a solução e combate ao crime, ainda que acarrete flexibilidade de garantias do acusado. Em outras palavras, o benefício advindo com a delação – resposta eficiente do Estado – a justifica.

Contudo, com o decorrer dos debates, Posner revê sua teoria da maximização da riqueza, passando a conferir às decisões judiciais uma interpretação pragmática. Segundo o autor é primordial basear ações em fatos e consequências, em vez de valer-se de conceitualismos e generalidades. Assim, as decisões jurídicas devem ser tomadas tendo em vista consequências para o presente e o futuro (POSNER, 2010, p. 37).

Com isso, ao decidir, é permitido ao juiz desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático e imediato, ou seja, deixar de aplicá-la ou dar-lhe interpretação diversa. Em conclusão, na interpretação pragmática de uma lei, se questiona qual a solução possível do caso com melhores consequências para o que se busca na prática. Trata-se de um discurso voltado à eficiência resultante do modelo neoliberal.

É possível, assim, inferir que no instituto da colaboração premiada, partindo do discurso pragmático e de um Estado Democrático de Direito¹, ganha relevo dois polos

¹ O Estado Democrático de Direito traduz, no presente, a ideia de um Estado em que todas as pessoas e poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito, no qual, os poderes públicos são exercidos por representantes do

tendencialmente opostos: de um lado a eficiência do sistema penal (ao qual a delação demonstra fortalecer) e, de outro, a legitimidade do sistema penal na conformidade com princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, o que será melhor abordado nos próximos capítulos.

O próximo tópico, portanto, abordará a teoria de Dworkin que critica o pragmatismo e apresenta a análise do direito a partir da integridade. É necessário analisar a delação premiada a partir da teoria de Dworkin, tendo em vista que se baseia em postulados resguardados no Direito e na Constituição da República.

2.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE: TEORIA DE RONALD DWORKIN

Conforme o tópico anterior (1.2), a utilização do instituto da delação premiada está relacionada com a busca pelo estado eficiente. Por outro lado, há que se considerar a tutela dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado Democrático de Direito. Boa parte da doutrina e críticos da delação apontam como mitigadas de garantias constitucionais diretamente relacionadas ao devido processo legal, entre as quais estão a presunção de não-culpabilidade, o direito a não-autoincriminação. Sustenta-se, ainda, o desrespeito ao postulado da proporcionalidade da pena. Contudo, partindo-se do discurso eficiente, os direitos fundamentais são critérios secundários na decisão penal em prol de suposta eficiência no procedimento persecutório penal.

Neste panorama, em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que delação não seria legítima. Pois, o modelo efficientista não seria coerente com o Estado Democrático de Direito. Nesse norte, convém destacar os estudos de Ronald Dworkin ao defender o direito como integridade, no qual haveria a construção de um argumento geral para o reconhecimento de direitos (BRITO, 2016, p. 143-152).

Dworkin entende que o pragmatismo é uma concepção cética do Direito no que tange às decisões políticas tomadas no passado, já que elas não são reconhecidas como justificadoras para acionar o poder de coerção do Estado (DWORKIN, 2014, p. 185). Ele prossegue afirmando que:

O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para

povo, visando assegurar a todos uma igualdade material. Ele ainda estabelece mecanismos de proteção e garantias que resguardam o sistema processual penal ao visar a dignidade da pessoa humana (definição nossa).

a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito (DWORKIN, 2014, p. 186).

As considerações sobre as consequências da decisão devem ser tomadas pelos juízes, de acordo com Dworkin, contudo, tais considerações devem ser guiadas por princípios norteadores do sistema jurídico. Princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como devem ser avaliadas, sem considerar razões pessoais ou políticas (DWORKIN, 2007, p. 154).

No caso da delação premiada, pela perspectiva pragmática, a observância dos princípios da não culpabilidade e da não autoincriminação são considerados um obstáculo à eficiência do processo penal, por esse motivo, deveriam ser mitigados pelo juiz pragmático, o qual faz a opção de decidir pelo que melhor atende aos anseios da sociedade e do Estado: segurança pública por meio da maior eficiência no combate à criminalidade e do menor esforço investigativo e probatório.

No entanto, partindo-se da análise de direito como integridade, Dworkin defende a construção de um argumento geral e não estratégico, em que os ideais políticos, como equidade, justiça e devido processo legal, devem ser tratados a partir das exigências da integridade política (DWORKIN, 2014, p. 200).

Conforme explica o autor, equidade diz respeito aos métodos para tomada de decisões de forma democrática. A justiça refere-se às decisões que são responsabilidade das instituições políticas, podendo ou não serem escolhidas com equidade e visando garantir um resultado moralmente desejável. O devido processo legal, por sua vez, compreende os corretos procedimentos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos (DWORKIN, 2014, p. 203).

A integridade implementa a exigência da moralidade política, equilibrando as demais virtudes políticas anteriores. A integridade das concepções de equidade e justiça exige que sejam tratadas de forma compromissada, em coerência com os princípios que norteiam determinado sistema jurídico (DWORKIN, 2014, p. 203).

Assim, com base na concepção teórica defendida por Dworkin os juristas podem discordar acerca do conjunto de princípios que oferece melhor justificção para uma alegação de direito. No entanto, a solução está na busca pelo melhor sentido interpretativo, ou seja, aquele que melhor se ajusta à prática jurídica e ao Estado Democrático de Direito (DWORKIN, 2007, p. 170).

Neste ponto, Luís Carlos B. Gambogi ao analisar a moral e o Direito na atualidade, relata a contribuição de Dworkin com a teoria de Direito como integridade, a qual pressupõe que a sociedade possui uma série de princípios superiores, o qual supera a moral individual e forma a moral objetiva. Gambogi conclui que “é função do Direito mediar a tensão existente entre os objetivos políticos e os objetivos éticos da sociedade, convertendo-os em objetivos éticos-jurídicos”, para que seja possível integrar o sistema de normas e o sistema de valores da sociedade (GAMBOGI, 2014, p. 84-85).

Em matéria de delação premiada, como os textos que preveem o instituto passam por todo o processo legislativo democrático, poder-se-ia concluir que a equidade estaria atingida, inclusive com os procedimentos corretos para a obtenção de provas com a edição da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Da mesma forma, seria possível afirmar que a justiça também estaria sendo observada, já que o “benefício”, com o advento da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, como já ressaltado, foi estendido a qualquer pessoa que cometesse qualquer delito em concurso com outras pessoas.

Portanto, neste contexto, a colaboração premiada com base na lei, observando procedimentos e com o objeto de garantir maior eficiência à apuração de todo e qualquer delito, poderia ser vista como justa, equitativa e legítima ao devido processo legal adjetivo.

No entanto, em uma análise no campo dos direitos e garantias fundamentais, o instituto poderia ser questionado. Haja vista a integridade exigir mais que justiça, equidade e devido processo legal. E neste ponto reside a discussão sobre a legitimidade da delação premiada, já que é legalmente prevista e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro como legítimo meio de obtenção de prova sem, contudo, levar em consideração as consequências aos direitos fundamentais, tanto do delator quanto do delatado, bem como as consequências jurídicas e processuais.

Destarte, é necessária uma análise dos princípios que regem o Estado, levando-se em conta a opinião da maioria, bem como os direitos constitucionais tutelados no ordenamento brasileiro. Gambogi sustenta que é na Constituição que os valores éticos superiores de uma sociedade se transformam em princípios jurídicos, os quais devem condicionar a interpretação e a aplicação do Direito Positivo (GAMBOGI, 2014 p. 85).

A Constituição da República de 1988 apresenta, de forma clara e expressiva, um núcleo de princípios tal como pensado e elaborado por Dworkin. O autor defende que direitos e deveres não são apenas o que é definido por instituições políticas, como também que

existem direitos e deveres que decorrem do sistema de princípios que norteia o ordenamento jurídico da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 195).

Frederico Valdez Pereira aponta, também, a dificuldade da discussão com relação à delação premiada:

O incentivo à colaboração processual insere-se em um campo de conflito entre dois polos tendencialmente opostos que se podem identificar, de um lado, como a operatividade (eficiência) do sistema penal, ao qual o mecanismo parece destinado a fortalecer, e, de outro a legitimidade do sistema penal na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito, tais como: relação de proporcionalidade entre fato delituoso e sanção tratamento isonômico dos acusados, preservação dos direitos fundamentais de liberdade, entre outros. Extrai-se, a primeira dificuldade no trato do tema que é a de saber se as razões de suposta eficiência, portanto político-criminais, podem, em conflito com princípios básicos do sistema penal permitir moderações a ponto de legitimar o recurso ao instrumento premial, ou seja, até que ponto a tutela penal deve levar em consideração a pretensão de eficiência do sistema penal (PEREIRA, 2016, p. 53).

Pode-se afirmar que a adequação e legitimidade da colaboração premiada deve ser analisada de acordo com a teoria de direito como integridade, tal como, norteadas no modelo de princípios, garantias e valoração probatórias resguardadas pelo Direito brasileiro. Isso se justifica pois, ao mesmo tempo em que as garantias e liberdades do acusado devem ser preservadas, outros bens tutelados pela Constituição não podem ser olvidados, como a operatividade instrumental da persecução penal, que enseja uma resposta eficaz à criminalidade.

O sistema jurídico-penal deve garantir, não só os direitos fundamentais dos acusados, mas, também, atuar com o propósito de fazer valer imposições de investigação e acerto de fatos supostamente delituosos como a punição criminal dos responsáveis.

Logo, a presente pesquisa analisa como a delação premiada ocorre nos Estados Unidos da América e Itália, por serem as maiores referências em termos de colaboração dos acusados, e, posteriormente, como é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, quais as consequências, sobretudo, dentro do contexto do postulado da não culpabilidade e da presunção de inocência resguardados na Constituição. Isto posto, será possível propor uma análise, tanto eficaz como legítima, do instrumento premial a partir do direito como integridade.

2.4 DIREITO NEGOCIAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O sistema jurídico norte-americano, integrante do *common law*², de acordo com Teresa Arruda Alvim Wambier, é pragmático. A doutrina busca sistematizar a aplicação do Direito aos casos concretos, pois, no *common law*, as normas jurídicas surgem do caso particular para o geral. Dessa forma, Marcos Paulo Dutra Santos diz que o importante para os operadores do Direito é avaliar se as características do caso em julgamento correspondem ao determinado precedente judicial (WAMBIER, 2009, p. 53-62; SANTOS, 2016, p. 30).

Nos Estados Unidos da América nunca houve interesse em teorizar o direito de ação. Por conseguinte, afirma-se que o exercício da ação penal pública se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores (*prosecutorial discretion*), a qual também se manifesta nas atividades policiais e jurisdicionais, inclusive, na execução da pena.

Rosanna Gambini Musso *apud* Santos aduz a fundamentação da discricionariedade em razões políticas e utilitaristas, uma vez que descarta os crimes irrelevantes, enfatizando os delitos de vulto, cuja pressão enseja mais visibilidade no meio social. De um lado é promovida a despenalização, pontual e casuística de determinadas condutas, de outro, permite-se por meio da *plea bargaining* a individualização da pena. A autora também aponta como resultado a insegurança jurídica, já que pessoas, em idêntica situação, poderiam receber do Estado tratamento diferenciado (SANTOS, 2016, p. 31).

Ainda quanto ao sistema penal, o Judiciário não pode agir quando os promotores optam pelo arquivamento. Apesar de haver críticas na doutrina americana quanto a ampla discricionariedade, a Suprema Corte entende que a liberdade da promotoria é guiada por referências estritamente técnicas, gozando dos atos da presunção de correção. Em razão disso, caberia à vítima provar a má-fé da promotoria, ainda que com base em uma dúvida razoável quanto à correção de sua atividade (SANTOS, 2016, p. 32, 33).

Segundo Rodrigo da Silva Brandalise nos EUA existem dois modelos junto às cortes criminais o *due process model* (devido processo) e o *plea bargain model* (negociação). No primeiro, há a realização do sistema adversarial, em que ocorre o embate entre as partes (Estado e acusado). A definição da responsabilidade é feita pelo júri ou pelo juízo. Há ampla produção probatória e volta-se para a punição da conduta criminalmente tipificada, a

² Acrescenta-se a ideia que “*common law* ou “direito comum” é originário de regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes ingleses e lapidadas ao longo do tempo. É um sistema baseado no direito costumeiro” (WAMBIER, 2009, p. 53-62).

condenação e a sentença final. No segundo, o acusado tende a receber uma pena menor do que receberia caso houvesse um julgamento nos moldes anteriores. E a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação e reflete na otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal. O foco do presente estudo é o segundo modelo, o procedimento negocial de *plea bargaining*, e os acordos quanto à sanção a ser imposta correspondentes às *guilty pleas* (BRANDALISE, 2016, p. 66).

Convém salientar que o enorme aumento dos processos criminais nos Estados Unidos da América, desde a década de 1960, combinado à despesa de tempo e dinheiro, com julgamentos completos de júris, fez da *plea bargaining*³ o principal motor da justiça penal americana. Christopher Slobogin declara que a *plea bargaining* é usada para resolver mais de 95% de todos os casos criminais do país (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

Legisladores, procuradores e quase todos no âmbito legal compartilham da conclusão da Suprema Corte Americana de que a *plea bargaining* é um componente essencial à administração da justiça, sem a qual, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar o número de juízes e as instalações judiciais. Além de entenderem que, sem ela, o sistema criminal paralisaria (BROWN, 2016, p. 1225).

De acordo com Carol A. Brook a negociação de *plea bargaining* pode ocorrer em qualquer momento antes do início de um julgamento, bem como durante o julgamento, apesar de extremamente raro, dadas as considerações de política envolvidas. As negociações podem incluir qualquer aspecto do caso, como os ônus envolvidos, os fatos incluídos e a sentença solicitada. Todas as negociações ocorrem diretamente entre as partes sem qualquer mediador ou superintendente neutro, porque ao julgador é proibido se envolver no fundamento das negociações (BROOK, 2016, p. 1147).

O procedimento alusivo ao *plea bargaining* é regulado pela *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas* (Fed. R. Crim. p. 11). Contudo, as negociações podem começar muito antes de se aplicar a *Rule 11*. Pois, em alguns casos, a acusação pode chegar à pessoa alvo de uma investigação, antes que quaisquer acusações sejam formalizadas, oferecendo-lhe benefício potencial em troca de cooperação contra outros investigados. A acusação também pode querer que o investigado forneça nomes ou outras informações sobre um crime maior,

³ Nomenclatura dada à colaboração ou delação premiada nos Estados Unidos da América (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

ou auxilie nas investigações gravando uma chamada telefônica, por exemplo (BROOK *et al.*, 2016, p. 1147).

Conforme *Rule 11*, o réu possui três alternativas: declarar-se expressamente culpado (*plea of guilty*), afirmar que não contesta a acusação, sem assumir a culpa (*plea of nolo contendere*), ou declarar-se inocente (*plea of not guilty*). No silêncio do acusado, entende-se que ele se declarou inocente (FED. R. CRIM. p. 11).

A declaração de culpa (*plea of guilty*) implica condenação criminal com todos os gravames decorrentes, inclusive título executivo judicial em favor da vítima. Neste caso, o réu declara-se culpado a fim de obter uma reprimenda mais leve, em detrimento de um julgamento, em que assume o risco de receber pena mais rigorosa (SANTOS, 2016, p. 34).

Existe, ainda, a chamada declaração de culpa condicionada (*conditional plea*), na qual o acusado não contesta a conduta a ele imputada, mas sim a legalidade da persecução, que reflete na própria condenação criminal, tais como questões de cunho processual e violações de garantias constitucionais (FED. R. CRIM. P. 11(a) (2)).

A culpa condicionada somente é veiculada depois de prévio consentimento da promotoria e posterior aprovação judicial, podendo encerrar, tanto a declaração de culpa (*plea of guilty*), como a de não contestação da acusação (*plea of nolo contendere*). Nesta última, o acusado não reconhece a culpa, mas opta por não impugnar a contestação. Em razão disso, a condenação criminal decorrente da não contestação, não constituirá título executivo à disposição da vítima. Trata-se de sentença penal condenatória com todos os ônus inerentes (SANTOS, 2016, p. 35).

Portanto, a diferença entre a declaração de culpa e a declaração de não contestação reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto a segunda não, uma vez que inexistente a confissão e ela não é aceita em todos os Estados americanos (BRANDALISE, 2016, p. 65).

No debate preliminar entre acusação e defesa as partes podem pactuar que a promotoria retire algumas acusações contra o réu. A acusação pode recomendar ao juiz determinada condenação, ou aprovar a proposta de título condenatório veiculada pela defesa, ficando o réu ciente de que tal solicitação não vincula o Juízo, o qual poderá decidir inclusive de forma mais gravosa. As partes podem, ainda, estipular uma condenação específica para o caso concreto (FED. R. CRIM. P. 11 (c) (b) (e) (1)).

Quanto à legitimidade, o *plea bargaining* se sujeita à iniciativa da promotoria. No entanto, nada impede que a defesa inicie as negociações. Para que a declaração de culpa ou de não contestação seja válida, é imprescindível que resulte de vontade livre e consciente do acusado. Portanto, são a voluntariedade e a inteligência que constituem os pressupostos de validade da negociação.

A voluntariedade caracteriza-se pela livre manifestação de vontade do acusado, sem ameaças, violências ou promessas falsas. Em razão disso, o juiz deve indagar pessoalmente o imputado em audiência. A Suprema Corte norte-americana interpreta o requisito de forma restritiva, de maneira que apenas haverá invalidade na declaração do acusado que for obtida de maneira física ou emocionalmente coercitiva (violência ou ameaça) ou de má-fé (mediante a veiculação de promessas juridicamente inatendíveis). Um exemplo de tolerância às estratégias da promotoria é a possibilidade de, propositalmente, ajuizar contra o acusado acusações mais severas, com o objetivo de impeli-lo a fazer o acordo (SANTOS, 2016, p. 37-38)⁴.

Portanto, a Suprema Corte limita o alcance do vício de vontade, o qual se restringe às ameaças ilícitas. A manipulação de alternativas de imputação delituosas previstas na legislação é conduzida para convencer o acusado a aceitar o acordo. A inteligência decorre da manifestação de vontade consciente, o acusado deve entender o conteúdo e as consequências do pacto. Assim, não basta o acusado ser mentalmente saudável, é imprescindível que saiba o real significado da declaração de culpa ou de não contestação, como prevê *Rule 11 (b) (1)* deve estar ciente da ciência da natureza da infração, os efeitos decorrentes da condenação criminal, bem como das garantias processuais renunciadas (direito a defesa técnica, ao contraditório e não autoincriminação)⁵.

⁴ O autor acrescenta: “Sobre a voluntariedade, a Suprema Corte já se manifestou no caso *Brady v. U.S.* (1970). Este precedente versou sobre um jovem, Brady, que havia sido acusado de extorsão mediante sequestro. Se ele fosse levado a júri poderia ser recomendada a pena de morte; se preferisse o julgamento por um Juízo monocrático, a pena máxima que poderia sujeitar-se seria a prisão perpétua. Inicialmente, o acusado escolheu o julgamento pelo júri, após, optou por declarar-se culpado, sendo condenado, pelo juízo singular, à pena de cinquenta de reclusão reduzida para trinta. Ele recorreu à Suprema Corte, a fim de invalidar sua declaração de culpa, alegando que ela não havia sido livre, mas fruto de coerção, representada pela previsão legal de lhe ser imposta a pena capital, caso escolhesse ir a júri. A Corte indeferiu o pedido, argumentando que sua declaração de culpa não foi coagida, mas, sim causada pela legislação, que prevê a pena de morte para a hipótese” (SANTOS, 2016, p. 38).

⁵ A Suprema Corte, no precedente *Godinez v. Moran* (1993) decidiu, por maioria, que o grau de discernimento exigível para validar uma declaração de culpa é o mesmo necessário para que o réu seja submetido a julgamento, nunca menor (UNITED STATES SUPREME COURT. *GODINEZ v. MORAN*, 1993).

É importante destacar que a maioria dos precedentes das cortes norte-americanas consagrou o entendimento de que o acusado não precisa ter ciência prévia das consequências colaterais da sentença penal condenatória, além das especificadas na *Rule 11*. A ignorância não invalidaria o acordo. A lógica decorre do fato de que o acusado sempre é assistido por um defensor, o qual deve informá-lo sobre todos os desdobramentos de uma condenação criminal, caso opte pela declaração de culpa (SANTOS, 2016, p. 41-42).

Quanto ao direito de acesso ao suporte probatório que embasa a pretensão condenatória, consolidou-se o entendimento de que se restringe às provas exculpatas, ou seja, favoráveis ao réu⁶. Para validade do acordo, também é necessário que o acusado tenha plena noção das garantias processuais renunciadas em razão do pacto, como o direito ao julgamento convencional, advogado, não autoincriminação e ao contraditório⁷.

2.4.1 Procedimento da *plea bargaining*

A transação entre acusação e defesa é realizada no prejulgamento (*pretrial*), devendo ser gravada. Caso se ajuste uma declaração de não culpa ou de não contestação, as gravações devem apresentar as indagações feitas pelo juiz ao acusado quanto à voluntariedade e inteligência da declaração (FED. R. CRIM. P. 11 (g)).

Na hipótese de não ser cumprida alguma formalidade, o acordo apenas é anulado se houver prejuízo ao acusado. Se não houver sido prejudicada nenhuma garantia substancial, o procedimento é considerado perfeitamente válido. Outro ponto a ser destacado é que o juiz não deve participar das discussões atinentes à avença (FED. R. CRIM. P. 11 (c) (h)).

O papel do juiz se limita a decidir quanto tempo dar às partes para negociar. Quando o acordo é levado ao tribunal, deverá ser revelado em audiência pública (*open court*), mantendo-se o sigilo apenas de necessário (BROOK *et al.*, 2016, p. 1147).

⁶ Santos diz também: “No caso U.S. v. Bagley (1985), a Suprema Corte declarou que o não acesso da defesa ao acervo probatório da acusação, mesmo às exculpatas, apenas vicia o negócio jurídico se o acusado provar que, na hipótese de ter tomado ciência dele, não teria pactuado, preferindo o julgamento convencional com todos os riscos inerentes (SANTOS, 2016, p. 43).

⁷ “Apesar da posição da Suprema Corte, e dos termos da Regra Federal nº11, a jurisprudência tende a mitigar tal exigência, como se depreende do caso U.S. v Henry (1991), em que o Tribunal do 7º Circuito Federal estabeleceu que, se o acusado tiver ciência de que a declaração de culpa importa em renúncia ao direito de ser submetido a julgamento clássico, seria desnecessário adverti-lo dos demais direitos daí decorrentes” (SANTOS, 2016, p.44).

O tribunal pode rejeitar ou aceitar o acordo consistente no arquivamento de algumas imputações ou na indicação de uma condenação específica para o caso em exame. Se o pacto envolver recomendação ou pedido de uma determinada sentença condenatória, o Juízo deverá prevenir o réu quanto à impossibilidade de retratar-se, ainda que seja recusada a proposta (FED. R. CRIM. P. 11 (c) (3) (B)).

Uma vez celebrado o acordo, o réu não pode mais desistir e rever sua declaração, apenas em casos excepcionais de razoáveis e justos motivos, ainda assim, antes de formalmente anunciada a sentença condenatória (SANTOS, 2016, p. 46).

Na hipótese de ser rejeitado o pacto, o juiz deverá informar as partes, de preferência em audiência pública, quando o réu terá a oportunidade de retirar a declaração de culpa, exceto se o acordo consistir em uma recomendação ou pedido de sentença específica. Optando o réu pela retirada do acordo, o processo passa a ter ordinário seguimento, e o acordo não homologado não poderá ser utilizado como prova contra o acusado (seus direitos processuais são mantidos intactos). Caso insista no pacto, a Corte deve alertá-lo de que a resposta penal poderá ser mais gravosa que a desejada no acordo (BRANDALISE, 2016, p. 68; SANTOS, 2016, p. 46).

Acrescenta-se que são poucos os tribunais que conferem à participação do acusado nas negociações realizadas entre advogado e promotoria, pois *plea bargaining* é um procedimento negocial entre advogados. Porém, antes de referendar a declaração de culpa do acusado, condenando-o, o juízo deve verificar se existe lastro probatório para tanto. Caso contrário rejeitará o pacto (FED. R. CRIM. P. 11 (b) (3); SANTOS, 2016, p.47).

As partes (acusação e defesa) estão vinculadas aos termos do acordo que celebraram. Se a acusação mostrar interesse em quebrar o acordo, a defesa deve ser informada para que mantenha interesse em nova negociação. A defesa pode quebrar o acordo antes que seja aceito pelo juízo, depois de aceito, apenas quando for prevista tal possibilidade ou quando houver demonstração de qualquer razão justa e lícita para sua. Uma vez prolatada a sentença, o acordo (*guilty plea* ou *nolo contendere*) não pode mais ser retirado, salvo se houver alguma determinação em procedimento judicial posterior que demonstre qualquer invalidez ou invalidação (BRANDALISE, 2016, p. 72; FED. R. CRIM. P. 11 (e)).

Na hipótese de o acusado descumprir o avençado, a declaração de culpa é anulada, ficando submetido a julgamento. Depois de referendada judicialmente, a declaração de culpa apenas poderá ser impugnada pelo réu se não tiver sido voluntária e/ou consciente, se tiver havido quebra do acordo pelo promotor ou inobservância do acordo pela Corte, ou se houver

vícios que comprometam a validade da declaração. Tais impugnações podem ser manejadas por meio de apelação ou habeas corpus (SANTOS, 2016, p. 49).

Assim, *plea bargaining* consiste em mera sugestão de sentença, sendo o juízo livre para dissentir. Caso acate, o juízo deverá analisar a legalidade do acordo, se há suporte probatório suficiente para uma condenação criminal, caso contrário, o pacto será indeferido. O controle jurisdicional da transação, portanto, é restrito, pois o juízo não tem controle da atividade acusatória da promotoria.

Brandalise adverte que a sentença permanece como ato do juiz, inclusive na fixação da pena, mas a regra é a observância dos termos do acordo. As acusações afastadas pela promotoria podem servir de agravantes no momento da fixação da pena. Na hipótese de o acordo ser afastado, o juiz está livre para apreciação (BRANDALISE, 2016, p. 72).

É necessário ressaltar que a Suprema Corte no caso *Corbitt v. New Jersey* reconheceu a essencialidade dos acordos de sentença para o sistema americano, com a compreensão de que a ele se aplicam os princípios de contrato, notadamente porque o promotor deve cumprir com as promessas estabelecidas quando da celebração, assim como no que tange aos elementos de voluntariedade e de compreensão, o que deve ser aferido pelo juízo (BRANDALISE, 2016, p. 75).

2.4.2 Visão da doutrina norte-americana acerca da *plea bargaining*

Segundo Douglas W. Maynard, na obra *Inside Plea Bargaining*, o termo apresenta a seguinte definição:

[...] *plea bargaining* é um tipo de ‘troca do sistema discursivo’, ou seja, determinado discurso é colocado à disposição de outros, o que inclui a conversação diária. É um tipo de discurso original [...] porque ocorre em uma única situação, no processo de justiça criminal, em que os participantes estão inseridos em rotinas de trabalho, interagindo com outras pessoas e atividades que influenciam como as negociações podem ser conduzidas (MAYNARD, 1984, p. 71, **tradução nossa**).

Conforme a doutrina norte-americana, as altas taxas de criminalidade e as grandes despesas com os julgamentos naquele país, justificariam a utilização do instituto de *plea bargain*. Contudo, ressalta-se a necessidade de adequação aos objetivos do sistema criminal americano. Os objetivos são múltiplos: retribuição, dissuasão, incapacitação e reabilitação.

Mas, nos últimos quarenta anos, a retribuição está sendo predominante. O intuito do legislador é punir os infratores da maneira como eles merecem (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

No entanto, quando se trata de *plea bargaining*, Slobogin destaca que existe um problema fundamental na retribuição, porque, para que a negociação funcione, deve haver necessariamente uma divergência significativa entre a sentença que dela resulta e a sentença que provém do julgamento (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

Percebe-se, pois, que a preocupação é a de que *plea bargaining*, em vez de perseguir a justa disposição, seja ela qual for, exige que os promotores estejam dispostos a buscar duas sentenças totalmente diferentes, sendo que, pelo menos uma delas, será desproporcional à culpabilidade do réu⁸.

Também existe uma preocupação com as tradições processuais norte-americanas. Como a resolução de processos criminais ocorre, em geral, por meio de *plea bargaining*, poucos réus exercem o direito de permanecer em silêncio, testemunhar, confrontar acusadores ou ser ouvido por um júri durante um julgamento público. Ao contrário, os direitos são usados nas negociações com o promotor e são abandonados rotineiramente. Por exemplo, os acordos comumente incluem a renúncia ao direito a prova de desculpa, a assistência efetiva de advogado e o de apelar.

Percebe-se, pois, que a crítica ao instituto de *plea bargaining* envolve a ampla possibilidade de negociação pelos promotores, devido a ofertas atraentes aos réus, acarretam o reconhecimento de culpa por pessoas inocentes, mas em situações de desespero.

Por outro lado, os autores reconhecem que *plea bargaining* tornou-se inevitável, tendo em vista a busca pela eficiência. Diz-se que, sem as negociações, o sistema penal entraria em colapso. No entanto, entende-se que elas não podem ser feitas sem levar em consideração o mérito do acusado, importando grandes distorções entre as sentenças advindas dos julgamentos e as sentenças oriundas das negociações com a renúncia de direitos constitucionais.

Slobogin afirma, também, que a negociação do delito, ao acarretar uma diferença entre a disposição negociada e a disposição que ocorre quando o réu opta pelo julgamento, não se justifica em um regime retributivo. Em contrapartida, o autor entende que *plea bargaining*

⁸ “A este respeito, tem-se o caso de Hayes vs. Bordenkircher. Neste precedente, a promotoria disse a Paul Hayes, acusado de sua terceira ofensa (uma falsificação), que se ele não se declarasse culpado e aceitasse uma pena de cinco anos, ele enfrentaria um julgamento que exigiria a prisão perpétua. Hayes recusou o negócio, foi condenado, e foi sentenciado à pena de morte” (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

tem respaldo em um sistema de justiça criminal voltado para a justiça preventiva, porque a negociação seria mais atraente aos réus, já que concentra em diferentes maneiras a redução de riscos, dos quais provavelmente alguns serão mais atraentes do que enfrentar um julgamento (SLOBOGIN, 2016, p. 1505).

O autor ainda destaca que o ideal, de fato, seria ter todos os casos devidamente julgados, com todas as garantias inerentes. Contudo, ele reconhece como um ideal não realista devido os altos índices de criminalidade e o elevado custo dos processos nos EUA. Dessa maneira, ele conclui que é necessário o abandono do princípio de controle das provas pelas partes e que os juízes tenham maior controle durante as negociações. Com isso, em um julgamento ou em casos em que as partes negociam, todas as evidências devem ser apresentadas. Direitos que não são intrínsecos à *plea bargaining*, como o de defesa eficaz, nunca poderiam ser negociados (SLOBOGIN, 2016, p.1505).

Há intenso debate sobre *plea bargaining* na comunidade legal, bem como, entre o público em geral. O debate envolve basicamente três fatos: a disparidade racial entre os condenados à prisão e aqueles que não são; em particular, nos casos que envolvam drogas, há uma enorme diferença entre os julgamentos feitos pelos juízes e os acordos pelos promotores; e o hábito de pessoas inocentes se declararem culpadas e serem condenadas a prisão em razão das ofertas de acordos feitos pelos promotores (BROOK *et al.*, 2016, p. 1147).

Entende-se, ainda, ser os benefícios trazidos pela *plea bargaining* como indiscutíveis, entre os quais está a economia de recursos com julgamentos longos e o próprio interesse dos acusados em não se submeterem ao risco de um julgamento. No entanto, a ausência de controle judicial sobre as negociações ensejam a ampla liberdade dos promotores de intimidarem os acusados, forçando-os a firmar os acordos. Dessa forma, também se faz necessário que os juízes cumpram o papel de julgadores, não podendo os promotores terem livre disposição para negociarem e fixarem penas a serem cumpridas pelos acusados (BROOK *et al.*, 2016, p. 1147).

2.5 DIREITO NEGOCIAL NA ITÁLIA

É oportuno traçar as linhas gerais do ordenamento processual penal italiano, sobretudo nas particularidades relativas ao exercício da ação penal.

2.5.1 Noções gerais sobre o exercício da ação penal

Na Itália, o exercício da ação penal pública, é privativo do Ministério Público, orientando-se pelo princípio da obrigatoriedade, previsto na Constituição italiana no art. 112⁹. O princípio é reiterado no CPP italiano, art. 50, item 1¹⁰.

Percebe-se, pois, que, assim como no Brasil, o Ministério Público somente provoca a ação penal quando estiverem presentes os pressupostos necessários, como a justa causa. Dessa maneira, em razão do princípio da obrigatoriedade, o órgão acusador está impedido de desenvolver um juízo de oportunidade/conveniência quanto ao processamento da acusação. Ele apenas emite juízo de legalidade e, presentes os requisitos, deve oferecer a denúncia (SANTOS, 2016, p. 52).

Michele Morello (2000) *apud* Santos (2016) afirma que o princípio da obrigatoriedade vem sendo criticado, mormente a partir de 1990. A crítica principal decorre da busca pela eficiência do Direito, já que, sendo inevitável a denúncia, o Judiciário sobrecarrega-se de processos, muitas vezes, relacionados a delitos de pequena importância. O exercício da ação penal deveria ser guiado pela gravidade do injusto, capacidade persecutória do Poder Judiciário e contexto social que se insere o suposto acusado. Destaca-se, também, que, na prática forense italiana, os promotores não estão observando à risca o princípio da obrigatoriedade. O Ministério Público, diante da crescente proliferação de normas penais incriminadoras, do aumento da criminalidade em determinados seguimentos sociais, e da debilidade da polícia, está sobrecarregado, sendo compelido a fazer escolhas sobre quais infrações penais realmente merecem ser objeto de ação (SANTOS, 2016, p. 52).

Diante disso, Santos informa a busca da doutrina italiana de justificar a mitigação do princípio da obrigatoriedade, fazendo uma interpretação restritiva do aludido art. 112 da Constituição italiana, argumentando a não obrigatoriedade da norma de ação penal, e apenas o órgão acusador tem o dever de exercê-la, ainda que discricionariamente. Percebe-se, pois, que as críticas à obrigatoriedade partem de um discurso eficientista, em busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente (SANTOS, 2016, p. 53).

⁹ Art. 112. “O Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal” (CONSTITUIÇÃO ITALIANA, ART. 112).

¹⁰ Art. 50, item 1., “O Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento” (CPP italiano, art. 50, item 1).

Prosseguindo na análise do sistema processual penal italiano, de acordo com a Constituição italiana, art. 107, item 4, observa-se que o Ministério Público integra o Poder Judiciário. Os procedimentos investigatórios, que se incluem na fase pré-processual, são presididos pelo Ministério Público italiano, CPP italiano, art. 347, que é titular da polícia judiciária. Contudo, na prática, a maioria das atividades investigativas é delegada à polícia italiana, conforme CPP italiano, art. 370.

O Código de Processo Penal italiano suprimiu a figura do juiz instrutor¹¹. A Itália ainda possui juízes competentes para atuar na fase das investigações preliminares, contudo, sem exercer atividades investigatórias, que são atribuições do Ministério Público e da polícia. O papel dos magistrados é zelar pela produção antecipada de provas, prisões cautelares e fiscalizar o exercício da ação penal pública. Já o Promotor não mais possui poderes coercitivos (SANTOS, 2016, p. 54).

Concluídas as investigações, o promotor oferece denúncia ou pede o arquivamento. O pedido de arquivamento é submetido ao controle do juiz e, pode ter como fundamento, a insuficiência probatória (CPP italiano, art. 408, do), a extinção da punibilidade, a atipicidade da conduta, a ausência de alguma condição especial de procedibilidade (CPP italiano, art. 411) ou a autoria ignorada (CPP italiano, art. 415). No caso de arquivamento por insuficiência de prova, o CPP italiano, art. 414 prevê a possibilidade de o juiz autorizar a reabertura do inquérito, a pedido do Ministério Público, desde que motivado por exigências de novas investigações.

Iniciada a ação penal, segue-se o procedimento ordinário, cujo primeiro ato é a audiência preliminar (CPP italiano, art. 416), oportunidade na qual o juiz receberá ou não a denúncia (CPP italiano, art. 429; art. 425). Os procedimentos especiais são: o juízo abreviado e a aplicação consensual da pena, que é feito no momento processual reservado à audiência preliminar, tendo como finalidade principal evitar a instrução e o julgamento convencional; o juízo diretíssimo e o juízo imediato, os quais resultam no julgamento direto da causa, suprimindo a audiência preliminar; e o procedimento por decreto penal, monitório, que consiste na imediata expedição do decreto condenatório, pautando-se, exclusivamente, nas peças de informação colhidas ao longo das investigações, sem oitiva do acusado, a quem se

¹¹ “A figura do juiz instrutor integra o procedimento do “Juizado de Instrução”, no qual eram obtidos os elementos de prova que seriam utilizados na fase de julgamento (ou *giudizio*). Estas provas, obtidas pelo juiz instrutor, eram levadas para a fase do “giudizio”, e eram apreciadas por outro juiz” (FOLGADO, 2000, p. 1-5).

reserva apenas o direito à oposição, que, se exercido convola o procedimento monitório em ordinário.

2.5.2 Modelos de justiça negocial

O estudo do direito negocial na Itália perpassa pela análise da expansão das organizações criminosas deste país.

Walter Barbosa Bittar afirma que no fim dos anos 60, em razão da máfia, da difusão do terrorismo e dos crimes de extorsão mediante sequestro, o legislador foi forçado a buscar estratégias para o combate da criminalidade, concentradas em três planos: o investigativo, com a criação de órgãos investigativos especializados e coordenação entre os membros do Ministério Público encarregados da investigação; o processual, que utiliza de “processo investigativo”; e o sancionatório, em que houve aumento das sanções para delitos cometidos por organizações criminosas (BITTAR, 2011, p. 230).

Ainda de acordo com Bittar, o ataque às organizações apenas seria eficaz com a associação de normas que, por um lado, agravassem as sanções dos autores deste tipo de crime e, por outro lado, possibilitassem a concessão de atenuante a quem, dissociando-se dos cúmplices, ajudasse as autoridades a evitar as consequências do crime, ou colaborasse na elucidação dos fatos ou na identificação dos agentes (BITTAR, 2011, p. 230).

A introdução do direito premial no ordenamento jurídico-penal italiano deu-se por meio da Lei nº 497/1974, art. 5 e 6. O art. 5 elevou a pena do crime de extorsão mediante sequestro, e o art. 6 estabeleceu uma atenuante para o participante do crime que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento de resgate (BITTAR, 2011, p. 231).

Bittar acrescenta que o Decreto-Lei nº 625/1979, convertido posteriormente com modificações na Lei nº 15/1980, prevê medidas urgentes para a tutela da ordem democrática e da segurança pública. O diploma criou, ainda, novas figuras delitivas ligadas ao terrorismo ou à inversão da ordem democrática, com penas maiores. Por outro lado, o art. 4 estabeleceu benefícios de delação premiada, no caso do concorrente que, separando-se dos outros, esforça-se para evitar que a atividade delituosa seja levada a consequências posteriores, ou ajude concretamente a autoridade policial e a judicial na busca de provas decisivas para a individualização ou a captura dos concorrentes. A prisão perpétua é substituída pela reclusão de 12 a 20 anos, e as outras penas diminuídas de um terço à metade (BITTAR, 2011, p. 231).

A Lei nº 304/1982 sobreveio basicamente para aumentar a quantidade das atenuantes estabelecidas na lei anterior e beneficiar condutas, não somente de colaboração ativa, mas também de simples dissociação do grupo criminoso, ou seja, de condutas baseadas na admissão dos fatos cometidos e a declaração do afastamento da violência como forma de luta política (BITTAR, 2011, p. 232).

Neste mesmo ano, foi aprovada a Lei *Rognoni-La Torre*, a qual inseriu o crime de associação mafiosa no CPP italiano, art. 416 b. Então, começaram os debates para a extensão da delação para fatos relacionados à máfia. Com isso, foram introduzidas causas atenuantes para os colaboradores relacionados aos delitos de tráfico de entorpecentes. Com o assassinato do juiz Rosário Livatino e a pressão por parte dos magistrados da Sicília exigindo um combate mais eficaz aos grupos criminosos, o Decreto-Lei nº 8/1991 foi promulgado e convertido com alterações na Lei nº 82/ 1991. Tal norma estabelece regras sobre a proteção dos colaboradores e testemunhas nos processos (BITTAR, 2011, p. 233).

Bittar declara, também, que a figura do colaborador na Itália é conhecida como *pentiti* (ou arrependido). O direito italiano preocupou-se em tratar a participação no processo como “testemunha suspeita”, uma vez que também estão envolvidos com os fatos. Em razão disso, o CPP italiano, art. 192, § 3 e 4, exige que as declarações tenham valoração prudente e como prova só são válidas se houver outros elementos que confirmem autenticidade (BITTAR, 2011, p. 233).

A fim de regulamentar e complementar tais dispositivos, a Suprema Corte italiana estabeleceu três fases para a valoração das declarações: primeiramente deve ser verificada a credibilidade do declarante por meio de dados como personalidade, passado, relação com os acusados e motivo da colaboração; em segundo lugar é analisada a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração de seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; e por último, valora-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas (BITTAR, 2011, p. 234).

No ano de 2001 foram reformadas algumas regras referentes aos colaboradores da justiça, com a Lei nº 45/2001 e Lei. 63/2001. A Lei nº 45/2001 trouxe o *verbale illustrativo*, o qual fixa os exatos termos e âmbito em que a declaração poderá ser utilizada: o legislador impõe tempo (prazo de 180 dias, a partir do momento que o sujeito manifesta vontade em colaborar), forma e modo (resumo verbal e documentação integral mediante registro fonográfico ou audiovisual) de redação para a preparação do *verbale*, proibindo-se qualquer contato entre quem está prestando declarações e os demais colaboradores. A inobservância

destas regras acarreta a inutilidade processual do documento. No caso de omissão ou falsidade nas declarações, pode ser determinada a revogação da medida de proteção, dos benefícios penitenciários e a revisão do processo que concede a diminuição de pena. A Lei nº 45/2001 proíbe, também, os colaboradores da justiça, que acusem uma mesma pessoa, disponham de um defensor comum (BITTAR, p. 236).

A Lei nº 63/2001 traz previsões para balancear as exigências do contraditório na formação da prova, tutelar o direito de defesa do colaborador e impedir a total dispersão dos meios de prova adquiridos durante as investigações preliminares. Em razão disso, o legislador restringiu o direito ao silêncio do colaborador, de maneira a não repetir no debate as declarações anteriormente prestadas no que se refere aos crimes pelos quais responde, contudo, em todos os outros casos, fica obrigado a responder todas as perguntas sobre a responsabilidade dos outros, assumindo, portanto, os deveres de testemunha. Quanto à utilização das declarações prestadas, no caso de divergirem em juízo das que constam do *verbale illustrativo*, afetam a credibilidade como testemunha. Quando as declarações não são confirmadas em juízo, elas são utilizadas de forma limitada. Na hipótese de o colaborador refutar, de forma voluntária, as declarações anteriores, elas são proibidas de serem utilizadas (BITTAR, 2011, p. 237).

Após breve análise sobre as normas que fixam as regras dos colaboradores da justiça, se faz necessário apreciar as espécies de negociação italiana que englobam tanto a sanção aplicada quanto o procedimento adotado.

2.5.2.1 *Negociação do procedimento*

O procedimento é negociado por meio do juízo abreviado (ou monitório), o qual tem cabimento em qualquer delito, inclusive os mais graves. Este juízo é realizado na fase de audiência preliminar quando o acusado (que toma a iniciativa) pede o imediato julgamento, devendo fazê-lo antes de o juiz receber ou rejeitar a ação penal proposta pelo Ministério Público (CPP italiano, art. 438, item 2). O acusado pode propor pessoalmente ou por meio de procurador com poderes especiais (CPP italiano, art. 438, itens 1 e 3). O consentimento do órgão acusador é imprescindível (SANTOS, 2016, p. 57-58).

O acusado renuncia às garantias processuais (em especial, contraditória e ampla defesa), concordando que o Poder Judiciário decida a demanda com base apenas nas peças de informação colhidas na fase investigatória (CPP italiano, art. 438, item 1).

Este rito pode resultar, caso seja julgada procedente a pretensão punitiva estatal, em uma sentença penal condenatória. O juiz condena apenas se houver suporte fático para tanto. Neste caso, o CPP/1988, art. 422, item 2 concede ao imputado algumas vantagens, como a redução de 1/3 da pena e caso seja cominada para o crime a pena de prisão perpétua é substituída pela pena privativa de liberdade por 30 anos. Para que o procedimento seja realizado é necessário que o acusado seja mentalmente saudável, devendo sua escolha decorrer de manifestação livre e consciente de vontade (SANTOS, 2016, p. 58).

O procedimento por decreto penal (ou monitório), por sua vez, depende de iniciativa do Ministério Público, ainda na fase preliminar, alcançando, tanto os crimes de ação penal pública, quanto os de iniciativa privada. Neste último, a proposta pelo procedimento apenas tem cabimento depois de oferecida a queixa-crime, dependendo, ainda, do consentimento do querelante (CPP italiano, art. 459, item 1). Acrescenta-se que deve constar nos injustos penais de menor potencial ofensivo, apenados, no máximo, com sanções detentivas. Assim, o órgão acusador oferece ao juízo um decreto penal condenatório que consiste na imediata aplicação de uma pena pecuniária (CPP italiano, art. 459, item 1), ou uma pena mínima legal reduzida da metade (CPP italiano, art. 459, item 2). Ao procedimento não cabe quando importar na imposição de medida de segurança (CPP italiano, art. 459, item 5).

O juiz, para aprovar o procedimento, deve avaliar a legalidade, sobretudo se há suporte probatório suficiente para a prolação da sentença penal condenatória (provas da existência da autoria e materialidade do crime; ausência de excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). A rejeição do pedido não importa em absolvição, tendo em vista que, sequer há imputação delituosa formalmente dirigida ao acusado, tampouco juízo negativo de admissibilidade da pretensão punitiva estatal. Com a rejeição, ao Ministério Público é restituído o direito de ação (CPP/1988, art. 459, item 3).

Aprovado pelo juízo, o acusado e o civilmente responsável indicado na proposta são notificados pessoalmente. Notificado, o réu poderá impugnar o decreto penal e indicar a observância de outro procedimento ou mesmo sugerir o *patteggiamento*¹² conforme CPP, art. 461, item 3. Quedando-se inerte, o decreto penal é homologado pelo juízo como condenação criminal.

As vantagens advindas do acordo judicial são: isenção de custas; não imposição de penas acessórias; não representação de título judicial em desfavor do imputado, posto inexistir

¹² Acordo judicial, **tradução nossa**.

confissão expressa de culpa; e, passados cinco anos, se a condenação tinha como objeto um crime ou dois, se versava sobre contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, exceto se o condenado cometer novo crime da mesma natureza (SANTOS, 2016, p. 57).

2.5.2.2 *Negociação da pena*

O procedimento de negociação da pena entre o Ministério Público e o réu é denominado de *patteggiamento*, o qual consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado. Pode-se afirmar que a introdução do *patteggiamento* no sistema jurídico italiano ocorreu quando ainda era inquisitório, com a Lei nº 689/1981, art. 77, conhecida também como *Legge di depenalizzazione*.

Segundo Roberto Angelini o art. 77 desta lei previa que o arguido, antes do começo do julgamento, poderia pedir ao juiz, caso o crime fosse punível em até dois anos de prisão, a aplicação de uma multa ou da medida da *libertà controllata*. Se o juiz concordasse (e o Ministério Público também), o arguido evitava o julgamento, o juiz declarava a extinção do processo e determinava a sanção substitutiva e a sua duração. Esse benefício, porém, não se podia obter mais que uma vez e, por isso, a sentença de extinção do processo por *patteggiamento* precisava ser anotada no registo criminal (ANGELINI, 2013, p. 223).

No presente, o *patteggiamento* está previsto no CPP italiano, art. 444-448, tendo como objeto a obtenção de uma pena mais branda. O acusado autoriza a aplicação da pena restritiva de direitos ou pena pecuniária, reduzida de até um terço, ou pena privativa de liberdade, desde que reduzida de até um terço não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativa ou não com pena pecuniária (CPP italiano, art. 444, item 1).

Não há reconhecimento expresso de culpa, mas sim uma admissão implícita de culpa, sem qualquer repercussão jurídica. Portanto, não constitui título executivo em favor da vítima, sequer eficaz no âmbito administrativo (CPP italiano, art. 445, item 1bis). O acusado pode externar vontade expressa ou por meio de procurador com poderes especiais (CPP/1988, art. 446, item 3), podendo ser feita na audiência oralmente ou por escrito (CPP italiano, art. 446, item 2). É necessário, ainda, esclarecer que a negociação tem lugar até mesmo na fase investigatória, desde que o órgão acusador consinta quando o juiz designará audiência para apreciá-la (CPP italiano, art. 447, item 1).

A decisão que aceita o *patteggiamento* tem natureza de sentença penal condenatória (CPP italiano, art. 445, 1bis). Portanto, é fundamental que haja justa causa (lastro probatório mínimo), sob pena de rejeição pelo juiz (CPP italiano, art. 444, item 2). No caso de rejeição, haverá a devolução ao Ministério Público, que poderá readequar o acordo e, caso não o faça, o processo será julgado.

O papel do juiz é de controle de legalidade do procedimento, bem como, de avaliar a conveniência da pena pactuada à luz da conduta delituosa aparentemente cometida. O acordo apenas é autorizado se houver provas suficientes acerca da existência e autoria do crime, da tipicidade, ausência de excludentes de ilicitude, culpabilidade e de causas extintivas da punibilidade. Cumpre ao juiz ainda observar a proporcionalidade entre a pena proposta e a imputação dirigida ao réu (CPP italiano, art. 444, item 2).

Brandalise ressalta que a pena decorrente do *patteggiamento* deve atender às finalidades de prevenção geral, mas com os limites impostos pela gravidade do fato e a culpabilidade do agente com a possibilidade de redução se as razões de prevenção especial assim exigirem (BRANDALISE, 2016, p. 97).

O autor apresenta, então, os incentivos à aceitação da negociação da pena: para os crimes apenados em até dois anos, a redução da pena pode ser de até 1/3; quando a pena acordada for de até dois anos, é concedida ao acusado a suspensão condicional da pena, a dispensa do pagamento das custas processuais, a inaplicabilidade das penas acessórias e das medidas de segurança previstas em lei (salvo o confisco), conforme CPP italiano, art. 445, item 1; e se a pena ficar entre os limites de dois e cinco anos, a pena é reduzida em 1/3. Também é possível extinguir o crime se não houver o cometimento de outra figura típica criminosa no prazo de cinco anos (se houve a prática de crime anteriormente) ou de dois anos (se o delito anterior for uma contravenção) (BRANDALISE, 2016, p. 99).

A sentença é insuscetível de apelo, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo acusado (CPP italiano, art. 448, item 2, segunda parte), por ausência de interesse recursal. Pode-se afirmar, portanto, que tal modalidade de negociação implica em renúncia ao direito de recorrer. É possível que a transação penal seja proposta exclusivamente pelo réu e autorizada pelo juiz, independentemente de aquiescência do MP (CPP italiano, art. 446), hipótese sobre a qual se poderá apelar da sentença (CPP italiano, art. 448, item 2, primeira parte).

Convém salientar que a Corte Constitucional italiana, em 02 de junho de 1995, reconheceu a constitucionalidade do *patteggiamento* à luz das garantias do devido processo

legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da inviolabilidade da liberdade (SANTOS, 2016, p. 62).

Para ser válida a manifestação de vontade do ofendido deve ser livre e consciente, o que impõe saúde mental e plena capacidade de entendimento e autodeterminação (CPP italiano, art. 446, item 5). O *patteggiamento* não se estende a toda e qualquer infração penal, tampouco a todo acusado. Pode ocorrer no procedimento ordinário (durante a audiência preliminar) e nos ritos diretíssimo e imediato (antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento), antecede a apreciação do mérito pelo juízo (CPP italiano, art. 446, item 2; art. 448, item 1).

Percebe-se, pois, que, assim como no direito norte-americano, na Itália, a colaboração premiada está inserida no direito penal negocial, uma vez que, muitos acordos em torno da capitulação delitiva e/ou da pena aplicável ao réu, condicionam-se à sua potencial colaboração na persecução penal.

Apesar de a colaboração não integrar o rol de atenuantes do CPP italiano, art. 62, o art. 62bis explicita que a tal previsão é meramente exemplificativa, ao enunciar que o juiz pode levar em conta circunstâncias diversas que também justificariam a diminuição de pena.

Com isso, a colaboração premiada é propagada como condição essencial à celebração dessas transações penais. Na ausência de dispositivo que especifique o benefício oriundo de determinada atenuante, como ocorre em outros mecanismos de negociação já indicados, aplica-se a regra do CPP italiano, art. 65, pela qual, a prisão perpétua é substituída pela pena de reclusão, de vinte a vinte e quatro anos, e as demais admitem redução de até um terço.

Luiji Ferrajoli a este respeito observa que:

[...] por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo (FERRAJOLI, 2002, p. 601).

Pode-se dizer que, dessa crítica, sobreveio a edição do Decreto-Lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991, convertido na Lei nº 82, em 15 de março de 1991, posteriormente modificada

pela Lei nº 45, de 13 de fevereiro de 2001, com o fim de disciplinar a proteção à testemunha, inclusive o colaborador. A Lei nº 45, de 13 de fevereiro de 2001, art. 6, prevê a delação como atenuante especial.

Para que a colaboração seja premiada, deve-se reunir notícias e provas que permitam a reconstrução do fato criminoso em julgamento, bem como, a revelação de outros injustos de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura de delinquentes e a apreensão de bens decorrentes das infrações penais (Lei nº 82/1991, art. 16-*quarter*, item 1, cumulado com o art. 16-*quinquies*, item 1). A delação também pode ser feita em favor do condenado que decida auxiliar a Justiça, em troca de benefícios como o livramento condicional e a prisão domiciliar (Lei nº 82/1991, art. 16-*nonies*, item 1).

Analisadas as bases políticas e econômicas que culminaram na utilização da delação premiada como meio de contenção da criminalidade e também como o direito premial é usado nos Estados Unidos da América e na Itália, cabe entender como a delação foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A COLABORAÇÃO PREMIADA

O presente capítulo estudará o sistema processual penal brasileiro, para depois contextualizar a delação premiada no cenário da investigação criminal e da produção probatória no processo penal.

3.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Denilson Feitoza Pacheco afirma que o direito processual penal é o ramo jurídico que atinge os direitos fundamentais da pessoa humana, individualmente considerada, de maneira direta e concreta. O direito processual penal regula, sobretudo, a investigação criminal e o processo penal. A investigação é procedimento preliminar, de caráter administrativo e realizado, normalmente, pela polícia investigativa. Nesta etapa, busca-se reunir um mínimo de provas que permita ao órgão acusador deflagrar a ação penal. O processo penal, por sua vez, é o procedimento judicial de caráter jurisdicional, tendo como fundamento condenar ou absolver o réu da suposta prática de infração penal (PACHECO, 2005, p. 51-52).

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP brasileiro), de 1941, se inspirou na legislação processual italiana da década de 1930, o qual foi elaborado em bases autoritárias. A redação primitiva, por exemplo, apresenta a sentença absolutória como não suficiente para restituição da liberdade do réu dependendo do grau de apenação da infração penal. O princípio fundamental que norteava o CPP brasileiro era o da presunção de culpabilidade, tendo como argumento o fato de que a existência de uma acusação implicava em juízo de antecipação de culpa, ou presunção de culpa (PACELLI, 2017, p. 5-6).

Na década de 1970 houve significativas alterações no mencionado código, iniciadas com a Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que flexibilizou várias regras restritivas do direito à liberdade. No presente século, a Lei nº 11.689/2008 e a Lei nº 11.71, de 20 de junho de 2008 também modificaram o código.

Convém também salientar que, com o advento da CR/1988, várias garantias individuais foram ampliadas, como, por exemplo, a previsão da CR/1988, art. 5, LVII, o qual estabelece que a responsabilidade penal só poderá ser reconhecida por sentença condenatória transitada em julgado.

Ao debater sobre o fundamento da existência do processo penal, Aury Lopes Junior defende a legitimidade do processo quando é construído a partir da Constituição do Estado, ou seja, quando o poder de punir do Estado decorre da Constituição. Portanto, o autor conclui que o processo penal não é apenas um mero instrumento a serviço do poder punitivo (no caso o Direito Penal), mas um limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. No entanto, o respeito às garantias consagradas na Constituição da República não se confunde com impunidade. No processo deve coexistir o dever de repressão do Estado com o respeito às garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, 2009, p. 7-9).

Portanto, defende-se a ideia de um processo justo, o qual deve atentar para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso da persecução penal. Processo justo é aquele realizado sob a instrução contraditória, perante o juiz natural, com participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construir validamente o convencimento judicial, que sempre deverá ser motivado (PACELLI, 2017, p. 8-9).

Quanto à titularidade atribuída ao órgão da acusação, a doutrina costuma dividir o sistema processual em inquisitório, acusatório e misto. Quanto a este último, Denilson Feitoza Pacheco explica que não se trata propriamente de outro sistema, mas sim, uma reforma do sistema inquisitivo (PACHECO, 2005, p. 58-59).

O sistema inquisitorial se estendeu por toda a Europa continental do século XIII ao XVIII. Eugênio Pacelli diz que o sistema inquisitorial correspondia à concepção de um poder central, absoluto, que reunia as funções de acusação e julgamento em uma só pessoa ou órgão. Segundo Lopes Junior o juiz atuava na fase de investigação e, frente a um fato típico, atuava de ofício, sem necessidade de prévia provocação. O juiz era livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar. Portanto, ele agia como parte que investiga, dirige, acusa e julga (PACELLI, 2017, p. 10; LOPES JUNIOR, 2009, p. 63-64).

O sistema acusatório, por sua vez, dominou toda a antiguidade (Grécia e Roma) até a idade média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. A partir do século XVIII, a Revolução Francesa levou, com novas ideologias e postulados de valoração do homem, ao abandono dos traços do sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2009, p. 58).

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela distinção entre os papéis de acusar e julgar. A iniciativa probatória é das partes, o juiz, então, deve ficar alheio às investigações. O sistema processual brasileiro é, normalmente, referido pela doutrina como de natureza mista, ou seja, de características acusatórias e inquisitoriais (PACELLI, 2017, p. 10, 13-14).

Acusatório porque o juiz ou o tribunal não podem dar início ao processo de ofício, pois cabe ao Ministério Público acusar. Inquisitivo quando o magistrado, por exemplo, sem qualquer requerimento das partes, durante a investigação ou processo, determinar a produção de provas; requisitar a instauração de inquérito policial (CPP brasileiro, art. 5, II); e decretar a prisão preventiva (CPP brasileiro, art. 311).

Contudo, como bem apontado por Mauro Fonseca Andrade a doutrina e a jurisprudência divergem quanto ao tipo processual penal adotado pela CR/1988 (ANDRADE, 2013, p. 462).

Para Pacheco não se pode perder de vista que a CR/1988 estabelece, claramente, um sistema acusatório, ao estatuir o princípio da divisão dos poderes (art. 2), ou seja, as funções de jurisdição, legislação e administração no exercício da soberania estatal também devem encontrar correspondência no processo penal, com a divisão das funções de acusar e julgar. O autor arremata que o princípio acusatório se fundamenta ainda no Estado Democrático de Direito, pois a democracia no processo penal exige a tutela dos direitos fundamentais e a disciplina da divisão dos poderes, implementada na divisão das funções de acusar, defender e julgar (PACHECO, 2005, p. 63-64).

Neste norte, pode-se dizer que outros traços do sistema acusatório no processo penal brasileiro residem na motivação das decisões judiciais, na publicidade dos atos, princípios do contraditório e da ampla defesa e vedação ao juízo ou tribunal de exceção.

Pacelli também refuta a tese de que o processo penal brasileiro seria misto diante da ordem constitucional, pois, para o autor, o hábito de os juízes ignorarem as exigências constitucionais não justifica, por si só, a alegação de existência de um modelo processual misto (PACELLI, 2017, p. 15).

3.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A CR/1988, art. 1, *caput*, estatui que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito traduz a ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito, no qual, os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo, visando a assegurar a todos igualdade material.

Com isso, a noção de Estado Democrático de Direito orienta-se pela necessidade de reconhecimento e afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não apenas como meta

da política social, como também, critério de interpretação do Direito. Lopes Junior ao tratar dos princípios constitucionais do Processo Penal afirma:

[...] ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas. Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Ou ainda, pensamos o processo penal desde seu inegável sofrimento, a partir de uma lógica de redução de danos (LOPES JUNIOR, 2009, p. 115).

Neste contexto, inserem-se os princípios constitucionais, que representam verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado ou própria.

Nos próximos tópicos serão abordados os princípios da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural. No terceiro capítulo será analisada a garantia do devido processo legal e os princípios dele decorrentes, quais sejam, não autoincriminação e não culpabilidade.

3.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é regente de todo o ordenamento jurídico e está previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme a CR/1988, art.1, inciso III. Assim, a pessoa humana tem um valor intrínseco dentro da sua própria condição humana, não constituindo como um meio para outro fim (PACHECO, 2005, p. 164).

Portanto, impõe-se a respeitabilidade do ser humano acima de qualquer outra medida. Isto interessa ao processo penal, porque é comum o esquecimento da condição humana dos sujeitos do direito processual penal, quando são reduzidos a conceitos abstratos, como réu, indiciado, testemunhas, entre outros.

3.2.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla da defesa estão intimamente ligados, estando previstos no mesmo dispositivo constitucional (CR/1988, art. 5, LV). O princípio do contraditório compreende o direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar e produzir as provas

necessárias antes de proferida à decisão jurisdicional. Nas palavras de Lopes Junior “o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e a comprovação da verdade”. O doutrinador ainda acrescenta que, na visão contemporânea, o princípio engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, bem como que o juiz participe ativamente, respondendo adequadamente às petições, requerimentos dos litigantes e fundamentando decisões (LOPES JUNIOR, 2009, p. 535-536).

Por força deste princípio, a palavra prova apenas pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial e, conseqüentemente, com a participação das partes (acusador e acusado), mediante a direta supervisão do órgão julgador. Em razão disso, José Frederico Marques salienta a necessidade de repetição das provas colhidas no inquérito policial, salvo em se tratando de perícia técnica ou de vestígios já desaparecidos (MARQUES, 1997, p. 282).

Nesse sentido a edição da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, estabeleceu nova redação ao CPP brasileiro, art. 155, *caput*, que prevê: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Percebe-se que o objetivo do legislador foi assegurar a observância do contraditório em toda a persecução penal em juízo, pois, quanto maior a participação dialética das partes, maior é a probabilidade de aproximação dos fatos e do direito aplicável, de maneira a melhor contribuir para o convencimento do magistrado (LIMA, 2017, p. 53).

Pacelli adverte que, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC/2015), é crescente o número de doutrinadores defendendo a aplicação do art. 10 ao processo penal. Segundo o CPC/2015, art. 10, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. O autor adverte que não haveria problemas na adoção da norma no âmbito processual penal, contudo, não seria uma observância obrigatória, como, por exemplo, no caso de absolvição do réu e não haveria sentido em adotá-la. Dessa forma, como inexistente uma omissão processual penal legislativa a este respeito, a extensão não seria obrigatória. O doutrinador conclui, assim, que em matéria penal, o CPC/2015, art. 10, seria de aplicação facultativa desde que em favor da defesa (PACELLI, 2017, p. 46-47).

A ampla defesa, por sua vez, traduz o dever do Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada. Assim, a ampla defesa se desdobra nas garantias de autodefesa e defesa técnica. A autodefesa diz respeito à participação pessoal do acusado no contraditório, incluindo os direitos de presença e de audiência. O direito de audiência consiste na possibilidade de influir na defesa por meio do interrogatório e a presença se trata da possibilidade de o réu tomar posição, a todo instante, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas (PACHECO, 2005, p. 173).

A defesa técnica exige a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, ou seja, um profissional, o qual será tratado como advogado de defesa, defensor ou apenas advogado. Trata-se de uma exigência da sociedade, pois, ainda que o acusado não tenha interesse em defender-se, tal fato não exclui o interesse da sociedade de uma correta apuração do fato (LOPES JUNIOR, 2009, p. 199).

3.2.3 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural tem origem no Direito anglo-saxão, construído, inicialmente, pela ideia de vedação do tribunal de exceção, ou seja, a proibição de se instituir um órgão do Judiciário exclusivamente para o processo e julgamento de determinada infração penal. No Brasil adota-se o princípio, tanto para vedar o tribunal de exceção, como para definir a competência do juiz anteriormente à prática do fato. O juiz natural é reconhecido como o órgão do Poder Judiciário, cuja competência, previamente estabelecida, deriva de fontes constitucionais (PACELLI, 2017, p. 39).

Compreendidas as bases do sistema processual penal brasileiro, impõe compreender a investigação criminal, momento em que são colhidos os elementos mínimos para a deflagração penal.

3.3 FASE PRÉ-PROCESSUAL: INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Nos termos da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, art. 2, a função de investigação é essencial e privativa do Estado. A fase de investigação, em regra promovida pela polícia

judiciária¹³, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente ao processo penal, razão pela qual, é comumente chamada de pré-processual. É destinada à formação do convencimento do responsável pela acusação, com finalidade precípua de colher informações quanto à autoria e materialidade do delito (LIMA, 2017, p. 106).

Nesta fase, o juiz permanece alheio à qualidade da prova em curso, apenas intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias fundamentais das partes ou mediante provocação, para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional (PACELLI, 2017, p. 58).

A atividade investigativa, via de regra, é feita mediante o inquérito policial, tendo por objetivo a apuração das infrações penais e sua autoria (CPP brasileiro, art. 4). O inquérito é presidido pelo delegado de polícia estadual ou federal. A natureza jurídica do inquérito é, portanto, de procedimento administrativo persecutório (PACHECO, 2005, p. 211).

Tratando-se da ação penal pública, o inquérito deve ser instaurado de ofício pela autoridade policial (delegado de polícia estadual ou federal), a partir do conhecimento da existência de cometimento do fato delituoso. A notícia quanto ao crime pode ser feita por qualquer pessoa do povo, inclusive de acordo com o conhecimento pessoal sobre o fato pela própria autoridade policial (CPP brasileiro, art. 5, §3).

No caso de ação penal pública condicionada à representação do interessado ou requisição do Ministro da Justiça, o inquérito policial somente poderá ser instaurado a partir do requerimento ou requisição (CPP brasileiro, art. 5, §4). Na hipótese de ação penal privada a legitimação para requerer a instauração do inquérito pertence ao particular ou legitimado (CPP brasileiro, art. 5, §5).

Dentro da temática da delação premiada, a compreensão do inquérito policial é importante na perspectiva da colheita de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade do crime, sobretudo, quanto às providências da autoridade policial, valor probatório e a ausência do contraditório.

¹³ É necessário ressaltar que outras autoridades administrativas também têm poderes de investigação quando especificamente dirigidas para a apuração de outras ilicitudes, dentro do âmbito do poder administrativo.

3.3.1 Principais providências da autoridade policial

O CPP brasileiro, art. 6-7, estabelece as principais providências a serem tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da prática da infração penal. A autoridade policial deve, obrigatoriamente, de início, “dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado de conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais” (CPP brasileiro, art. 6, inciso I). Trata-se de uma das principais fontes de informação para reconstruir a história do delito. Deve, também, “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais” (CPP brasileiro, art. 6, II). Estes objetos devem acompanhar os autos do inquérito (CPP brasileiro, art. 11). Para que sejam apreendidos, deve ser procedida a busca e apreensão que, dependendo da situação, será necessária prévia autorização judicial (CPP brasileiro, art. 240 e seguintes).

Cabe à autoridade “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias” (CPP brasileiro, art. 6, III). Tratam-se dos meios de informação. Resguardados os direitos e garantias individuais, a autoridade poderá desenvolver qualquer diligência, incluindo a intimação de testemunhas, vítima ou suspeito para prestar declarações no inquérito.

Quando possível, deve-se “ouvir o ofendido” (CPP brasileiro, art. 6, IV). Em que pese ser relativo o valor probatório das declarações do sujeito passivo de um crime, as informações são úteis para o desenvolvimento das investigações.

Deve, ainda, quando possível, a autoridade policial “ouvir o indiciado [...], devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura” (CPP brasileiro, art. 185 e seguintes). Há controvérsia acerca da natureza jurídica do ato, pois o interrogatório é ato privativo do juiz, portanto, seria uma mera oitiva do suspeito, sem qualquer valor probatório. No entanto, a norma fala em “ouvir” e remete ao artigo 185 e seguintes do CPP brasileiro (que disciplina o interrogatório). Para este ato, devem ser garantidos todos os direitos inerentes à qualidade das declarações, como o de estar acompanhado de advogado e o direito ao silêncio (LOPES JUNIOR, 2009, p. 281).

Quando necessário, deve a autoridade “proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações” (CPP brasileiro, art. 6, VI). O reconhecimento é a identificação da pessoa ou coisa na presença da autoridade. A acareação deve ser realizada sempre que houver

divergências relevantes entre as declarações prestadas no interrogatório, depoimento das testemunhas e declarações da vítima, por exemplo.

Cabe à polícia “determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”, conforme inciso VII. O exame pode ser realizado tanto na vítima, quanto no autor do delito, conforme o caso. Sendo que, na hipótese do acusado, é assegurado o direito de não se submeter a tal exame, em decorrência do direito de autodefesa negativo. O inciso VIII estabelece que deverá ser ordenada “a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”. O inciso IX estabelece que a autoridade policial deverá “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter” (CPP brasileiro, art. 6, VII, VIII, IX).

Lopes Junior critica tal previsão, ao argumentar que é “absurdo imaginar-se que um juiz, ao fixar a pena [...] poderá (des)valorar a conduta social e personalidade do agente”, uma vez que a “decisão do juiz sempre deve ser verificável pelas partes e refutável”, o que só poderia ser possível quando “motivada por argumentos cognoscitivos seguros e válidos” (LOPES JUNIOR, 2009, p. 285).

A Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, alterou o art. 6 e incluiu o inciso X, determinando que a polícia deverá “colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”.

O CPP brasileiro, art. 7 prossegue: “para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”. Esta é a chamada reconstituição do crime, a qual representa uma importante contribuição para esclarecimento do fato, podendo ser realizada na fase pré-processual ou em juízo. A reconstituição é limitada pela “moralidade” ou “ordem pública”, a qual deve ser compreendida tanto pela ordem pública, quanto pela inviolabilidade da honra e imagem das pessoas. Cumpre salientar, que o indiciado não é obrigado a participar da reconstituição, ainda que tenha confessado, em decorrência do princípio de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (CR/1988, art. 5, LV).

Portanto, diante desse rol apresentado, a polícia judiciária poderá averiguar o fato e o grau de participação do indiciado, fornecendo os elementos necessários para que o Ministério

Público ofereça a ação penal ou solicite o arquivamento. Além de poder solicitar ao juiz a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais, como as cautelares pessoais ou reais, a busca e apreensão domiciliar, escutas telefônicas, entre outras.

3.3.2 Valor probatório do inquérito policial

De início, ressalta-se que o Código de Processo Penal não atribui presunção de veracidade aos atos do inquérito policial. Como leciona Lopes Junior “esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual devem acompanhar a ação penal apenas para justificar o recebimento ou não da acusação [...]. Na sentença só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal”. Pacheco define inquérito policial como “mera peça informativa”. Dessa forma, para a compreensão do valor probatório do inquérito, é necessário compreender a distinção entre atos de prova e atos de investigação (LOPES JUNIOR, 2009, p. 295; PACHECO, 2005, p. 225).

Os atos de prova são dirigidos para convencer o juiz da verdade de uma afirmação, integrando o processo penal e buscando formar um juízo de certeza. Já os atos de investigação, não se referem a uma afirmação, mas uma hipótese, estando a serviço da investigação preliminar (pré-processual), objetivando um juízo de probabilidade para justificar a instauração do processo, podendo ser praticados pelo Ministério Público e pela polícia judiciária (LOPES JUNIOR, 2009, p. 295-296).

Diante disso, conclui-se que o inquérito policial gera atos de investigação, possuindo limitado valor probatório. Em outras palavras o inquérito policial tem valor probatório relativo (LIMA, 2017, p. 107). Via de regra, o valor dos elementos colhidos no curso do inquérito somente serve para fundamentar medidas de natureza endoprocedimental e para justificar o processo ou o arquivamento do inquérito no momento da acusação. Portanto, tais atos não podem gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação (LOPES JUNIOR, 2009, p. 296).

As provas repetíveis produzidas no inquérito têm valor meramente informativo, não podendo subsidiar uma sentença condenatória. Portanto, para serem consideradas elementos

valoráveis da sentença devem ser produzidas (ou repetidas¹⁴), necessariamente, na fase processual, na presença de um magistrado, defesa, acusação e com a observância de todos os critérios que regem a forma de produção da prova no processo penal.

As provas não repetíveis ou não renováveis são aquelas que, por sua natureza, devem ser realizadas no momento de seu descobrimento, sob pena de perecimento. Em razão da impossibilidade de serem repetidas, em iguais condições, na fase processual, é necessário permitir a manifestação da defesa para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios; bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria.

O incidente de produção antecipada seria uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito. Possibilitando que este elemento tenha qualidade de ato de prova, passível de valoração na sentença, já que seriam observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Ao fecho, cumpre analisar o disposto no CPP brasileiro, art. 155, o qual reza que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. A leitura do artigo indica que o juiz não pode fundamentar sua decisão “exclusivamente” com base no inquérito, mas pode valer-se dele, desde que também invoque algum elemento probatório do processo.

Lopes Junior alerta para o fato de que a autorização legal permite aos julgadores se valerem da “versão simulada de [...] condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”, o que ocorreria porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença, dessa forma, os autos do inquérito anexados ao processo acabariam por influenciar direta ou indiretamente no convencimento do juiz. Portanto, para o autor, a solução seria adotar o sistema de eliminação dos atos de investigação, exceto as provas técnicas e as irrepetíveis, produzidas em incidente probatório (LOPES JUNIOR, 2009, p. 302-303).

Lima, por sua vez, entende que os elementos de informação colhidos na fase investigatória podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida

¹⁴ “A repetição seria a nova realização ou declaração de algo que já se disse ou se fez, exigindo que a pessoa que, originalmente, praticou o ato volte a realizá-lo da mesma forma. A mera leitura de um testemunho não configura repetição, mas sim reprodução. Também a ratificação não é considerada repetição” (LOPES JUNIOR, 2009, p. 298-299).

em juízo sob o crivo do contraditório. O autor conclui que, pela regra no CPP brasileiro, art. 155, os elementos não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo, e servir como mais um elemento na formação da convicção do magistrado, razão pela qual, não haveria que se falar em exclusão física do inquérito dos autos do processo (LIMA, 2017, p. 107-108).

3.3.3 Contraditório e ampla defesa no inquérito policial

Eugênio Pacelli afirma que, em geral, inexistente a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Para o autor, não se sustenta o entendimento de que a presença destas garantias seria uma exigência constitucional, pois:

Embora a instauração de investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito do espaço de cidadania plena do investigado (isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno em sua tranquilidade), não podemos nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção. Fosse assim, não hesitaríamos sem exigir o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa já nessa fase (PACELLI, 2017, p. 59).

Lopes Junior defende que haveria, em certa medida, o contraditório e a ampla defesa no inquérito, uma vez que qualquer notícia-crime constitui uma atuação de caráter coercitivo contra determinada pessoa, o que ensejaria um abalo ao estado de inocência e liberdade. Portanto, ainda que se trate de mero procedimento administrativo, o doutrinador entende que existe direito de defesa técnica e pessoal (como o direito de estar acompanhado de advogado, valer-se do direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo); bem como, direito contraditório, no sentido de acesso aos autos nessa fase da persecução penal (LOPES JUNIOR, 2009, p. 319-320).

Apesar da divergência na doutrina e a constatação da existência de garantias no inquérito policial, conclui-se que elas não se revestem das mesmas características quando se fala em processo. Tendo em vista a própria natureza dos atos produzidos no inquérito, como visto no tópico anterior, não há como sustentar a existência plena do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o disposto na CR/1988, art. 5º, LV, menciona a observância do contraditório e da ampla defesa apenas em processo judicial ou administrativo. Considerando-se que o inquérito é procedimento administrativo, não há o que falar na observância de tais princípios na fase de investigação.

Lima esclarece que inexistente a aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, tal como ocorre, por exemplo, no caso de um processo administrativo disciplinar. Em razão disso, não se poderia exigir a observância obrigatória do contraditório e da ampla defesa nesta fase (LIMA, 2017, p. 107, 121).

Feitas tais considerações sobre a natureza e valor dos atos produzidos no inquérito policial, o próximo tópico apreciará a prova no processo penal, para então, ser possível compreender a natureza da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 PROVAS

Nicola Framarino Dei Malatesta afirma que a prova, de maneira geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano quanto às determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. Dessa maneira, para o doutrinador, a prova só teria importância do ponto de vista da certeza do delito, ou seja, a medida que seria possível, a partir da prova, nascer, legitimamente a certeza do delito (MALATESTA, 1995, p. 87-88).

Diante disso, Jose Frederico Marques diz que a prova se trata de verdadeiro instrumento para que as partes do processo possam influir na convicção do juiz, bem como o meio que o julgador utiliza para averiguar os fatos alegados (MARQUES, 1997, p. 253).

Feitas estas considerações, Lopes Junior infere que a prova é meio pelo qual se torna possível a reconstrução histórica de um fato passado, que no caso do objeto deste estudo, é o fato criminoso (LOPES JUNIOR, 2009, p. 515).

Guilherme de Souza Nucci apresenta três sentidos para o termo prova: ato de provar, meio e resultado da ação de provar. O ato seria o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte no processo; o meio seria o instrumento por meio do qual se demonstra a verdade; e o resultado seria o produto oriundo da análise dos instrumentos de prova oferecido, ou seja, a verdade buscada (NUCCI, 2013, p. 397).

Conforme Julio Fabbrini Mirabete também é relevante definir o objeto da prova, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para a solução do litígio, ou seja, o fato criminoso, sua autoria, e todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir tanto na responsabilidade penal quanto na fixação da pena ou imposição da medida de segurança. Em outras palavras, o objeto configura os fatos necessários para que o juiz obtenha conhecimento satisfatório e convicção ao julgar (MIRABETE, 2003, p. 257).

Por outro lado, são fatos que independem de prova: os fatos notórios, que contém uma previsão legal absoluta, os fatos impossíveis e os fatos irrelevantes ou impertinentes. Por fim, a prova objetiva formar a convicção do juiz acerca dos elementos necessários para a decisão, ou seja, sobre a existência ou não do crime, a forma como ele ocorreu e a sua autoria (TOURINHO FILHO, 2010, p. 233).

3.4.1 A verdade real no processo penal

No âmbito do processo penal vigorava o princípio da verdade material ou verdade substancial ou real. Assim, a descoberta da verdade era obtida a qualquer custo, sendo justificada a prática de arbitrariedades e violações de direitos pelo Estado. No presente, admite-se ser impossível atingir uma “verdade absoluta”. Por mais robusta que seja a prova produzida ela é incapaz de gerar uma certeza no magistrado (LIMA, 2017, p. 68).

Conforme leciona Pacheco o princípio da verdade real tem a finalidade de proteção dos direitos fundamentais do acusado, sobretudo, quanto ao direito fundamental de liberdade (PACHECO, 2005, p. 834).

Lopes Junior, ao tratar da verdade no processo penal, defende que se trata de um “mito” criado “nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”. O autor afirma, também, que a verdade processual “trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes” (LOPES JUNIOR, 2009, p. 550).

Apesar disso, o que se percebe é que, na prática, o princípio da verdade real continua sendo utilizado, consubstanciando na realização das diligências necessárias e providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente ocorreram.

Portanto, de acordo com Lima o que se busca é a maior exatidão possível na reconstituição do fato criminoso, mas jamais como pretensão de atingir uma verdade real. Em razão disso, o que tem prevalecido é o princípio não da verdade material ou real, mas sim o da

busca pela verdade, que compreende a reconstrução fática do ocorrido no passado, tendo como fundamento legal o CPP brasileiro, art. 156 (LIMA, 2017, p. 68).¹⁵

3.4.2 O convencimento motivado

O convencimento motivado consagra que o juiz deverá formar sua convicção a partir da livre apreciação das provas. O juiz está adstrito às provas constantes dos autos, não podendo fundamentar a decisão em elementos estranhos a eles (MIRABETE, 2003, p. 266).

É necessário diferenciar o princípio do convencimento motivado dos princípios da íntima convicção e da prova real. Pela íntima convicção o juiz é livre para formar convencimento, ou seja, para valorar as provas, inclusive aquelas que não constam dos autos, não sendo necessário, sequer, explicitar em que baseou a convicção. Já pela prova real, as provas teriam valor predeterminado em lei, cabendo ao juiz formar convicção segundo os meios de prova, hierarquias e valorações previamente estabelecidas em lei (PACHECO, 2005, p. 840).

José Frederico Marques leciona que, pelo livre convencimento motivado, o juiz deve conjugar a lógica e a experiência, sem exceder em abstrações de ordem intelectual, sempre observando os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficiente raciocínio (MARQUES, 1997, p. 276).

O livre convencimento motivado deve estar em harmonia com o contraditório, de maneira que o juiz não pode firmar convicção em prova colhida sem a oitiva das partes. Cumpre salientar que o princípio não traduz total liberdade de apreciação de provas, uma vez que o juiz deve examinar a prova segundo o bom senso, a lógica e a experiência. Ademais, ele deverá indicar os motivos de fato e de direito em que se funda a decisão. Em outras palavras, o juiz deve explicar as razões pelas quais chegou à determinada decisão e não simplesmente afirmar (MARQUES, 1997, p. 278).

¹⁵ “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (CPP brasileiro, art. 156).

3.4.3 Ônus da prova em processo penal

A palavra ônus advém do latim, *onus*, significando carga, fardo ou peso. Portanto, ônus da prova quer dizer encargo de provar, envolvendo o interesse que a parte que alega o fato possui de produzir a prova, a fim de convencer o juiz da tese apresentada (NUCCI, 2013, p. 402).

É importante notar que não se trata de dever em sentido literal, uma vez que não é uma obrigação cujo descumprimento acarreta sanção. Na realidade no ônus o cumprimento é facultativo, de maneira que o descumprimento não significa em atuação contrária à lei. No entanto, apesar de não ser uma obrigação, no caso de não cumprimento do ônus, a parte deverá arcar com os prejuízos decorrentes (MARCÃO, 2016, p. 428).

O ônus da prova está previsto no Código de Processo Penal brasileiro, art. 156, o qual determina que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. A este respeito, ensina Mirabete:

O princípio decorre não só de uma razão de oportunidade e da regra de experiência fundada no interesse à afirmação, mas na equidade, na paridade de tratamento das partes. Litigando estas é justo não impor a uma só o ônus da prova: do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito; o réu apenas aqueles em que se funda a defesa (MIRABETE, 2003, p. 264).

No que se refere à distribuição do ônus da prova em matéria penal, ao acusador cabe a prova do fato constitutivo do direito estatal de punir, e ao acusado a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de punir.

Neste contexto, o acusador deve provar que determinado fato existiu e tem todos os aspectos ou elementos abstratamente previstos na norma penal, bem como, que o réu é, de fato, o autor do delito, a materialidade delitiva e demais circunstâncias imputadas. Assim, o acusador traz consigo o ônus de produzir certeza no julgador, caso contrário, se não houver prova suficiente para a condenação, a dúvida resolve-se em favor do réu (CPP brasileiro, art. 386, VII; MARCÃO, 2016, p. 429; PACHECO, 2005, p. 852).

Destarte, não basta a existência de mera probabilidade que o crime tenha ocorrido conforme imputação inicial. A probabilidade se dá quando existem motivos sérios a respeito de um fato, sem, contudo, os motivos contrários estarem totalmente descartados. Em razão

disso, a probabilidade não pode embasar a condenação, já que sempre haverá uma dúvida (MARCÃO, 2016, p. 430).

Sob o enfoque do réu, não constitui ônus provar que o delito não ocorreu, que não foi o autor, a ausência de materialidade ou de circunstâncias imputadas. Por outro lado, é pertinente que assim proceda, a fim de, ao menos, alcançar o benefício que possa advir da dúvida (MARCÃO, 2016, p. 429).

3.4.4 Meios de prova em processo penal

Podem ser considerados como meios de prova todas as coisas ou ações utilizadas para investigar ou demonstrar a verdade. Também pode ser definida como veículo, instrumento ou maneira, pessoal ou real, pela qual a prova poderá ser produzida (MARCÃO, 2016, p. 435).

Dei Malatesta ensina que a distinção entre prova real e pessoal deriva da consideração dos vestígios que existem por trás de um fato e o modo como esses vestígios podem revelar o fato. A prova pessoal consiste na revelação consciente feita pela pessoa, das impressões sobre o fato, bem como do fato atual (atuais impressões e vontades). As provas reais, a seu turno, são todos os fatos voluntários humanos que funcionam como prova para revelar o espírito interno e embora conscientemente praticados, são inconscientemente emitidos como revelações do espírito interno (MALATESTA, 1995, p. 301-306).

No processo penal, conforme já ressaltado, vige o princípio da verdade real, o que torna ampla a produção probatória. É evidente que a liberdade probatória não é absoluta, havendo limitações na sistemática processual conforme estabelece o CPP brasileiro, art. 155, parágrafo único¹⁶, quanto ao estado das pessoas. A título de exemplo, para que incida a agravante, de acordo com o CPP brasileiro, art. 61, II (e), deve haver prova (nos termos da lei civil) que o crime foi praticado contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão. O parentesco será comprovado por meio da respectiva certidão de registro, não sendo admitida a comprovação mediante prova testemunhal, por exemplo. Dessa maneira, na falta de aludido documento, não poderá tal circunstância ser comprovada de outro modo, não incidindo, portanto, a agravante.

¹⁶ “Art. 155. [...] Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” (CPP/1941, art. 155, parágrafo único).

Outra situação é no caso de extinção da punibilidade por morte do agente, a qual somente pode ser declarada quando houver a prova civilmente prevista, ou seja, a certidão de óbito, como prevê o CPP brasileiro, art. 62.

No que diz respeito às provas ilegais, o Código de Processo Penal brasileiro também impõe limites à utilização. A prova ilegal corresponde a um gênero, do qual fazem parte as provas ilícitas: as ilícitas por derivação e as ilegítimas.

Conforme orientação clássica, Norberto Avena relata ser a prova ilícita aquela obtida mediante violação de normas com conteúdo material, sendo necessário, ainda que acarrete direta ou indiretamente a ofensa a garantia ou princípio constitucional. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, a qual alterou o CPP brasileiro, art. 157¹⁷, que regula o sistema de avaliação (AVENA, 2014, p. 472).

Nesta linha de raciocínio, podem ser exemplificadas como provas ilícitas, decorrentes de afrontamento direto da Constituição: a interceptação telefônica realizada sem ordem judicial (violação da garantia inserida na CR/1988, art. 5, XII); prova obtida mediante violação de correspondência lacrada (fere o disposto na CR/1988, art. 5, XII); busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial; ressalvadas as hipóteses de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador (viola a CR/1988, art. 5, X).

Por outro lado, podem ser identificadas como provas ilícitas decorrentes do desrespeito indireto da Constituição: interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado (fere diretamente o CPP brasileiro, art. 185, e indiretamente a CR/1988, art. 5, LV); o interrogatório judicial do réu sob coação (viola diretamente o direito ao silêncio previsto no CPP brasileiro, art. 186 e indiretamente o privilégio constitucional da não autoincriminação que decorre da CR/1988, art. 5-º, LXIII).

No caso de provas ilícitas, a Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 modificou o CPP brasileiro determinando que tais provas devessem ser desentranhadas dos autos (CPP brasileiro, art. 157, *caput*) e, uma vez preclusa a decisão de desentranhamento, elas deveriam ser inutilizadas por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (CPP brasileiro, art. 157, §3)¹⁸.

¹⁷ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (CPP, art. 157, *caput*).

¹⁸ “Art. 157, §3. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente” (CPP, art. 157, §3).

Segundo Avena (2014, p. 476) as provas ilegítimas são as produzidas a partir da violação de regras de natureza eminentemente processual, como, por exemplo, o caso de perícia realizada por apenas um perito não oficial (violar o CPP brasileiro, art. 159, §1).

Ainda de acordo com Avena (2014, p. 477) as provas ilícitas por derivação são aquelas que, apesar de lícitas, em essência, decorrem exclusivamente de outra prova, considerada ilícita, ou situação de ilegalidade, estando, portanto, contaminadas. Trata-se da aplicação da teoria norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” (*Fruits of the poisonous tree*), pela qual, o defeito constante do tronco contamina os frutos. O CPP brasileiro, art. 157, §1, estabelece expressamente a vedação¹⁹.

Contudo, se a prova provier de fonte independente, “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (CPP brasileiro, art. 157 §2) não ocorrerá a contaminação. Percebe-se, assim, que para ser válida a prova em razão da fonte independente, exige-se que não haja nexo de causalidade entre a prova a ser utilizada e a situação de ilicitude ou ilegalidade.

Registra-se, ainda, que a doutrina e jurisprudência majoritárias têm considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar fato importante à tese da defesa. Em razão disso, deve ser aplicado o postulado da proporcionalidade (ou sopesamento), o qual, partindo da consideração que nenhum direito reconhecido na constituição é absoluto, possibilita a análise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, do que deve efetivamente ser tutelado pelo Estado naquele caso concreto (AVENA, 2014, p. 480).

Quanto à utilização das provas ilegítimas em favor do réu, importa verificar se a natureza da nulidade é absoluta ou relativa. Se de caráter absoluto, a prova não pode ser utilizada nem contra o réu, nem a favor, pois as nulidades absolutas são sempre insanáveis. Por outro lado, se a violação à lei for de caráter relativo, dependerá do momento que for arguida: se em momento oportuno e declarada a nulidade pelo juiz, a prova não poderá ser usada em nenhuma hipótese; se não for arguida em momento inoportuno estará preclusa a oportunidade de ser arguido o vício, podendo a prova ser usada tanto pela acusação, quanto pela defesa (LIMA, 2017, p. 625).

¹⁹ “Art. 157, §1. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (CPP, art. 157, §1).

Ao fecho, é necessário pontuar que o CPP brasileiro lista como meios de prova: o exame de corpo de delito e as perícias em geral (art.158-184); o interrogatório do acusado (art. 185-196); a confissão (art. 197-200); a oitiva do ofendido (art. 201); a oitiva de testemunhas (art. 202-225); o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226- 228); a acareação (art. 229- 230); os documentos (art. 231-238); os indícios (art. 239); e a busca e apreensão de pessoas e coisas (art. 240-250). Essas modalidades não são exaustivas, mas sim exemplificativas.

Posto isto, analisada a persecução processual penal e prova no ordenamento pátrio, o próximo passo será compreender a delação (ou colaboração) premiada e a maneira como é utilizada no Brasil.

3.5 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cezar Roberto Bitencourt conceitua a colaboração premiada (ou delação premiada) como a redução de pena obtida pelo suspeito ou acusado que delatar os comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que satisfeitos os requisitos legais (BITENCOURT, 2016, p. 717-718).

Frederico Valdez Pereira adverte que há alguns equívocos na designação do instituto. Para o autor o nome “delação” traz a ideia de que, cometido um delito, basta que o agente entregue terceira pessoa para fazer jus a algum benefício, o que carrega uma noção negativa do instrumento (PEREIRA, 2016, p. 36).

No entanto, a delação não se limita à indicação de terceira pessoa suspeita de um crime, mas sim, acordo realizado entre o acusado de um crime e o órgão de acusação. Ela abrange diversas condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, a individualização de autores, a forma de atuação da organização criminosa e, ainda, a recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja, necessariamente, a imputação de fatos a terceiros.

Portanto, pode-se afirmar que a colaboração premiada se insere no âmbito da justiça negociada²⁰. Nesta linha de raciocínio, Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina mencionam que há duas formas de justiça consensuada ou negociada: a que ocorre

²⁰ “Justiça negociada é locução que se utiliza para exprimir o modelo de solução de conflitos penais fundados no acordo, no consenso, na transação, na conciliação ou negociação” (GOMES, MOLINA, 2012, p. 42).

dentro do sistema penal e a que se realiza fora do sistema penal. No Brasil vigora a primeira forma, na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 76, dos Juizados Especiais Criminais e a delação premiada. Os autores defendem que a transação penal prevista na Lei dos Juizados Criminais não pode ser vista como instituto que pertença ao Direito Penal clássico, tampouco fora do sistema penal. Nos juizados segue-se um novo devido processo legal, denominado de consensual. Não há inquérito, mas termo circunstanciado, não há denúncia, mas proposta de transação, por exemplo (GOMES, MOLINA, 2012, p. 43).

No âmbito da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, Gomes e Molina relatam que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é mitigado, tendo em vista se permite a transação. Assim, no lugar da denúncia, desde que presentes os requisitos legais, adotou-se o princípio da discricionariedade regrada ou da obrigatoriedade mitigada, raciocínio similar ao que rege a suspensão condicional do processo (GOMES, MOLINA, 2012, p. 43).

A delação premiada, objeto deste estudo, compreende a negociação com base na confissão, assunção da culpabilidade, acordo sobre pena, perda de bens ou a reparação de danos, a depender do caso. Diante do cenário mundial, que busca uma solução para a criminalidade organizada, a delação premiada ganhou destaque com o discurso de apuração da verdade real. Como abordado no primeiro capítulo, em países como os Estados Unidos e a Itália as negociações são consolidadas, cada país aborda as negociações conforme as particularidades de ordenamento e fundamentos políticos que as justificam. O ponto comum é a falência estatal no combate ao crime organizado e, diante disso, o Estado, em troca de informações que possam facilitar a investigação criminal, oferece benefícios ao colaborador.

Convém salientar que, na busca pelo combate à criminalidade organizada, sobretudo diante do caráter transnacional de tais grupos criminosos (como no caso dos crimes de lavagem de dinheiro) a comunidade internacional concluiu pela necessidade de desenvolver instrumentos de cooperação internacional. Além disso, foi realizado um esforço para mínima harmonização das legislações nacionais, a fim de facilitar as comunicações, os atos e diligências conjuntas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 31).

Portanto, diversos tratados e convenções foram assinados, merecendo destaque três convenções incorporadas formalmente no ordenamento jurídico brasileiro: a Convenção de Viena, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida.

A Convenção de Viena, de 20.12.1988²¹, inaugura a previsão da lavagem de dinheiro, tendo como objetivo principal o combate ao tráfico de drogas. A Convenção de Palermo, 15.11.2000²², traz regras para o combate mais efetivo do crime organizado, apresentando definição para “crime organizado”, apontando os meios de investigação e discorrendo expressamente sobre a lavagem de dinheiro. Nela está prevista a figura da delação premiada²³. Por fim a Convenção de Mérida, adotada pela ONU em 2003 e promulgada pelo Brasil em 31 de janeiro de 2006 (Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), com objetivo específico de combate à corrupção, na qual, também há expressa previsão da colaboração premiada²⁴.

No Brasil a delação é prevista em vários instrumentos normativos, dentre os quais: CPC/2015, art. 159, §4, com redação dada pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996; Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, art. 25, §2, acrescentado pela Lei nº 9.080/95; Lei nº 8.072/1990, art. 8, parágrafo único; Lei nº 8.137/1990, art. 16, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 9.080, 19 de julho de 1995; Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, art. 6, já revogada; Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com nova redação dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, art. 1, §5; Lei nº 9.807, de 13 julho de 1999, art. 13-15; Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, artigo 41; e Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, art. 3, I, c/c art. 4-7.

²¹ Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 154/1991.

²² Incorporada ao Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.015/2004.

²³ O Decreto 5015/04, art.26, prevê: “Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente – i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime” (DECRETO nº 5015/2004, art. 26).

²⁴ O Decreto 5687/06, art. 37 reza: “Artigo 37. Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção” (DECRETO nº 5687/2006, art. 37).

Nos próximos tópicos serão analisados os principais regulamentos normativos que trazem em seu bojo a colaboração premiada.

3.5.1 Evolução da colaboração premiada no direito brasileiro

Pode-se afirmar que o benefício da colaboração premiada, no Brasil, remonta às Ordenações Filipinas de 1603. Evidentemente que, na época, não havia tal denominação, mas falava-se em perdão aos que “derem outros a prisão”²⁵. Portanto, é pertinente ao estudo relatar a produção legislativa vigente, a fim de compreender a maneira como vem sendo utilizada no ordenamento brasileiro.

3.5.1.1 *Lei nº 7.492/86 e Lei nº 8.137/90*

A Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional e a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 regula os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Ambas preveem o benefício da redução da pena com os mesmos termos normativos acrescidos pela Lei nº 9.080, de 15 de julho de 1995.

A redução da pena está prevista na Lei nº 7.492/1986, art. 25, §2 e na Lei nº 8.137/1990:

[...] Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (Lei nº 8.137/1990, art. 16, parágrafo único).

A norma exige que a confissão seja espontânea, sem nenhum ato coativo. A espontaneidade não impede a possibilidade de a delação ser provocada ou estimulada por terceiros. O que se exige, portanto, é a voluntariedade do agente (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 54).

²⁵ ORDENAMENTO FILIPINO. Livro Quinto. Título CXVI.

O objetivo da lei é revelar a trama delituosa à autoridade policial²⁶ ou judicial, enquanto estiver em curso as investigações criminais ou durante o inquérito policial no curso do processo penal. Por fim, o magistrado ao aplicar a redução da pena, ou ao defini-la, deverá considerar o nível de colaboração prestada, de forma fundamentada²⁷, justificando o benefício com o grau de eficácia da colaboração do acusado.

3.5.1.2 Lei nº 8.072/1990

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 dispõe sobre os crimes hediondos, estabelecendo causa para diminuição de pena nos art. 7-8, parágrafo único:

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

Art. 159 [...]

§4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 8º [...]

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços (LEI Nº 8.072/1990, art. 7, art. 8, parágrafo único)

²⁶ “O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento da Apelação Criminal nº 2002.30.00.000747-2, de Relatoria do Desembargador Olindo Menezes, foi afastado o acordo de delação premiada, uma vez que o crime objeto da ação não foi praticado em quadrilha ou bando, bem como porque o acusado não revelou toda a trama delituosa à autoridade”. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. HC 2001.01.00.031392-7/MA, Rel. Desembargador Federal OLINDO MENEZES, Terceira Turma, DJ de 05/10/2001, p. 277.

²⁷ “Esse foi o entendimento externado pelo TRF4, na Apelação nº 2005.70.00.022524-1. Des. Rel. Nivaldo Brunoni, DJe.: 03.06.2011: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ILICITUDE DA PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGOS 16 E 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. OPERAÇÕES DO TIPO "DÓLAR-CABO". MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ARTIGOS 4º, CAPUT, DA LEI 7.492/86, E 288 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DAS REPRIMENDAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, DAS CIRCUNSTÂNCIAS E DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DELITOS. DELAÇÃO PREMIADA. ARTIGO 25, PARÁGRAFO SEGUNDO, DA LEI 7.492/86. HOMOLOGAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. CRITÉRIO DE REDUÇÃO. COLABORAÇÃO NÃO INTEGRAL. VALOR UNITÁRIO DO DIA-MULTA. MAJORAÇÃO. OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. QUANTUM. [...] 5. A confissão realizada pelo réu em razão da delação premiada pode e deve ser considerada para efeitos de convicção do julgador. [...] 11. Não se mostra imprescindível a homologação da delação premiada para que se reconheça a sua eficácia. Incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 25, §2º, da Lei 7.492/86, no piso (um terço), tendo em conta que a colaboração do acusado não foi integral. [...] 12. Carece de interesse processual o Ministério Público Federal em postular o não reconhecimento da delação, em sede recursal, quando, em alegações finais, pleiteou a aplicação do instituto”. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 2005.70.00.022524-1. Des. Rel. Nivaldo Brunoni, DJe. 03.06.2011.

Portanto, percebe-se que o benefício da redução de pena, nas duas hipóteses, depende que as informações prestadas sejam efetivas, ou seja, auxiliem na libertação da vítima sequestrada e no desfazimento da quadrilha²⁸.

Nesta norma o delator é chamado de “participante”, devendo ser entendido como o agente que compõe a associação criminosa, praticando os crimes tipificados na Lei nº 8.072/90, ou coopera na prática delitiva. A norma também faz menção ao “associado” como cúmplice, parceiro, não tendo ligação direta com o grupo criminoso (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 48-49).

Da mesma forma que nas leis anteriores, o magistrado ao aplicar a redução da pena, ou seja, ao defini-la em quantidade, deverá considerar o nível de colaboração prestada, de forma fundamentada.

3.5.1.3 Lei nº 9.034/1995

A Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, revogada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, tratava das organizações criminosas e previa a redução de pena desde que a espontânea colaboração do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e à sua autoria²⁹.

²⁸ “Nesse sentido: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.072/90. DELAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE QUADRILHA OU BANDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A superveniência do julgamento da revisão criminal prejudica o pedido de aguardar o seu julgamento em liberdade. 2. A redução de pena prevista para os casos de delação de co-réu (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90), requisita a existência e o dismantelamento de quadrilha ou bando.[...]” (Superior Tribunal de Justiça. HC 41758 SP 2005/0021580-9. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe. 05.02.2007. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;hc:2006-11-07;41758-729479>. Acesso em: 22/04/17).

²⁹ “Art. 6. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (Lei nº 9.035/1995, art. 6)

3.5.1.4 Lei nº 9.613/1998

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com as alterações da Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, regula os crimes de “lavagem” e ocultação de bens, direitos e valores, trazendo grande inovação ao ampliar os benefícios oferecidos ao delator:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

[...]

§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 (Lei nº 12.683/2012, art. 1, §5).

O objetivo do legislador foi tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, a fim de atender “uma conjuntura nacional e internacional e complexa, intrinsecamente vinculada ao fenômeno da globalização da economia e da criminalidade que a ela está associada”. Em mencionada legislação, assim como as demais, não foi previsto um procedimento específico para a delação premiada (BITENCOURT, 2016, p. 438).

A norma estabelece que a colaboração tem cabimento a qualquer tempo, indicando, assim, que ela pode produzir efeitos tanto na fase pré-processual, durante o processo de conhecimento, antes da condenação, como também no processo de execução, após o trânsito em julgado da condenação.

Guilherme de Souza Nucci aponta três finalidades da delação:

[...] apuração da materialidade do crime; identificação dos concorrentes; localização dos bens, direitos e valores oriundos do crime. Preenchidas as três, indica-se o perdão judicial, com extinção da punibilidade (antes da sentença condenatória com trânsito em julgado, afeta a pretensão punitiva do Estado; depois do trânsito em julgado, afeta a pretensão executória do Estado). A associação de dois desses fins [...] deve levar à substituição por pena restritiva de direitos. Atingir somente um dos três fins da delação, provoca somente a diminuição da pena e a escolha entre os regimes aberto e semiaberto. O critério para diminuição (um a dois terços) deve calcar-se no grau de colaboração: exemplificando, se permitiu identificar todos os concorrentes do crime, diminui-se em um terço; se houver identificação de um ou dois, dentre vários, diminui-se em um terço. Após, conforme o

montante atingido, opta-se pelo regime aberto ou semiaberto (NUCCI, 2017, p. 792).

De todo modo, o magistrado deverá estabelecer o benefício levando em consideração o grau de colaboração e a efetividade da ajuda que motivou a decisão³⁰.

3.5.1.5 Lei nº 9.807/99

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 trouxe normas relativas à proteção dos acusados ou condenados que, voluntariamente, colaborem com o procedimento persecutório penal. Além disso, ampliou o âmbito de aplicação da delação, deixando de vinculá-la a crimes determinados e permitindo aplicação a qualquer delito em que haja concurso de agentes.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva entendem que esta lei pode ser aplicada a qualquer crime, inclusive culposos, desde que observados os requisitos legais e ressalvada a legislação específica sobre a delação ou colaboração premiada (GOMES, SILVA, 2015, s.p).

Os artigos 13 e 14 regulam a matéria, *in verbis*:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente 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 co-autores 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.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores 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 (LEI Nº 9.807/1999, art. 13º, 14º).

³⁰ Sobre a fundamentação acerca da fixação do benefício: “Com efeito, o artigo 13 da Lei nº 9.807 /99 faculta a concessão do perdão judicial ao réu colaborador, e o Juiz sentenciante, ao analisar a questão e decidir-se pela redução da pena, sopesou a gravidade do delito e o grau de participação do réu. 12. Confirmação integral das penas imputadas aos apelantes, calculadas em consonância com o critério trifásico e adequadamente fundamentadas na sentença proferida em primeiro grau de jurisdição”. TRF3. Apelação Criminal ACR 1952 SP 0001952-61.2009.4.03.6181.

Walter Barbosa Bittar, ao comentar a mencionada lei, defende que extensão do benefício para todo o ordenamento jurídico permitiu que a delação ganhasse mais uma natureza jurídica, qual seja causa extintiva de punibilidade (por meio do perdão judicial), causa de liberação de pena e causa de diminuição de pena, desde que presentes os requisitos legais (BITTAR, 2016, p. 96).

Pela redação da norma, nota-se que a delação premiada, enquanto causa extintiva da punibilidade submete-se a uma discricionariedade regrada do magistrado, não configurando um direito líquido e certo do delator. A conclusão decorre da opção do legislador em empregar o termo “poderá”, em vez de “deverá”. Ainda é exigido, para a concessão do perdão, avaliar a personalidade do beneficiado, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, a fim de verificar se o benefício é realmente indicado para o caso (SANTOS, 2016, p. 90).

O art. 14, por sua vez, estabelece uma causa de diminuição de pena empregando o termo “terá”. Conclui-se que a redução da pena constitui direito público subjetivo do acusado, desde que presentes os requisitos legais. A fração de redução prevista irá variar conforme a efetividade da delação (SANTOS, 2016, p. 91)³¹.

³¹ “Ao fixar o benefício devido ao colaborador, o TJRJ no recurso de Apelação 7495 RJ 2008.050.07495. Rel. Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, DJe.: 30.06.2009, ponderou todos os requisitos constantes da aludida lei: Alega, por sua vez, que faz jus ao perdão judicial previsto no art. 13, da Lei nº 9807/99. O apelante, embora tenha confessado o fato e apontado os seus participantes, tanto na fase inquisitorial quanto no interrogatório judicial, quando do plenário de julgamento retratou-se, o que colocou em risco a prova produzida no referido processo, sendo certo não se poder afirmar que foram as suas declarações prestadas apontando os demais agentes que levaram a condenação pelo Tribunal do Júri. Os resultados dos julgamentos poderiam ser diferentes, se outras provas não existissem. Essa retratação em plenário frustrou um dos objetivos do perdão judicial, qual seja, a garantia da condenação dos culpados, isto como forma de "barganha do Estado" no exercício do Direito Premial. Para tanto, e como forma de prêmio por haver inicialmente apontado os participantes do crime, embora tenha havido a retratação posterior, é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 14, da mesma Lei, até porque os próprios jurados reconheceram a efetiva colaboração do apelante na investigação e no processo criminal, resultando na identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa. Por outro lado, o perdão judicial perseguido pela recorrente demanda análise da personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, conforme requisitos exigidos no parágrafo único, do art. 13, da Lei nº 9807/99. Na espécie, não se pode olvidar que o apelante é integrante da facção criminosa Comando Vermelho, dedicando sua vida ao tráfico de drogas. As circunstâncias em que o fato ocorreu, com requintes de crueldade, bem como a repercussão social do mesmo e os maus antecedentes do apelante não indicam que o prêmio a ser concedido deva ser o perdão judicial, com extinção da punibilidade. Merece, até porque reconhecido pelo Júri, a incidência da causa de diminuição. Quanto a esta, prevista no art. 14, da mesma Lei, o magistrado aplicou o mínimo, vale dizer, 1/3, estando justificado o percentual pelo fato do réu não haver indicado todas as pessoas envolvidas no crime. Também não deve ser esquecido o fato de que o apelante não confirmou a delação dos corréus em plenário de julgamento, retratando-se. Quanto ao requesto de incremento do percentual de diminuição das penas, por força da incidência do art. 29, § 1º, do Código Penal, agiu com acerto o julgador, pois a sua participação, embora considerada de menor importância pelos jurados, foi a de conduzir a vítima em um automóvel até o local da execução do crime, não merecendo, com isso, arrefecimento sancionatório maior. Ele levou a vítima para a morte. Já com referência as atenuantes o magistrado aplicou a pena básica para o delito de homicídio em 17 anos, estando justificada. Empós, fez incidir a diminuição de 2

3.5.1.6 Lei nº 11.343/2006

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 institui o Sistema de Políticas Públicas sobre drogas, estabelecendo a delação premiada no art. 41:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores 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 (Lei nº 11.343/06, art. 41).

A norma estabelece que a colaboração ocorra tanto na fase de investigação quanto no decurso do processo penal. A lei também fala sobre a manifestação voluntária do delator. Destaca-se que a “identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime” é pressuposto do reconhecimento do benefício³². Em outras palavras, significa que o delator deve demonstrar como as pessoas por ele indicadas, de fato, têm envolvimento com o crime no

anos, em razão da menoridade relativa, e 06 meses por força da confissão. Pleiteia o Ministério Público que a diminuição de 2 anos, em razão da atenuante da menoridade, venha a ser alterada, pois considerou exagerada. Em verdade, não o foi, pois, inferior a 1/6 sobre a pena básica, o que é razoável. A causa de diminuição prevista no art. 29 § 1º do Código Penal, também não pode ser aplicada ao delito de quadrilha, eis que tal não foi reconhecida pelo Tribunal do Júri. [...]” (TJRJ. Apelação 7495 RJ 2008.050.07495. Rel. Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, DJe.: 30/06/2009).

³² “Nesse sentido já se manifestaram os tribunais do país:

TJMG: Deve ser reduzida a pena pelo reconhecimento da delação premiada se as declarações da recorrente tiveram o condão de efetivamente auxiliar a investigação e o processo criminal”. (TJMG, no recurso de apelação nº 1.052.10.001537-3/001. Des. Eduardo Machado. DJe. 09.12.2015).

TRF3: “Incide causa de diminuição da pena consistente na delação premiada (Lei nº 11.343/2006, art. 41), pois o acusado Raimundo colaborou voluntariamente com a investigação, possibilitando a identificação e prisão do corréu. Além disso, a droga que seria levada para a Europa foi apreendida”. (TRF3. Apelação Criminal nº 0010644120094036119. Des. Relator Nino Toldo. DJe.: 12/01/2015).

STJ: “[...] Para a configuração da delação premiada (art. 41 da Lei de Drogas), é preciso o preenchimento cumulativo dos requisitos legais exigidos. Conforme consignaram as instâncias ordinárias, nenhuma colaboração foi prestada pelo Agravante no sentido de dados acerca do local e da pessoa que lhe forneceu os 21,70 kg de cocaína”. (STJ. 1301255 MT, Relator: Ministra LAURITA VAZ, DJe 02/12/2013).

STF: “[...] No caso sub examine, a Corte Regional vedou a aplicação da delação premiada pois, “não se pode falar que houve colaboração efetiva. O acusado se limitou a formular declarações vagas, indicando apenas os prenomes dos supostos aliciadores, sendo provável que as informações de que dispõe provavelmente não correspondem à verdade, (...) os dados fornecidos não trouxeram qualquer proveito concreto à efetiva localização dos integrantes da organização criminosa que financiou a prática do delito”. 6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena” (STF. HC 119976, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014).

âmbito das drogas, comprovando, ainda, que também têm responsabilidade criminal (MOSSIN; MOSSIN, 2016, p. 68).

O regramento legal fala, ainda, que o benefício pode ser concedido se houver “recuperação total ou parcial do produto do crime”. Ao explicar o alcance da previsão Nucci expõe que produto do crime “é a substância entorpecente, que necessita ser recuperada, total ou parcialmente” (NUCCI, 2017, s.p.).

3.5.1.7 Lei nº 12.850/2013

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (que revogou a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995) define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Trata-se da primeira norma que regula o procedimento da colaboração premiada.

Antes de analisar a colaboração, cumpre compreender o alcance da norma, a qual redefine o crime de quadrilha ou bando³³, adotando a terminologia “organização criminosa” dentro do ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§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 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 (Lei nº 12.850/2013, art. 1º).

³³ O primeiro referencial normativo a respeito do que seria uma organização criminosa é a Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado (Convenção de Palermo), *in verbis*: “Art. 2. Terminologia. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; [...] c) “Grupo estruturado” - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]”. Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.694/2012 passou-se a definir no Brasil o fenômeno da organização criminosa: “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

Pode-se extrair deste conceito novos elementos estruturais do tipo: o número mínimo de integrantes, qual seja, quatro ou mais pessoas; a abrangência das ações ilícitas praticadas no âmbito ou por meio de uma organização criminosa (incluindo as contravenções penais, uma vez que fala em “infrações penais”); e estabelece que a pena deve ser superior a quatro anos de prisão.

Cezar Roberto Bitencourt diz que o núcleo da definição de organização criminosa é, portanto, “associar-se”, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se, com o objetivo de delinquir. Não basta, pois, a simples reunião de pessoas para o cometimento de alguns crimes, exige-se que essa “associação criminosa” se revista da característica de organização, devendo ser “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. O autor, também, adverte que ela não deve ser confundida com uma reunião de pessoas legalmente estruturada para outra finalidade, como a finalidade comercial, industrial ou empresarial, no âmbito em que acabam por cometer algum ou vários crimes (BITENCOURT, 2016, p. 651-653). Para ele:

[...] a estrutura central da essência do crime de organização criminosa (art. 2º) reside na consciência e vontade de os agentes organizarem-se estruturalmente ordenados e com clara divisão de tarefas, como fim especial de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes graves (pena superior a quatro anos). Organização criminosa é crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, inconfundível com o concurso eventual de pessoas. É indispensável que os componentes da organização criminosa, preexistente concertem previamente a específica prática de crimes indeterminados com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza (BITENCOURT, 2016, p. 654).

Bitencourt ainda explica que o fim especial da organização criminosa não é a prática de crimes indeterminados, mas sim obter vantagem de qualquer natureza, não se restringindo à natureza econômica (BITENCOURT, 2016, p. 656).

Diante do conteúdo da lei, percebe-se a preocupação do legislador com a evolução das práticas delituosas para comportamentos complexos, com o fim de manipular a administração da Justiça. Portanto, o intuito é um combate efetivo ao crime organizado, a fim de viabilizar um processamento e julgamento eficaz.

Convém questionar se esta lei é o novo paradigma procedimental para a realização da delação premiada, em substituição à Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Para Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 não revogou as demais leis, contudo, pode servir de norma geral de regulamentação do instituto no que diz

respeito aos aspectos procedimentais. Os autores entendem que antes desta lei havia uma lacuna quanto ao procedimento da colaboração, razão pela qual, ela poderia ser usada com complemento às demais (GOMES; SILVA, 2015, s.p).

Feita esta breve análise sobre os pontos gerais da Lei do crime organizado, o próximo tópico analisará a colaboração no âmbito da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

3.5.2 Colaboração premiada na *Lei nº 12.850/2013*

A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, incide apenas nos casos de organizações criminosas e, não de concurso de pessoas ou, ainda, de associação criminosa (BITENCOURT, 2016, p. 724).

A Lei nº 12.850/2013, art. 3, I, regula a colaboração premiada como técnica investigativa e meio de obtenção de prova:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I – colaboração premiada; (Lei nº 12.850/2013, art. 3).

A Lei 12.850/2013, art. 4, traz os requisitos da colaboração;

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

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

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

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

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

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

§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (Lei nº 12.850/2013, art. 4).

Com base neste regramento legal, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto definem a colaboração premiada como “a possibilidade que detém o autor do delito em obter

o perdão judicial e a redução de pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 36).

Como visto no artigo 3 supratranscrito são previstos dois requisitos cumulativos (colaboração efetiva e voluntária cumulada com a avaliação da personalidade do colaborador a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração), associados a um (ou mais) requisitos previstos nos incisos I a V do art. 4 (Lei nº 12. 850, art. 3, 4).

A Lei nº 12.850/2013, assim como as anteriores já analisadas, também pressupõe para a admissão da delação premiada a voluntariedade do agente. A voluntariedade significa agir livre de qualquer coação física ou moral, não exigindo espontaneidade. A norma ainda utiliza a cumulatividade da colaboração na investigação e no processo, uma vez que, não é suficiente apontar cúmplices durante o inquérito se o investigado se retratar, posteriormente, em juízo³⁴ (NUCCI, 2017, p. 792).

De acordo com a Lei nº 12. 850, §1 há requisitos de ordem subjetiva e objetiva. A personalidade destaca-se como elemento subjetivo, ou seja, o conjunto de características pessoais do indivíduo. Nucci ensina que “o juiz deve verificar se a personalidade do agente – positiva ou negativa – relaciona-se ao fato praticado para que se busque a culpabilidade de fato (e não a culpabilidade do autor)”. As circunstâncias, gravidade e repercussão são de ordem objetiva, pois se relacionam com a natureza do fato criminoso, com a sua gravidade em concreto (NUCCI, 2017, p. 794).

Bitencourt critica a opção do legislador em adotar requisitos de ordem subjetiva para a concessão do benefício, uma vez que seria “incompatível com o direito penal do fato e da culpabilidade recomendado em um Estado Democrático de Direito”, sendo apenas “relevantes as circunstâncias, a gravidade, a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração” (BITENCOURT, 2016, p. 727).

Prosseguindo a análise Lei nº 12. 850, art. 4º, inciso I, o primeiro requisito exige, como um dos possíveis resultados, que da colaboração advenha a identificação dos demais coautores e partícipes da organização e das infrações por eles praticadas. Percebe-se, pois, que a norma exige a identificação de todos os que participaram e das infrações cometidas.

³⁴ Nesse sentido já se manifestou o TJRS, na Apelação Criminal nº 70052535440. Desembargador Relator Dálvio Leite Teixeira: “Delação premiada. Não caracterizada. Confissão extrajudicial e delação de parte dos comparsas não confirmada em juízo, ocasião em que o acusado exerceu o direito ao silêncio”.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Cunha advertem que o dispositivo legal pressupõe a confissão do colaborador, já que ele admitirá participação criminosa ao delatar os demais componentes do grupo. Portanto, haverá a renúncia de direito constitucional da não autoincriminação, a qual será abordada no próximo capítulo (CUNHA; CUNHA, 2016, p. 44).

A este respeito, ao esclarecer o alcance de mencionada previsão, Nucci entende que não é necessário esgotar todas as práticas delitivas praticadas pelos coautores ou partícipes, bastando que identifique crimes suficientes a envolver todos os indicados (NUCCI, 2017, p. 792).

Bitencourt, por sua vez, entende que deve haver a identificação de cada uma das infrações cometidas por cada pessoa envolvida, pois uma identificação incompleta inviabilizaria o acordo. O autor sobre o segundo resultado (Lei nº 12. 850, art. 4º, inciso II) relata a utilização da colaboração como revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. O intuito é facilitar o Estado na apuração da materialidade de infrações penais e autoria. A previsão restringe-se à descrição do “mecanismo operacional da organização criminosa” (BITENCOURT, 2016, p. 726).

O terceiro resultado (Lei nº 12. 850, art. 4º, inciso III), também segundo Bitencourt, é a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. A norma não exige uma prevenção específica, mas de qualquer natureza, desde que apta a evitar novas infrações penais decorrentes das atividades da organização. A quarta hipótese (Lei nº 12. 850, art. 4º, inciso IV), é a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. A recuperação, portanto, ainda que parcial beneficia o colaborador. Não importa se foi o próprio colaborador quem obteve o proveito ou detém o produto do crime, mas sim que se refiram a crimes que o colaborador esteja sendo investigado. O último resultado previsto é a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada (Lei nº 12. 850, art. 4º, inciso V). A norma tem aplicação restrita, geralmente nos crimes de extorsão mediante sequestro (BITENCOURT, 2016, p. 726).

Quanto ao momento, a delação pode ocorrer tanto na fase investigatória, quanto em juízo, inclusive durante a execução da pena. Pode ser feita pelo Delegado, na fase de investigação, com a manifestação do Ministério Público, ou por este último diretamente, tanto na fase investigativa, quanto durante o processo.

Realizada no inquérito policial, servirá para fornecer à autoridade elementos mais profundos das investigações. Neste caso, o inquérito policial deveria ficar suspenso em relação ao agente colaborador, por autorização judicial em vista de requerimento do Ministério Público, confirmando-se as revelações e a efetiva extensão de conhecimentos dos fatos, para, então, ser aplicado o benefício no âmbito da pena, mediante decisão judicial que se embasará nos termos do acordo e na eficácia em concreto (PEREIRA, 2016, p. 139).

A colaboração ao ser efetuada no curso do processo penal pode ser usada como elemento de prova pelo órgão de acusação. Neste caso, o processo também deveria ficar suspenso, conforme autorização legal, até confirmação do depoimento do colaborador, devendo as declarações ser reproduzidas em juízo, sob o crivo do contraditório, garantido aos delatados. Somente após a confirmação, seria possível conceder os benefícios previstos na Lei (PEREIRA, 2016, p. 139-140).

O juiz não participa das negociações (Lei nº 12. 850, art. 4, §6º), pois o magistrado deverá homologar a avença, de maneira que seja preservada a imparcialidade. Feitas as negociações, o termo do acordo de colaboração deverá ser autuado em apartado, como um incidente do inquérito ou do processo, para que possa, de forma sigilosa, ser distribuído a um juiz, nos termos da Lei nº 12. 850, art. 7º.

Dentre as formalidades do acordo, o delator deve estar sempre assistido por advogado. A composição deverá ser analisada pelo juiz, o qual irá verificar se o acordo foi feito de conforme disposto na Lei nº 12. 850, art. 4º, §7º. O magistrado também deverá verificar se a manifestação foi voluntária, podendo, inclusive, ouvir sigilosamente o colaborador. O Juiz poderá recusar-se em homologar o acordo se vislumbrar alguma irregularidade ou ilegalidade. Diante disso, percebe-se que o acordo e sua homologação é um direito subjetivo do colaborador e, ainda, de poder discricionário do juiz (CUNHA, 2016, p. 73).

Homologado o acordo, não haverá a aplicação do benefício (perdão ou outra prevista na Lei), de imediato. O perdão e a redução da pena (ou sua substituição), somente serão apreciados quando da prolação da sentença em face do colaborador. Até mesmo, porque, a colaboração pode revelar-se ineficaz no curso do processo. A homologação, portanto, “é uma promessa do juiz quanto à aplicação dos benefícios oriundos da colaboração, cuja efetiva implantação, primeiro, somente poderá ser realizada na sentença e, segundo, dependerá da demonstração da eficácia da delação” (CUNHA, 2016, p. 75).

Outra previsão relevante da Lei nº 12. 850, é a do art. 4º, §4º:

§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 (LEI Nº 12. 850, art. 4º, §4º).

Percebe-se que a norma traz uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação pena pública. Por este princípio, presentes a prova da existência do crime e indícios de autoria, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, não havendo discricionariedade (CUNHA, 2016, p. 63).

Pode-se afirmar que a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, já abordada em tópico anterior (2.4), também abranda o princípio, quando permite ao promotor, desde que preenchidos certos requisitos, a transação penal em vez da denúncia.

A respeito da opção do membro do Ministério Público em não denunciar, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto defendem que diante da pouca tradição do ordenamento brasileiro em utilizar “essa espécie de barganha [...], deve o Ministério Público redobrar sua cautela, máxime quando se detecta a seriedade dos interesses em jogo” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 68).

O juiz, na sentença que julgar o colaborador, constatando haver a colaboração poderá: conceder o perdão judicial, extinguindo a punibilidade; condenar o réu colaborador; reduzir a pena em até dois terços; e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dentre as previstas no Código Penal, art. 43.

Os prêmios não podem ser mesclados, nem com os da própria Lei, nem com de outras normas que também preveem a colaboração premiada. Os Tribunais têm firmado posição no sentido de que o Judiciário deve optar por uma ou outra Lei (NUCCI, 2017, p. 792).

Segundo Fausto Martins Sanctis caso na sentença não seja reconhecida a efetividade da colaboração, o magistrado poderá, no momento da dosimetria da pena, reconhecer uma atenuante do Código Penal, art. 65 III, “b” (SANCTIS, 2015, p. 205).

Por fim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes do depoimento do colaborador. Portanto, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a colaboração se trata de negócio jurídico processual personalíssimo,

razão pela qual o acordo não poderia ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa³⁵.

3.5.3 Valor probatório da colaboração premiada

A Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §16, reza:

Art. 4.

[...]

§16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (LEI Nº 12.850/ 2013, art. 4, §16).

Da leitura da norma, extrai-se que a eventual condenação de pessoa indicada pelo colaborador não pode se apoiar em prova isolada consistente nas informações da colaboração³⁶. Por outro lado, o julgador, dentro da livre valoração da prova, pode considerar preponderantes os elementos que entenda mais apropriados para proferir a sentença (conforme mostrou o tópico 2.3.2)³⁷.

Em face do delator, o qual deverá confessar a prática da infração penal, a eventual condenação não poderá limitar-se à confissão, pois, não pode ser fundamento de uma sentença penal condenatória (CPP brasileiro, art. 197).

Portanto, em qualquer caso, sobrevindo a condenação em face do delator ou do delatado, deverá estar lastreada nas provas produzidas ao longo da instrução, incluindo as provas obtidas por meio da colaboração, e não apenas no depoimento do delator³⁸.

³⁵ STF. Reclamação 21.258. Rel Dias Toffoli.. 2ª turma. PR.15/03/2016.

³⁶ “Nesse sentido manifestou o TRF3, no Recurso em Sentido Estrito nº 3898220134036119, de Relatoria do Desembargador Nino Toldo: ‘Informações em delação premiada não podem ser usadas com único meio de prova para alicerçar a condenação do réu’” (RSE 00003898220134036119 SP 0000389-82.2013.4.03.6119. Rel.: Desembargador Federal Nino Toldo. Décima primeira turma. e-DJF3 Judicial. 13/05/2016).

³⁷ “O STJ já se manifestou neste sentido: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. OPERAÇÃO GAFANHOTO. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. VALIDADE. PRECEDENTES. 1. As provas testemunhais, obtidas por meio de delação premiada, em consonância com as demais provas produzidas na fase judicial da persecução penal, são elementos idôneos para subsidiarem a condenação do agente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido” (422.441/RR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015).

³⁸ “Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: EMENTA: DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. ALEGAÇÕES PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE. [...] A delação de corréu e o depoimento de informante não podem servir como elemento

Frederico Vadez Pereira a respeito da eficácia probatória da colaboração premiada reconhece a impossibilidade de uma condenação fundar-se exclusivamente nas declarações do delator, no entanto ele defende que:

Por outro lado, não se pode chegar à conclusão oposta, de que as declarações do colaborador não terão efeitos probatórios. A opção feita pela ordem jurídica pátria em diversos dispositivos legais, ao incluí-la entre os meios de prova típicos, foi a de atribuir importância probatória à delação premiada, o que, por certo não se resume na atribuição de simples efeito de *notitia criminis*, ou de mero indício, tendo em conta ainda a sua intrínseca estrutura de prova histórico-representativa, cujo objeto é próprio *thema probandum*. [...] O efeito de mera comunicação de crime é admitido quando não estiverem configurados os requisitos do instituto da colaboração premiada. [...] Também terão eficácia de mera *notitia criminis* as declarações do colaborador processual que não estiverem corroboradas por outros dados externos (PEREIRA, 2016, p. 167).

Diante disso, conclui-se pela necessidade de fortalecimento das informações oriundas da colaboração para que seja possível utilizá-la no embasamento da condenação.

Neste ponto, é relevante pontuar que o princípio da presunção de inocência, (que será aprofundado no capítulo 3), exige que o estado de inocência apenas poderá ser abalado por meio de conjunto probatório que, além de respeitar as garantias constitucionais e legais, deverá desenvolver-se durante a instrução judicial a partir de atos probatórios aptos a demonstrar a culpabilidade do agente.

Isso se justifica, uma vez que a prova da culpabilidade para a formação de um juízo condenatório deve ser “segura e indubitosa” (até mesmo porque, no caso de dúvida razoável, impõe-se a absolvição do acusado) (PEREIRA, 2016, p. 179).

Como visto em tópico anterior (2.5.2), o processo penal brasileiro rege-se pelo livre convencimento motivado do julgador. Dessa maneira, mais relevante que o meio de produção da prova, é o modo como ele vem sendo aplicado. Portanto, é necessário “um grau de confirmação que permita superar o filtro consistente na superação da dúvida razoável, daí porque não basta se referir apenas à suficiência probatória”, como também, que “se trate de prova da culpabilidade suficiente para além de toda dúvida razoável” (PEREIRA, 2016, p. 180).

decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade. 7. Ação penal julgada improcedente” (STF, AP 465, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

Dessa maneira, o livre convencimento motivado somente é adequado se orientado por critérios jurídicos voltados a preservar valores e fundamentos acolhidos pelos Estados constitucionais democráticos, de maneira a aplicar o direito como integridade, tal como proposto por Ronald Dworkin.

3.5.4 A colaboração premiada e a coexistência com a atenuante de confissão

A delação representa uma confissão qualificada. Portanto, não configura *bis in idem*³⁹ cumular a confissão, na qualidade de atenuante genérica (aplicável na segunda fase da dosimetria da pena), com a delação, cuja premiação ocorre em outra fase (a depender do caso, na terceira, como causa de diminuição de pena, ou quando da fixação do regime prisional ou na substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos) (SANTOS, 2016, p. 88).

Esse foi o entendimento externado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Criminal nº 2011 05 1 007053-8, de Relatoria de Nilsoni de Freitas Custódio⁴⁰. No julgamento a relatora ponderou que a confissão prescinde que o delito tenha sido cometido em coautoria ou esteja fincado no contexto de organização delituosa. Enquanto, para que seja configurada a delação premiada, reconheceu ser necessária a confissão natural do autor dos fatos acerca da participação no evento criminoso e, ainda, que sejam prestadas informações capazes de contribuir para a localização e identificação de outros criminosos com o intuito de desconfigurar o grupo organizado para prática de ilícitos. A relatora conclui, assim, pela natureza jurídica e finalidade diversas da delação com a atenuante da confissão espontânea prevista no Código Penal, art. 65, inciso III, alínea “d”.

Portanto, na sentença o julgador deverá, na segunda etapa, atenuar a reprimenda, em razão do acusado ter admitido a autoria da infração, reconhecendo responsabilidade penal; após, minora-se a sanção na terceira fase, implementa-se regime mais benéfico e/ou

³⁹ “Nesse sentido foi proferido julgamento pelo TRF2, Apelação Criminal nº 120792012.51.01.490299-0: “[...] II – Merece prosperar o recurso de Henrique, a fim de seja aplicada a atenuante de confissão, posto que não configura bis in idem com a delação premiada; bem como que seja aumentado o percentual aplicado para a causa de diminuição referente à delação, tendo em vista a colaboração efetiva do réu”. TRF2, Apelação Criminal nº 120792012.51.01.490299-0, 11/11/15.

⁴⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Criminal nº 2011 05 1 007053-8, Rel.: Nilsoni de Freitas Custódio. 3 turma. 16/12/11.

reprimenda substitutiva da prisão, em razão da contribuição prestada à persecução acusatória⁴¹.

3.5.5 Natureza jurídica da colaboração premiada

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 127.483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli⁴², reconhece que a cooperação premiada é, em si, veículo de produção probatória, uma vez que, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que as endosse. As declarações do delator são, portanto, meios de provas⁴³.

Como dito anteriormente, na Reclamação 21.258⁴⁴, o STF fixou a natureza jurídica da colaboração como negócio jurídico processual, pactuado entre o acusado e o Estado, por escrito, cuja validade estaria condicionada à homologação pela autoridade judiciária competente.

Quando o Supremo fala em “negócio jurídico processual” se refere ao acordo da Lei 12.850/2013, art. 4º, §6º, ou seja, nos compromissos assumidos pelo agente cooperante e as condições da proposta de benefício legal. É evidente que o acordo não se confunde com os

⁴¹ “O Superior Tribuna de Justiça já tem precedentes neste sentido: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA. DELITOS APURADOS EM OUTRO PROCESSO. NÃO-VERIFICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 59 DO CP. SÚMULA 7/STJ. ARTS. 61, II, G, E 171, § 3º, DO CP. APLICAÇÃO CONJUNTA. NON BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE SEMPRE ATENUA A PENA. DELITO TENTADO. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de aplicação conjunta da confissão espontânea e da delação, bem como para declarar extinta a punibilidade do recorrente em relação ao delito de estelionato tentado, em razão da prescrição da pretensão punitiva. (REsp 897.581/AM, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 29/06/2009); HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.807/99. APELAÇÃO. JULGAMENTO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA VIA ESTREITA DO WRIT. 1. Ao contrário do que afirma o acórdão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2.ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3.ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena. [...]. STJ.HC 84.609/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010.

⁴² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.483/PR, rel: Ministro Dias Toffoli. 29/03/16.

⁴³ Meio de prova deve ser compreendido como os instrumentos processuais realizados durante a instrução contraditória em juízo e aptos a produzir os elementos de prova no processo.

⁴⁴ STF, Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-04-2016 PUBLIC 20-04-2016.

depoimentos eventualmente prestados pelo colaborador em juízo como cumprimento dos compromissos assumidos, os quais são legítimos meios de prova (PEREIRA, 2016, p. 189).

Michelle Barbosa de Brito afirma que, em relação ao sujeito delatado, a delação é meio de prova, pois, leva ao processo informações que contribuirão para a formação da convicção do magistrado. Quanto ao delator, ela aponta que, à medida em que pressupõe confissão, a delação premiada também fornece elementos de convicção ao juiz, se revelando meio de prova. Porém, em nenhuma hipótese será prova, tendo em vista que o conteúdo não corresponde à realidade dos fatos (BRITO, 2016, p. 71).

Marcos Paulo Dutra Santos critica a definição atribuída pelo STF, por entender que ela não contempla toda a dimensão da colaboração, uma vez que a concessão dos benefícios previstos em lei depende de ratificação jurisdicional, não bastando o acordo entre o órgão de acusação e o acusado (SANTOS, 2016, p. 82).

O acordo colaboração premiada faz surgir para o delator um direito público subjetivo de receber um prêmio, mas não estipula, previamente a espécie ou a quantidade de redução da pena. Portanto, o benefício será mensurado conforme a eficiência e amplitude da colaboração.

Em sentido material, com base na legislação abordada neste estudo, a colaboração pode traduzir: perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade (Lei nº 12.850/13, art. 4º, caput; Lei nº 9.613/98, art. 1º, §5º; e Lei nº 9.807/99, art. 13); causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (quanto o objeto da delação for organização criminosa ou lavagem de dinheiro); causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto ou de progressão de regime (Lei nº 12.850/13, art. 4º, §5º); causa de redução de pena; ou causa de exclusão ou atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória (STF, Decisão HC 127.483); e não oferecimento da denúncia, atuando como causa extintiva da punibilidade a fundamentar arquivamento de inquérito policial. Em sentido processual, a colaboração é, ao mesmo tempo, direito público subjetivo do acusado e meio de formação de provas (SANTOS, 2016, p. 87).

Frederico Valdez Pereira, ao discorrer sobre as incoerências na denominação a natureza jurídica da delação, traz conclusão a este respeito que parece mais acertada com todas as características e implicações do instituto:

Compreendida como instituto complexo e híbrido e poliforme, com híbrida natureza penal e processual, a colaboração premiada é técnica de investigação e meio de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados; inserida no ordenamento jurídico como mecanismo de justiça consensual, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos

de persecução penal no interior de atividades criminosas a partir da ampla confissão e de revelações do colaborado, sendo que a atitude cooperativa advém da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada (PEREIRA, 2016, p. 193-194).

Logo, depoimentos propriamente ditos pelo colaborador, em juízo, como concretização do acordo prévio de colaboração, constituem meio de prova⁴⁵, pois, neste momento, o depoimento é colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e na presença do órgão julgador.

3.5.6 Breve comparativo entre a colaboração premiada no Brasil, o *plea bargaining* do direito norte-americano e o *pentiti* da Itália

No tópico 1.4 foi analisado o direito negocial nos Estados Unidos da América e na Itália. Após, foi abordada a colaboração no ordenamento jurídico brasileiro. Convém apontar nesse momento, um paralelo entre os dois sistemas e o sistema no Brasil, a fim de compreender as consequências e implicações em cada ordenamento.

Primeiro, quanto aos sistemas americano e brasileiro, a negociação visa obter a confissão do acusado e a coleta de provas por meio da colaboração, o qual terá a expectativa de um benefício consistente na atenuação ou, até mesmo, remissão da pena ao final do processo. O sistema jurídico norte-americano integra o *common law*, o qual é originário de regras não escritas, baseadas no direito costumeiro. As normas jurídicas surgem do caso particular para o geral. O sistema brasileiro, por sua vez, é integrante do *civil law*, o que significa que a principal fonte é a lei.

Essa diferença influencia diretamente o modelo de justiça premial de cada país. Nos Estados Unidos, conforme já ressaltado, as práticas negociais são favorecidas por um conjunto de fatores que, valendo-se da colaboração processual do imputado, constituem-se típicas e rotineiras. Já no Brasil, a colaboração premiada ainda não é a regra da solução dos conflitos.

Agrega-se, ainda, o fato de que o direito penal norte-americano é regido pelo princípio da oportunidade, o qual confere ao membro do Ministério Público amplo poder de seleção, condução da investigação e do processo penal, com as ferramentas, já estudadas, *plea*

⁴⁵ STF, HC 127.483. Rel. Min. Dias Toffoli.

bargaining e *guilty plea*. A maioria dos casos são resolvidos sem haver julgamento convencional.

O intuito é exatamente evitar o grande volume de processos o que poderia paralisar o sistema penal do país. Entretanto, no Brasil os acordos envolvem apenas crimes que haja concurso de pessoas, voltando, sobretudo, ao combate da criminalidade organizada.

Walter Barbosa Bittar aponta que no sistema norte-americano o devido processo legal é direito, uma vez que, quando o réu confessa nenhuma outra diligência é adotada para confirmar a culpa, podendo ser dispensado. No Brasil, por outro lado, a confissão não é suficiente para embasar uma condenação, razão pela qual, o devido processo legal é garantia, não podendo ser dispensado (BITTAR, 2011, p. 26).

Frederico Valdez Pereira ao analisar a colaboração no sistema *common law*, salienta que a maior preocupação é sobre a pessoa do colaborador, a medida em que a renúncia ao direito de não se autoincriminar surge para diminuir os riscos de declarações falsas. Enquanto em países como o Brasil, a renúncia à não autoincriminação submete-se a um regramento específico, com o intuito de garantir a eficácia da colaboração e proteção do delator. Portanto, existe uma menor discricionariedade ao órgão acusador, já que nos Estados Unidos, este pode valer-se de inúmeras práticas informais (PEREIRA, 2016, p. 47).

Como observado, é assegurado aos promotores estadunidenses, inclusive, acusarem o réu por crime mais grave caso não aceitem a proposta, ou de recomendarem a aplicação de pena mais severa – o que não existe no Brasil. Por conseguinte, a atitude dos promotores, em geral, funciona como forte pressão sobre a decisão a ser tomada pela pessoa acusada.

No ordenamento pátrio, o Ministério Público, por sua vez, segue o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e, em razão disso, não pode agir informalmente, prometendo vantagens quanto à acusação ou às penas que possam vir a ser aplicadas futuramente em troca de informações e só poderá agir dentro dos limites que a legislação estabelece.

Desse modo, não há margem de manobra tão ampla por parte do Ministério Público, que deverá formular a acusação de acordo com os elementos de prova de que dispuser. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, não poderá imputar fato mais grave, a fim de facilitar a barganha processual. A discricionariedade é exercida nos exatos limites da legalidade (discricionariedade regrada).

Somente a lei pode estabelecer as condições do acordo, a natureza e extensão das medidas premiaias, as quais devem ser proporcionais à conduta processual posta em prática

pelo colaborador, o que afasta a ampla discricionariedade dos órgãos de investigação, acusação e jurisdicionais quanto à sanção aplicada.

Plea bargaining, por outro lado, dispensa o procedimento em juízo, até mesmo porque, o principal objetivo, consoante já abordado, é evitar o procedimento judicial. No ordenamento brasileiro, contudo, a colaboração visa superar a dificuldade na coleta de prova, dependendo (salvo nos casos em que o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia) de provimento jurisdicional, no caso, a sentença, seja para reduzir a pena ou conceder o perdão.

Registre-se, neste ponto, que a maioria das críticas dos doutrinadores norte-americanos envolve a discricionariedade quase ilimitada do Ministério Público, o qual pode se valer de qualquer medida para obter a confissão do acusado. Neste sistema, contrário ao brasileiro, é possível o agente ser punido apenas com base na confissão.

Percebe-se, pois, que *plea bargaining* no ordenamento estadunidense encontra justificativa sobretudo em razões relacionadas ao eficientismo/utilitarismo do sistema punitivo estatal, com relativa abdicação de direitos e garantias do acusado. Pode-se dizer, assim, que a prática criminal é, ao menos no aspecto da solução consensual dos conflitos penais, mais próxima de um modelo “eficientista” do sistema penal, em detrimento de reflexões próprias ao garantismo penal.

Portanto, ao contrário do que ocorre em *plea bargaining*, no ordenamento nacional brasileiro, somente o juiz poderá fixar o benefício, dentro dos limites legais, devendo pautar-se, sobretudo, na eficácia da colaboração.

Diante destas diferenças significativas entre os dois sistemas penais, importante é a lição de Frederico Valdez Pereira ao advertir que, no Brasil, a colaboração premiada não deve ser incentivada como uma livre negociação entre o Ministério Público e o acusado, mas apenas como “mecanismo direcionado a incentivar a aproximação entre investigado e órgão de acusação de modo a preencher os requisitos legais autorizativos da ‘sanção positiva’ pela contribuição probatória proveniente do imputado, apreciação que não está imune ao controle judicial” (PEREIRA, 2016, p. 52).

Um segundo aspecto refere-se às diferenças entre o direito premial no Brasil e na Itália. Walter Babosa Bittar salienta que, enquanto o legislador brasileiro se preocupou apenas com a criação de leis, prevendo benefícios ao delator em várias legislações esparsas, na Itália, há uma completa organização normativa, a qual se atentou às necessidades e realidade do país (BITTAR, 2011, p. 259).

Na Itália o colaborador é chamado de “arrependido” o que demonstra a diferença de tratamento pelo legislador, o qual busca o resgate social do criminoso que colabora com a justiça. O tratamento é verdadeira prevenção especial, conforme leciona Bittar, para combate da máfia. No Brasil, por sua vez, a legislação não contém nenhuma previsão que denote preocupação em recuperar o delinquente (BITTAR, 2011, p. 259).

A legislação italiana possui normas claras e voltadas à busca da eficiência da delação, impondo limites para valoração, sobretudo para respaldar a utilização e validade processual, o que não ocorre no Brasil. Os arrependidos são tratados como testemunha suspeita e distinção dos demais testemunhos, exigindo valoração prudente, somente sendo consideradas válidas as declarações se confirmadas por outros elementos. No ordenamento brasileiro, contudo, a legislação não é clara nesse sentido, sendo obscura a valoração dos depoimentos do delator para o processo, o que dependerá da atuação do magistrado no caso concreto.

O *verbale illustrativo* que instrumentaliza as delações na Itália denota o cuidado do legislador em estabelecer regras que devem ser respeitadas pelo delator e pelo juiz para a concessão do prêmio.

Percebeu-se, portanto, que todo o sistema processual italiano foi alterado para amparar a figura dos colaboradores com a justiça, o que não ocorreu no Brasil, cuja aplicação da colaboração premiada, sobretudo para resguardar o respeito aos princípios e garantias tutelados na Constituição, ficam a cargo do magistrado.

4 A DELAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos tópicos anteriores foi ressaltada a necessidade de se compreender a negociação premial no âmbito dos princípios constitucionais, sobretudo, aqueles que podem ser diretamente afetados por ela, quais sejam, o da presunção de não culpabilidade e da não autoincriminação. Portanto, necessário se faz compreender a base de tais princípios no ordenamento jurídico brasileiro, quando este se constitui em Estado Democrático de Direito.

4.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República de 1988, artigo primeiro, constitui a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito garantidor de direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito traduz, no presente, a ideia de um Estado em que todas as pessoas e poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito, no qual, os poderes públicos são exercidos por representantes do povo, visando assegurar a todos uma igualdade material. Ele ainda estabelece mecanismos de proteção e garantias que resguardam o sistema processual penal ao visar a dignidade humana.

Pela leitura da atual constituição, percebe-se que foi estruturado um modelo de Estado Democrático de Direito com o intuito de enfrentar os problemas sociais, concedendo-lhes melhores soluções que outros estágios de evolução do Estado e constitucionalismo.

Portanto, a base política do modelo estatal brasileiro lastreia-se no respeito e promoção dos direitos fundamentais, de maneira que todas as esferas de poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, possuam o compromisso com a concretização destes direitos.

Neste sentido, Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes reconhecem que a concepção de Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição brasileira, demanda a existência de um núcleo que acolha as conquistas civilizatórias sedimentadas no binômio democracia e direitos fundamentais-sociais (STRECK; MORAIS, 2016, p. 116).

Neste âmbito, podem ser pontuados como princípios do Estado Democrático de Direito, elencados pelos autores:

A- Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica [...]

- B- Organização Democrática da sociedade [...]
- C- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos [...]
- D- Justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades [...]
- E- Igualdade [...]
- F- Especialização de poderes ou de funções [...]
- G- Legalidade [...]
- H- Seguranças e certezas jurídicas (STRECK; MORAIS, 2013, p. 114).

A Constituição da República de 1988, portanto, ao constituir o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º, invoca um conteúdo essencial e postular para o ordenamento jurídico, no qual estão dispostas, como dito, as garantias e direitos fundamentais.

Como expressões deste paradigma de Estado, a Constituição consagrou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso IV, e, no artigo 4º, inciso II, o princípio da prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações institucionais internacionais, além de reservar um título específico para encartar o rol de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Vale consignar, igualmente, que o compromisso de proteção dos direitos fundamentais está presente nos artigos XXI e XXIX, alínea 2, da Declaração Universal de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é signatária.

Percebe-se, por conseguinte, que os direitos fundamentais, por consubstanciarem bens da vida intimamente essenciais à existência humana digna, devem ser atendidos, respeitados e efetivados com absoluta preferência pelos poderes estatais. Além de constituírem o pilar do sistema ético de referência de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, conclui-se, que o Processo Penal no Estado Democrático de Direito enquadra-se como uma dessas garantias fundamentais, pois pressupõe uma obrigação inibidora dos abusos Estatais, projetando um instrumento hábil à tutela dos direitos fundamentais, tanto para o sujeito de direito, quanto para o Estado.

Necessário ressaltar que o processo é garantia, pois é por meio da condução que se pretende assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, impondo limites e freios ao poder punitivo do Estado. Dessa maneira, pode-se dizer que a grande função do processo penal no Estado Democrático de Direito é assegurar os direitos fundamentais do acusado.

Em razão disso, alguns autores defendem que o Estado vigente deveria ser chamado de “Estado Democrático de Direito Humanos”, valendo aqui a referência de Alberto Nogueira que, lembrando Louis Favoreu, conclui que houve acolhimento das disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com força de norma constitucional (NOGUEIRA, 2003, p. 231)

O processo penal é, portanto, instrumento que permite ao Estado impor a sanção penal ao suposto autor do fato delituoso. No entanto, a punição somente é legítima se observadas os direitos e liberdades individuais (LIMA, 2015, p.14).

Com essa perspectiva, Eugenio Pacelli reforça o papel do Estado Democrático de Direito refletido na prevalência dos direitos e garantias fundamentais, “enquanto sistema jurídico de aplicação do direito penal, [...] destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais” (PACELLI, 2012, p. 31-34).

Ao se valer da colaboração premiada, o Estado, enquanto democrático de direito, deve agir para conciliar as garantias por ele tuteladas em matéria processual penal, sobretudo quando houver um conflito aparente entre elas. Imperioso, portanto, compreender o devido processo legal e as garantias dele decorrentes, quais sejam, a não autoincriminação e a não culpabilidade.

4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal é princípio máximo de todo ordenamento jurídico-processual brasileiro, decorrendo do próprio Estado Democrático de Direito⁴⁶. O princípio é postulado fundamental do processo. Trata-se de princípio base, sobre o qual todos os outros se sustentam.

É correto afirmar que o devido processo legal é considerado um supra-princípio processual. O processo, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, é o direito constitucional aplicado, ou seja, a suprema aplicação dos direitos e garantias fundamentais em sua plenitude (GRINOVER, 1998, p. 312-316).

Nesse sentido, Walter Nunes da Silva Junior afirma que:

O devido processo legal é uma conquista do Estado contemporâneo e, como se vê, nem sempre existiu. Na época do Estado absoluto, a persecução criminal não tinha limites e a punição de alguém ficava à mercê da vontade do Executivo, que enfeixava, em suas mãos, a função de legislar, exercer a *persecutio criminis* e, igualmente, de julgar (SILVA JUNIOR, 2008, p. 414).

⁴⁶ “A base nuclear constante da cláusula geral do princípio do devido processo legal é que, no Estado Democrático de Direito, entre o cidadão e imposição estatal – incidente sobre os bens e liberdade do indivíduo – deve sempre existir o devido processo, devidamente justificado e conduzido por um juiz natural” (MENDES, 2013, p. 429).

Convém ressaltar que a Constituição da República de 1988,⁴⁷ pela primeira vez, expressamente enunciou o devido processo legal à condição de direito fundamental, prevendo no seu artigo 5º, inciso LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (GRINOVER, 1998, p. 312-316).

A origem do princípio no direito estrangeiro remonta à:⁴⁸

[...] Carta Magna inglesa, de 1215, em que se estabelecia a garantia de que a aplicação de sanção só poderia ser efetuada de acordo com a lei da terra (*by the law of the land*). A expressão foi alterada em 1355, quando o Rei Eduardo III foi obrigado pelo parlamento a aceitar um Estatuto que se referia ao devido processo legal (*due process of law*). Tal garantia passou para colônias americanas e, posteriormente, foi incorporada pelo sistema constitucional federal dos Estados Unidos da América, em 1791 (V emenda) e em 1867 (XIV emenda) (MIRABETE, 2000, p. 28).

Nessa mesma linha de pensamento, Norberto Avena leciona que o princípio do processo legal tem bases na cláusula *due process of law*, do direito anglo-americano (AVENA, 2014, p. 22).

Nesse sentido manifestou-se Silva Junior, sobre a previsão do princípio na Constituição Inglesa de 1215:

[...] cláusula não continha a expressão *due process of law* (devido processo legal). A locução utilizada foi *Law of the land* (lei da terra) [...] Diz-se que a cláusula do *due process of law*, germinada do ordenamento jurídico norte-americano, foi trasladada do princípio *the law of the land*, inscrita no direito inglês, cujo embrião dimana do vetusto brocardo romano: *nemo debet inauditus damnari*, isto é, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido (SILVA JUNIOR, 2008, p. 415).

André Luiz Nicolitt aponta que o conceito do princípio se associa ao “processo justo” e, por essa via, às garantias constitucionais. Em outras palavras, é a garantia limitadora dos possíveis abusos jurisdicionais, o qual coloca aquele que está sendo julgado em uma posição

⁴⁷ “A origem da norma no Brasil: “art. 179, XI, da Constituição de 1824; art. 72, § 15, da Constituição de 1891; art. 102 (§ 8º), da Constituição de 1934; art. 141, § 27, da Constituição de 1946” (MENDES, 2013, p. 427).

⁴⁸ Nesse sentido, a Magna Carta, de 1215, dispunha, em seu artigo 39, que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país” (MENDES, 2013, p. 429).

garantidora de um processo sério e correto, visando definir o procedimento e, diminuir o risco de intromissões errôneas dos bens tutelados (NICOLITT, 2009, p. 29-31).

Com isso, salienta-se que a dignidade humana é valor a ser preenchido concretamente. O devido processo legal deve ser, portanto, efetivado no curso da persecução penal, pois, um processo justo conduzirá à concretização deste postulado fundamental do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que o devido processo legal “representa um sobreprincípio que articula e alimenta diversas garantias fundamentais processuais previstas na Constituição de 1988. Nessa perspectiva, ele atua como vetor interpretativo e norma de integração de outras garantias processuais constitucionais” (MENDES, 2013, p. 430).

Portanto, a aplicação de princípio do devido processo legal não deve se restringir ao processo judicial, pois a norma constitucional não traz esta limitação. Ele é dirigido ao Poder Público como um todo, tanto no poder Judiciário, quanto no Executivo e Legislativo, assegurando assim a proteção ao cidadão em face dos abusos de poder.

Nesse sentido, conclui-se que, com a formação do Estado Democrático de Direito, houve um aumento nas garantias penais, não significando impunidade, ao contrário, o Estado pode oferecer processos e julgamentos justos e dignos. E ainda, entende-se que o devido processo legal é princípio fundamental, do qual decorrem vários outros. A missão dos Tribunais Superiores está em zelar pela fiel aplicação.

4.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

Segundo Maria Elezabeth Queijo o princípio da presunção de não-culpabilidade é direito fundamental com forma de princípios-garantia, tendo, portanto, força normativa imediata (QUEIJO, 2012, p. 93).

Dito de outra forma, de acordo com Deilton Ribeiro Brasil a presunção de não-culpabilidade é um direito fundamental e também um princípio. No que se refere ao direito, devido ao conteúdo processual, direciona-se a todos os indivíduos, vinculando que toda pessoa é considerada inocente até o trânsito em julgado da sentença. Como princípio, o direito acompanha o acusado ao longo da persecução penal, assumindo-se como direito subjetivo público e garantia subjetiva do imputado, que se traduz no fato de se considerar inocente até o trânsito da sentença final, restringindo qualquer coação pessoal contra o acusado (BRASIL, 2016, p. 392).

4.3.1 Conceito, noções gerais e reflexos do princípio na persecução penal

A CR/1988, artigo 5º, inciso LVII – consagra o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não-culpabilidade – prevendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Conforme ensinam Cretela Júnior e Geraldo de Ulhoa Cintra, a palavra presunção vem do latim *praesumptio*, que significa tomar antes, prever, antecipar, já inocência vem de *innocentia*, cujo significado original remetia à religião (CRETELA JUNIOR; ULHOA, 1944, p. 896).

Convém ressaltar que existe discussão, por parte da doutrina, acerca da nomenclatura dada ao aludido princípio. A este respeito, explica Silva Junior que “parte dos doutrinadores identifica, aí, a chancela do que se convencionou chamar de princípio da presunção. Outros, acreditam que, em verdade, o que o dispositivo constitucional anuncia é o princípio da presunção de não-culpabilidade” (SILVA JUNIOR, 2008, p. 532).

Há de se advertir, no entanto, conforme assevera Luis Gustavo G. C. Carvalho que para alguns doutrinadores “não há qualquer diferença entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade [...]. Não se pode limitar o princípio constitucional, de natureza política, a uma noção semântica do termo técnico presunção” (CARVALHO, 2004, p. 151).

Julio Fabbrini Mirabete sintetiza que:

Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não culpabilidade”. Por isso, a nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado (MIRABETE, 2000, s.p).

O presente trabalho reforça a denominação de princípio da presunção de não-culpabilidade, porém, não é objetivo esgotar todas as indagações acerca da noção semântica do termo técnico, assim, prioriza-se na verdade, a discussão jurisdicional.

Neste sentido, convém transcrever a lição trazida por Gilmar Ferreira Mendes de que “a Constituição estabelece, no art. 5º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o

trânsito em julgado da sentença penal condenatória' consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade” (MENDES, 2015, p. 33-48).

Estabelecida a nomenclatura sugerida, destacam-se as concepções acerca do princípio. Fernando da Costa Tourinho Filho dispõe que o princípio da presunção de não-culpabilidade: “[...] é um ato de fé no valor ético das pessoas, próprio de toda sociedade livre, [...] princípios que, aliados a soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 89).

Observa Gilmar Mendes que “a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença” (MENDES, 2015, p. 33-48).

Valendo-se dos ensinamentos de Nereu José Giacomolli acrescenta-se que “todas as pessoas, independentemente de estarem sendo submetidas a algum procedimento, estão sob o signo da presunção inocência. Destina-se o princípio da presunção de inocência, a todos os cidadãos” (GIACOMOLLI, 2013, p. 444).

Partindo dessas percepções iniciais, é possível compreender a presunção de não-culpabilidade como princípio constitucional geral, refletido a todos os indivíduos, sendo assim, torna-se mais um instrumento de promoção destinado a garantir a liberdade do cidadão e limitar intervenções ilegítimas do Estado. Depreende-se, ainda, que compõe a ideia de que todos são inocentes até que se prove a culpa. É princípio-garantia que impõe restrições à atuação estatal, sendo um deles a condição de que nenhuma sentença condenatória será aplicada sem prova indubitável da culpa.

Convém registrar que aludida garantia constitui cláusula pétrea, importante postulado em um Estado Democrático de Direito. Nessa conjuntura, pode-se afirmar a relevância do princípio constitucional para o processo penal, uma vez que ele é marco distintivo entre dois sistemas processuais penais – o inquisitório e acusatório abordados no tópico 2.1.

Giacomolli também assevera que “[...] na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a presunção de inocência assumiu relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova” (GIACOMOLLI, 2013, p. 441).

Como já foi dito sobre os sistemas processuais em momento anterior, cabe apenas relembrar que no sistema inquisitivo, não era possível ao acusado contradizer a acusação, além disso, o indivíduo presumia-se culpado.

Por outro giro, no sistema acusatório vislumbra-se a reserva de direitos e garantias ao acusado, consagrando-se o princípio da dignidade da pessoa humana em face da intervenção ilegítima do Estado na seara individual.

A Constituição de 1988, com a adoção do sistema acusatório, assegura a garantia fundamental da presunção de não-culpabilidade, pois o acusado tem a inocência preservada e o processo é conduzido sem máculas. Com efeito, busca-se examinar os fatos, impedindo-se partir da culpa do agente.⁴⁹

Impõe-se, concluir que o princípio da presunção de não-culpabilidade trata-se de norma-princípio, pois a estrutura normativa confere aptidão de eficácia irradiante em todo ordenamento jurídico, devendo ser cumprida dentro da maior efetividade possível.

Sobreleva ressaltar que o princípio da presunção de não-culpabilidade é classificado como garantia de segurança. É oportuno, inclusive, mencionar a afirmação de Lopes Junior:

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos direitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que expressa na confiança dos cidadãos da justiça (LOPES JUNIOR, 2015, 236).

Em suma, a proteção do princípio-garantia vai além da proteção da liberdade individual, avança não só na garantia de dignidade e verdade, mas incide também na garantia de segurança – em respeito a toda dinâmica da persecução penal – inserida no Estado Democrático de Direito.

Assim, como garantia de segurança, considera-se importante ressaltar “o coroamento do *due processo of law*”, tendo em vista que o princípio da presunção de não-culpabilidade, reitor do processo penal, coaduna com o atual modelo acusatório, sendo consequência direta do princípio do devido processo legal (LOPES JUNIOR, 2011, p. 177; TOURINHO FILHO, 2012, p.89).⁵⁰

⁴⁹ No entanto, segundo Maurício Zanóide de Moraes assevera-se que, “com base na concepção de que o que há, na verdade, é uma ‘presunção de culpa’ e sempre um ‘inimigo’ a ser perseguido e punido”, a fim de dar uma resposta à sociedade e mídia em prol da eficiência da persecução penal (MORAES, 2010, p. 159).

⁵⁰ Acrescenta-se o que Aury Lopes Junior aduz sobre princípio da presunção: “princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 177).

Como já foi dito, a cláusula do devido processo legal não é apenas um conjunto de regras destinadas a assegurar a regularidade do processo, mas funciona também como garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.⁵¹

Frente ao exposto, é possível concluir que o princípio de não-culpabilidade engloba toda a ideologia do sistema processual penal. Isso porque, não se concretiza o Estado Democrático de Direito sem garantir a todo e qualquer indivíduo antecipação do estado de inocência. Além disso, a consolidação de vários direitos e garantias fundamentais (inclusive através da presunção) foram possíveis a partir da imposição do ônus da prova para acusação e o afastamento de tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Porém, não se impõe que o réu seja tratado da mesma maneira durante todo o processo. Em primeiro lugar, atenta-se que o processo regular seguirá os trâmites legais e, por isto, conforme prossegue, e a culpa for demonstrada, “a lei poderá impor tratamento, algo diferenciado. Com isso, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção da inocência” (MENDES, 2015, p. 33-48).

Convém, ainda, salientar que no âmbito do processo penal, o bem jurídico protegido pelo princípio-garantia da não culpabilidade é a liberdade individual do acusado. Tal previsão é essencial para assegurar limites ao poder punitivo do Estado, pois, conforme Maria Lucia Karam “o reconhecimento da liberdade do indivíduo como valor fundamental é insuperável do reconhecimento de sua dignidade” (KARAM, 2009, p. 6).

Destarte, a regra de tratamento do princípio da presunção é a de que ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo de culpabilidade⁵².

Cumprе ressaltar que mencionado princípio não proíbe a prisão cautelar decretada por razões excepcionais e para garantir a efetividade do processo. Portanto, como leciona Renato Brasileiro de Lima, a CR/1988, art. 5º, inciso LVII, não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo, cujo permissivo decorre da própria constituição (art. 5º, LXI), sendo possível conciliar ambos os dispositivos (LIMA, 2017, p. 45).

⁵¹ Entendimento explanado no HC 137045 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-204.23/09/2016 e HC 137045 MC, Relator Min. Ricardo Lewandowski (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*).

⁵² C.f. sentença: STF, HC 89.501/GO. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. D.J.: 16.03/2007.

Neste contexto, é relevante analisar a possibilidade da execução provisória da pena. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/2009, por maioria dos votos, alterou a orientação jurisprudencial até então dominante para concluir que a execução da pena só poderia ocorrer com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Contudo, no julgamento do *habeas corpus* 126.292, de 17 de fevereiro de 2016, também por maioria, o Plenário do Supremo concluiu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que haja violação da garantia da presunção de inocência. O STF apontou, entre outros, os seguintes fundamentos para a decisão: deve ser buscado o equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal; os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, já que não há ampla devolução da matéria; e a presunção de inocência assegurada até o trânsito em julgado acarreta a sucessiva interposição de recursos, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, muitas vezes à configuração da prescrição da pretensão punitiva executória.

Diante de um sistema processual comandado por normas-constitucionais, há que se considerar que o processo e o julgamento não se fundam no que o acusado foi ou é, mas sim na análise do fato:

A regra de tratamento da pessoa como inocente (sujeito de direitos) e não como culpada, semiculpada ou presumivelmente culpada (objeto processual) porque foi detida em flagrante, porque foi indiciada num inquérito policial ou acusada (denúncia ou queixa-crime) irradia efeitos endoprocessuais, a serem seguidos pelos sujeitos processuais, mas também extraprocessuais, a serem observados pelos terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, mormente na utilização do nome e da imagem do suspeito ou do acusado (GIACOMOLLI, 2013. P. 445).

Nesse norte, a influência do princípio da presunção de não-culpabilidade no processo penal deve ser interpretada em conjunto com os demais princípios constitucionais. A partir desse pressuposto, a presunção confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo*⁵³ – ou

⁵³ O princípio do *in dubio pro reo* está previsto no artigo 386, VII do Código de Processo Penal. Sobre o princípio Luiz Flávio Gomes ensina que: “É perceptível a adoção implícita deste princípio no Código de Processo Penal, na regra prescrita no artigo 386, VII. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na

princípio do *favor rei* – no caso de dúvida acerca dos fatos discutidos em juízo, interpreta-se em favor do acusado, absolvendo-o.

Não se poderá, assim, condenar o réu, haja vista que a liberdade deve prevalecer sobre a pretensão persecutória estatal. Contudo, o princípio do *in dubio pro reo* ocorre apenas no momento do julgamento pelo magistrado, quando houver incerteza no caso concreto, já no princípio da presunção a atuação é durante todo o processo.

No sistema processual penal brasileiro cabe à acusação – Ministério Público e querelante – o ônus da prova, pois, afasta a presunção de não-culpabilidade que repousa sobre o acusado, não o contrário. Desse modo, atento à força garantista do sistema processual acusatório, “é que não se pode admitir a intervenção do magistrado em investigação criminal, exceto para salvaguardar os direitos fundamentais do acusado, a intervenção do delegado de polícia no mérito da propositura da ação penal (dever atribuído ao Ministério Público) ou, ainda, a decretação da prisão preventiva de ofício” (FILIPPETO; ROCHA, 2017, p. 80).

Reitera-se que o direito à liberdade é assegurado por várias garantias constitucionais, dentre as quais se insere o princípio reitor do processo penal, a presunção da não-culpabilidade. Compreende-se, também, que não existe princípio absoluto no ordenamento jurídico brasileiro e que a liberdade poderá ser restringida, porém deverá ser feito sem o enfraquecimento do modelo de Estado Democrático de Direito.

4.4 O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio da não autoincriminação está previsto na Constituição da República, art. 5º, inciso LXIII, o qual dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]”, infere-se do dispositivo que o indivíduo não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, sendo permitido manter-se em silêncio. Trata-se de uma garantia constitucional que se estende a todo e qualquer cidadão sem distinção.

Nessas linhas iniciais, cumpre registrar que o princípio pressupõe a não obrigação a produzir provas contra si, esta proteção decorre do Estado Democrático de Direito, pois tais direitos e garantias fundamentais invocam um núcleo essencial mínimo do indivíduo, a dignidade humana.

parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação. Não conseguindo o Estado angariar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o juiz deverá absolver o acusado. Ou seja, *in dubio pro reo*” (GOMES, 2013, s.p).

Segundo Maria Elizabeth Queijo “literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.” Infere-se que o princípio está intimamente associado ao direito de defesa e a dignidade da pessoa humana (QUEIJO, 2012, p. 28).

4.4.1 Conceito, noções gerais e reflexos do princípio na persecução penal

Conceitua-se *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare* como privilégio ou princípio de não autoincriminação. Trata-se de direito de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si, seja suspeito, indiciado, acusado ou testemunha. Deve ser lembrado que o *nemo tenetur se detegere* não é sinônimo do direito ao silêncio, tal correspondência considera a adoção de conceito extremamente restrito do princípio. Com base na natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, “o direito ao silêncio apresenta-se como uma de suas diversas decorrências” (QUEIJO, 2102, p. 93-94).

Nessa perspectiva, apesar da norma mencionar apenas ao preso, conforme prevê CR/88, art. 5º, inciso LXIII⁵⁴, infere-se que o princípio deve ser estendido a todos que se encontram em liberdade. Além disso, o princípio inclui-se entre os direitos de primeira dimensão, como os direitos civis e políticos, ditos direitos de liberdade, com características negativas no sentido de negarem a intervenção estatal (QUEIJO, 2012, p. 77).

O princípio de não autoincriminação é um direito fundamental que:

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

Em outros termos, a concepção do princípio é estruturada como um direito fundamental e o indivíduo não poderá ser impelido a produzir provas que lhe incriminem posteriormente na persecução penal. Assim, o acusado não pode ser coagido, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer prova que o prejudique criminalmente.

⁵⁴ “Art. 5º “[...]o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...]” (CR/1988, art. 5, inciso LXIII).

A consagração do princípio⁵⁵ é decorrência da proibição de o acusado depor contra si mesmo, insculpida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º, nº 2, letra g. Trata-se de regra integrante dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana (CARVALHO, 2013, p. 457).

Assim, depreende-se que o princípio previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, veda a autoincriminação, afasta a presunção de culpa e vincula-se intimamente à defesa do indivíduo, bem como ao princípio basilar do Estado Democrático, a dignidade humana. Desse modo, no âmbito do processo penal, o direito a não autoincriminação envolve a proibição de ofensas irreparáveis aos sujeitos de direito, antes situados como mero objeto de prova na investigação criminal.

O contexto histórico da vigência da 5ª Emenda à Constituição Americana consagra que “ninguém é obrigado no processo criminal a ser testemunha contra si mesmo”⁵⁶ e impulsionou a necessidade de o Estado produzir provas desvinculadas da colaboração do réu, sem constrangê-lo a produzir prova contra si, bem como, impediu os sujeitos da investigação e do processo penal de fomentar qualquer mecanismo que atente contra o poder de silêncio do acusado.

Essa exegese, dita não autoincriminação, vem prestigiada no Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8, II:

[...] toda pessoa acusada de um delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante todo o processo toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

II- toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1969, art. 8, II).⁵⁷

⁵⁵ Nesse sentido, acrescenta-se: “O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da ONU, de 16/12/66, no artigo 14, III, foi o primeiro documento supranacional a tratar do direito ao silêncio, seguido da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, da OEA, de 1969, no artigo 8º, n. 2, letra g. [...] O Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, da ONU, de 1988, no Princípio 11 [...] bem como, no Princípio 10, o direito de ‘ser informada, no momento da captura, dos motivos desta e prontamente notificada das acusações contra si’ ” (CARVALHO, 2013, p. 458).

⁵⁶ C.f. EUA, *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. Disponível no sitio eletrônico da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo.

⁵⁷ C.f. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

Destarte, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) eleva o direito de não autoincriminação na dimensão integrada à presunção de inocência, da ampla defesa, do direito ao silêncio e da autodefesa. Consectário da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), buscou-se preservar, entre os países americanos, os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

O princípio também se encontra previsto no Código de Processo Penal, artigo 186, parágrafo único, segundo o qual “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Essa garantia, tem igual aplicação ao interrogatório policial, nos termos do Código de Processo Penal, artigo 6, V.

No entanto, em comentário elogiável, o processualista Norberto Avena destaca que a previsão legislativa decorre de alteração introduzida pela Lei nº 10.792/2003, “pois anteriormente, dispunha o Código, no mesmo artigo, que o silêncio do réu, embora fosse um direito, poderia ser interpretado em prejuízo da defesa” (AVENA, 2014, p. 532).

Na análise do *nemo tenetur se detegere* e como influencia o processo penal, destaca-se a grande extensão como princípio-garantia e direito fundamental, desse modo, “a consideração do *nemo tenetur se detegere* como princípio-garantia, inserido na Constituição, não colide com sua natureza de direito fundamental, tendo em vista que, via de regra, os direitos fundamentais são consubstanciados na forma de princípios” (QUEIJO, 2012, p. 93).

Diante desse aspecto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio tem natureza jurídica de direito público subjetivo, sendo assim, não pode ser prejudicial ao acusado. Em razão da abrangência do corolário *nemo tenetur se detegere*, prevalece que, valendo-se o acusado de permanecer calado, obsta o magistrado de constar no termo do interrogatório as perguntas não respondidas (CARVALHO, 2013, p. 458).

Mais uma vez, Queijo explica que entre as garantias do devido processo legal, inclui-se o *nemo tenetur se detegere*, como um dos princípios que garantem a legitimação da jurisdição inserida sob a ótica da ética do processo legal (QUEIJO, 2012, p. 96).

Outro desdobramento de indigitado princípio diz respeito ao ônus da prova, cabível exclusivamente à acusação. Isso se justifica, porque vigora no ordenamento jurídico (por interpretação efetiva do direito constitucional do réu ao silêncio) que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, o que permite ao réu, não só permanecer calado, mas também mentir, no curso do processo em que é acusado.

Sem o equacionamento axiológico do *nemo tenetur se detegere*, torna-se implacável destacar que, no interrogatório, o Estado tem legitimidade de intervir nos aspectos relativos à pessoa do acusado, de modo a identificá-lo para individualizar a personalidade. Trata-se, portanto, da primeira etapa do interrogatório, denominada de interrogatório de identificação, da qual não retratam os fatos imputados aos acusados.

Vencida a primeira fase do interrogatório, passa-se para o interrogatório de mérito, nesta fase, antes de iniciar o interrogatório, é imprescindível o dever de o Estado cientificar o acusado dos fatos que lhe são imputados.

Refletindo sobre o tema, a conclusão que a Suprema Corte chegou é pela advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de nulidade, porque é integrante da garantia de proteção absoluta à incolumidade física e psíquica do acusado. Frisa-se que a inobservância da advertência quanto ao direito ao silêncio, a princípio, foi considerada uma nulidade relativa, mas, depois, passou a ser considerada nulidade absoluta (CARVALHO, 2013, p. 458).

Não obstante, a ausência de informação ao réu a despeito das acusações que lhe são ofertadas antes do interrogatório de mérito, inviabilizando-lhe a autodefesa, potencializará a nulidade do processo ao *status quo ante*. Visto isso, ainda segundo Carvalho, o *nemo tenetur se detegere* é decorrente dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, que obriga que ônus da prova seja do acusador (CARVALHO, 2013, p. 458)⁵⁸.

Por outro lado, sabe-se que os direitos ou garantias não são absolutos, conforme entendimento cimentado pelo Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo: o MS 23452, da Relatoria do Ministro Celso de Mello: “os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.⁵⁹

Isso demonstra que, além da possibilidade de colaboração do acusado ou de intervenções legítimas, não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas inerentes aos princípios. No entanto, deve-se atentar que “em razão da tutela da dignidade humana, são inadmissíveis restrições injustificáveis ou desproporcionais dela. Também não são toleradas

⁵⁸ Sobre as intervenções corporais legítimas cabe frisar o entendimento de Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano que aduz: “intervenções corporais são medidas de investigação realizadas no corpo das pessoas, sem obrigação de serem realizadas com seu consentimento, através da coação direta, se necessário, com o objetivo de encontrar conjunturas fáticas que sejam do interesse processual, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o condão de localizar artefatos nele ocultados” (SERRANO, 1990, p. 285-305).

⁵⁹ C.f. BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. MS 23452. Rel.: Ministro Celso de Mello.

medidas que importem humilhações, discriminações ou perseguições” (QUEIJO, 2012, p. 103).

Conclui-se que deve existir um equilíbrio e proporcionalidade entre o direito à prova e o direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo, de modo que se respeite o Estado Democrático de Direito, e valendo-se do postulado maior de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, deve-se atentar para proporcionalidade em sentido estrito “que reside no maior risco de erro na aplicação dos princípios, sobretudo pela possibilidade de contaminação pela subjetividade do intérprete”. Em outras palavras, podem ser identificadas garantias nucleares para que a consecução do processo seja alcançada, no que se refere ao “direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes”, bem como “o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação” (QUEIJO, 2012, p. 97-99).

Estando o sistema jurídico comprometido com a garantia do devido processo legal, a presunção de não-culpabilidade, a dignidade da pessoa humana e, em especial o direito à não autoincriminação, tornam-se mais efetivos os caminhos para concretização de um processo justo.

Na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros prevalece o entendimento abrangente do princípio à não autoincriminação, veja-se no julgamento do Supremo Tribunal Federal, HC 84517/SP, pela voz do relator Selpúveda Pertence, que expôs o posicionamento sobre o *nemo tenetur se detegere*, nos seguintes termos:

I. Habeas corpus: cabimento: direito probatório. Não cabe o habeas corpus para solver controvérsia de fato dependente da ponderação de provas desconstruídas; cabe, entretanto, para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória. II. Chamada dos co-réus na fase policial e o reconhecimento de um deles: inidoneidade para restabelecer a validade da confissão extrajudicial, retratada em Juízo. Não se pode restabelecer a validade da confissão extrajudicial, negando-se valor à retratação, sob o fundamento de que esta é incompatível e discordante das “demais provas colhidas” (C. Pr. Penal, art. 197), especialmente as chamadas dos co-réus na fase policial e o reconhecimento de um deles, que de nada servem para embasar a condenação do Paciente. A chamada de co-réu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear a condenação (Precedentes: HHCC 74.368, Pleno, Pertence, DJ 28.11.97; 81.172, 1ª T, Pertence, DJ 07.3.03). Insuficiência dos elementos restantes para fundamentar a condenação. III. ***Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio.*** IV. **Ordem concedida, para cassar a condenação.** (STF. HC: 84517 SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 19/10/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENTA

VOL-02173-02 PP-00244 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 387-397 RT v. 94, n. 833, 2005, p. 478-483, **Grifo nosso**)⁶⁰

Inferre-se do julgado a clara vedação de considerar como elemento probatório prejudicial ao réu, a mera opção de permanecer em silêncio no interrogatório.⁶¹

Por fim, o *nemo tenetur se detegere* está presente no direito brasileiro como direito fundamental, com forma de princípio-garantia e hierarquia constitucional. É princípio de grande importância na seara processual penal, essa garantia supraconstitucional possibilita o acusado a decidir se colabora ou não com o Ministério Público, Delegado ou Poder Judiciário.

Conclui-se, ainda, que o princípio da não autoincriminação está intimamente vinculado as consequências que advirão quanto à interpretação dos artigos infraconstitucionais que versam sobre o interrogatório e sobre as provas no processo penal que dependem da colaboração do acusado para sua produção (QUEIJO, 2012, p. 105).

4.5 COLABORAÇÃO PREMIADA NA PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: CRÍTICAS LEVANTADAS PELA DOUTRINA

Analisadas as garantias de presunção de não-culpabilidade e não autoincriminação, cabe verificar se a colaboração premiada com elas se compatibiliza. Para isso, é necessário, antes, compreender quais são as críticas, favoráveis e desfavoráveis, apontadas pelos doutrinadores e estudiosos do tema.

4.5.1. Colaboração na perspectiva do princípio da presunção de não-culpabilidade

Sob a ótica do princípio da não-culpabilidade apresenta-se duas das principais críticas: Brandalise afirma que há “o reconhecimento de culpa por pessoas que são forçadas a tal, mesmo que inocentes” e, ainda, a possibilidade de tratamentos diferenciados em caso concretos entre os que aceitam os acordos e aqueles que preferem a manutenção de seu direito

⁶⁰ Cf. HC nº 84517/2004.

⁶¹ Outros julgados. CR. HC 89269, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 83 096, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 77 135, Rel. Ilmar Galvão; HC 84517, Rel. Min. Selpúdeva Pertence.

de ser julgado. Também são formuladas críticas no que se refere à colaboração de acusado preso (BRANDALISE, 2016, p. 194).

A respeito do reconhecimento de culpa, Brito defende que a delação vem sendo utilizada como instrumento para “arrancar com elegância a confissão do acusado”, uma vez que é atraído com a oferta de benefícios legais, porque nos procedimentos de persecução penal haveria uma ideia preconcebida de culpabilidade. Para a autora, muitas vezes, o réu opta pela delação por estar em desvantagem diante do órgão acusador no que se refere à produção probatória, bem assim, porque a presunção de inocência não estaria sendo respeitada no sistema persecutório vigente (BRITO, 2016, p. 77-78).

Brito critica, ainda, o fato de a delação ser usada, valendo-se da confissão, como forma de busca pela verdade, aproximando-se, portanto do procedimento inquisitório. Ela sustenta que haveria a inversão do ônus da prova para o acusado e a ausência de nexos retributivo entre a pena e o delito, na medida em que a pena é fixada conforme o grau de colaboração do réu durante o processo e não com base na gravidade do crime. Na perspectiva do delatado, a mencionada autora ressalta que também haveria o desrespeito ao aludido princípio da não-culpabilidade, uma vez que “a concessão do benefício ao delator imporá ao juiz, consciente ou inconscientemente, a necessidade de confirmar que a aplicação da delação premiada foi correta”. Dessa maneira, para ela, haveria uma “falta de isenção no julgamento dos fatos atribuídos [...] ao delatado, que já estaria fadado a um prejulgamento” (BRITO, 2016, p. 59-60).

Brandalise, nesta mesma linha, entende que a decisão judicial cogita uma barganha propriamente dita, que negligenciaria a observância de todas as exigências processuais. Quanto ao tratamento diferenciado, o autor afirma que existe a desigualdade na aplicação da lei penal entre aqueles que aceitam o benefício de delatar em relação àqueles que são submetidos a julgamento convencional. Além disso, nos casos de concursos de agentes podem ser mais beneficiados aqueles que detenham um maior conhecimento e controle da organização criminosa, em prejuízo daqueles que pouco sabem da estrutura do aparato criminoso (BRANDALISE, 2016, p. 194-195).

Em sentido contrário, Frederico Valdez Pereira salienta que não haveria o desrespeito ao princípio da não-culpabilidade, levando em consideração a teoria da prova em processo penal. Ele desenvolve o raciocínio partindo da premissa de que não é suficiente qualquer prova para abalar o estado de inocência, senão todo o conjunto probatório que envolve o

respeito às garantias constitucionais e legais desenvolvidas durante a instrução judicial (Pereira, 2016, p. 63-64).

Dessa maneira, desde que o juiz respeite o postulado de que a condenação seja pautada em prova segura e indubitosa, absolvendo no caso de dúvida razoável, o recurso da colaboração premiada não teria o condão de afetar a garantia da presunção de não-culpabilidade, seja do delator ou do delatado (PEREIRA, 2016, p. 65).

A respeito da inversão do ônus da prova a partir da colaboração premiada, Pierpaolo Cruz Bottini e Luciano Feldens destacam que a delação premiada, por si só, não é suficiente para uma acusação formal de alguém, não transformando a autoridades policiais em “meros espectadores de denúncias alheias”. De posse das informações trazidas pelo colaborador, o Estado terá o dever de averiguar a sua credibilidade e fundamentos (BOTTINI; FELDENS, 2013, s.p)

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto também defendem que as leis reguladoras da delação premiada, em geral, preveem a necessidade de o colaborador manifestar concordância de forma voluntária, devendo o juiz apenas homologar o acordo se verificar a voluntariedade. Em razão disso, os autores concluem que não haveria afronta às garantias constitucionais do delator, mais especificamente, à presunção de não-culpabilidade. Além disso, eles defendem que o órgão julgador somente poderá aplicar o benefício depois de transcorrido o processo, podendo a sentença culminar, inclusive, na absolvição do colaborador na hipótese de fragilidade da prova (CUNHA; PINTO, 2016, p. 35-39, 41).

A respeito da divergência das penas entre aqueles que colaboram e os que optam por não o fazer, Cunha e Pinto formulam interessante reflexão:

Ora, quando dois agentes perpetram o mesmo delito em coautoria, um contando com 25 e outro com 19 anos de idade à época do crime, por acaso não receberão penas diversas, já que este último é beneficiado com a circunstância atenuante do art. 65, inc. I do Código Penal? O que se considera, com efeito, é a condição subjetiva de cada um deles, assim como na lei em exame, razão pela qual aquele que contribui merece uma reprimenda menor (ou nenhuma reprimenda), quando comparado aos demais que nada auxiliaram (CUNHA; PINTO, 2016, p. 39).

Neste mesmo sentido, aponta Nucci (2017, p. 789) que não há disparidade na aplicação da pena, uma vez que ela é regida pela culpabilidade, que é flexível. Portanto, ao colaborar com o Estado, o acusado demonstraria menor culpabilidade e, portanto, poderia receber sanção menos grave (NUCCI, 2017, p. 789).

Conforme Brandalise, acerca das críticas relacionadas à garantia da presunção de não-culpabilidade, cumpre registrar que a prisão preventiva é invocada por parte da doutrina como meio de obtenção da confissão, por entender que se trata de forte elemento de convencimento da acusação para que os réus aceitem os acordos (BRANDALISE, 2016, p. 202).

[...] o acordo pode envolver uma punição que não envolva a continuidade de detenção; pode não haver interesse em permanecer longo tempo sem ser sentenciado; pode receber a imediata ordem de soltura; pode representar a modificação de estabelecimento para cumprimento de pena mais facilitada, bem como já pode implicar no início de seu cumprimento para fins de obtenção de benefícios legais (BRANDALISE, 2016, p. 202).

Em contrapartida, Frederico Valdez Pereira valendo-se do entendimento do STF⁶², defende que a condição de fisicamente arrestado do acusado não constitui óbice à realização do acordo. Ele argumenta que entendimento contrário constituiria violação da faculdade individual de optar pela colaboração, bem como da garantia constitucional da isonomia. Ao fecho, o autor ressalta que, para legitimidade do acordo, é exigida manifestação de vontade livre, consciente, esclarecida, e não a ausência de encarceramento fundamentada em razões estritamente cautelares (PEREIRA, 2016, p. 64).

4.5.2. Colaboração na perspectiva do princípio da não autoincriminação

No tópico 3.4.1 constatou-se que a garantia da não autoincriminação engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. Diante disso, as críticas abordam principalmente a previsão contida na Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §14, relativa a renúncia do direito ao silêncio, bem como ao compromisso de dizer a verdade em depoimentos.

Brito ao analisar a previsão contida no mencionado §14, do art. 4º, aduz que se trata de “total descompromisso com o direito à não autoincriminação”, colocando o acusado como objeto de prova em busca da verdade real. Ela refuta a tese de que a previsão contida no §1663, do art. 4º, da Lei de Organizações Criminosas, ao vedar a condenação com

⁶² Cf. Habeas Corpus nº 127.483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

⁶³ “Art. 4º. [...] §16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS Nº 12.850/13, art. 4º, §16).

fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador, garantiria o respeito aos princípios básicos que regem o processo penal (BRITO, 2016, p. 79).

A autora ao interpretar o parágrafo em conjunto aos incisos (I ao V) do artigo 4º, que tratam das condições para a concessão do benefício (abordadas no tópico 2.5.1.8), bem como, §1º e §11⁶⁴ (também analisados no tópico 2.5.1.8), constata que:

[...] a eficácia ou efetividade da colaboração está intrinsecamente vinculada à própria aplicação do instituto da delação premiada caso concreto e à consequente concessão dos benefícios legais. [...] Por outras palavras, as “verdades” extraídas do réu necessariamente deverão conduzir à obtenção de outras provas, além da confissão, que sustentarão sua própria condenação. [...] Essa provas auxiliares, obtidas a partir das declarações do réu cumprirão a exigência contida no §16, do art. 4º, e “legitimarão” o seu decreto condenatório (BRITO, 2016, p.80).

Ela prossegue reforçando a ideia de que, diante deste cenário, haverá “manipulação da instrução probatória”, com o intuito de obter, de forma rápida e fácil, as provas obtidas por meio do colaborador. Ela conclui não ser sustentável em um processo penal, conduzido pelo respeito aos princípios constitucionais, admitir o estímulo à autoincriminação, havendo, assim, um “paradoxo insuperável que não se ajusta ao Estado Democrático de Direito” (BRITO, 2016, p. 81-83).

Com relação ao depoimento do colaborador, na qualidade de testemunha, submetendo-se ao compromisso, Maria Elizabeth Queijo aponta:

[...] a mera possibilidade de o acusado submeter-se a juramento, com o correspondente dever de verdade, atenta contra o *nemo tenetur se detegere* e limita a sua liberdade moral. Isto porque, com a previsão de juramento, o acusado será compelido a submeter-se a ele, para fugir ao estigma de suspeito ou culpado. A ideia predominante é a que aquele que nada tem a ocultar se submete a juramento. Desse modo, os que não juram serão, fatalmente, considerados suspeitos ou mesmo culpados (QUEIJO, 2012, p. 276-277).

Cezar Roberto Bitencourt entende pela inconstitucionalidade do §14, art. 4º, obrigar ou condicionar o réu a abrir mão do direito ao silêncio, uma vez que não pode ser forçado a

⁶⁴ “Art. 4º[...] §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. [...] §11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia” (LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS Nº 12.850/13, art. 4º, §1, §11).

fazer prova contra si em nenhuma hipótese, mesmo na condição de colaborador (BITENCOURT, 2016, p. 732).

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima afirma que a colaboração premiada é compatível com o princípio da não autoincriminação, desde que não haja nenhuma espécie de coação para forçá-lo a cooperar e com a prévia advertência quanto ao direito ao silêncio. Ele defende que não há “dever” ao silêncio, podendo todo e qualquer acusado confessar, voluntariamente, os crimes que lhe são imputados. O autor adverte quanto ao equívoco do legislador ao inserir no aludido §14, do art. 4º, o verbo “renunciar”, pois, em se tratando o silêncio de direito fundamental, por natureza indisponível, não é correto falar em renúncia. Portanto, na realidade há uma “opção pelo seu não exercício” e não renúncia (LIMA, 2017, p. 785).

Lima ainda analisa esta previsão em conjunto ao §10, do art. 4º, que prevê, na hipótese de retratação da proposta de colaboração, as provas incriminadoras produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, embora possam ser úteis contra os demais agentes, que não podem ser beneficiados pelo exercício do direito ao silêncio do colaborador (LIMA, 2017, p. 785-786).

Frederico Valdez Pereira (2016, p. 63-64) entende que a possibilidade de se atribuir efeito benéfico à confissão prestada voluntariamente, acrescida da colaboração não representa desrespeito ao direito à não autoincriminação. Ele justifica que o réu pode, de forma livre e consciente, dispor do direito constitucional, sendo, portanto, disponível. O autor pontua que, entender em sentido contrário, seria o mesmo que considerar que o acusado teria o dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva. Ele ainda arremata dizendo que “no atual sistema tem-se mero reconhecimento dos fatos, que não importa em alguma eficácia vinculativa, não se presta a afastar a presunção de inocência, tampouco pode, isoladamente, determinar o conteúdo da decisão sequer frente ao confitente” (PEREIRA, 2016, p. 63-64).

Acerca da possibilidade de ser ouvido como testemunha, bem como de ser compromissado a dizer a verdade, também têm gerado discussões por parte da doutrina, por entender que a redação o §14, do art. 4º, da Lei de Organização de Criminosa não está clara. Pereira a este respeito, afirma que o legislador, ao incluir a exigência de o colaborador assumir o compromisso legal de dizer a verdade, “parece ter confundido a obrigação de confessar, inerente ao instituto da colaboração premiada, com a imposição legal de dizer a verdade, o que não se coaduna com a condição de sujeito interessado no objeto do processo” (PEREIRA, 2016, p. 199).

O autor continua ao apontar que, em respeito ao contraditório, o colaborador deverá depor em juízo, confirmando suas declarações, estando submetido às perguntas da defesa do delatado. Neste momento, ele não deveria estar compromissado a dizer a verdade, tendo em vista a sua condição de interessado no processo. Ele reforça a importância do papel do juiz, no caso concreto, de verificar a pertinência das perguntas feitas pela defesa e a recusa do colaborador em responder, para poder, a partir disso, extrair a força probante da delação e ao prêmio ao colaborador (PEREIRA, 2016, p. 200-201).

Lima entende que a previsão do compromisso legal de dizer a verdade não deve ser entendida como a possibilidade de o colaborador responder pelo crime de falso testemunho, tendo em vista que o art. 342⁶⁵, do CP, não inclui a figura do corréu como sujeito ativo do delito. Para o autor, a única situação em que o colaborador poderia ser ouvido como testemunha é na hipótese de não ter sido oferecida a denúncia, pois, neste caso, ao prestar declarações sobre a responsabilidade criminal alheia, ele assume a qualidade de prova testemunhal incriminadora (LIMA, 2017, p. 786).

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto fazem uma análise do aludido §14 em conjunto ao §12 desse mesmo art. 4º. Para eles, a única hipótese de o colaborador ser ouvido como testemunha é quando não foi denunciado pelo Ministério Público (conforme prevê o §4º, do art. 4º), uma vez que o processo não foi iniciado. No entanto, quando for beneficiado pelo perdão no acordo, ele responderá por um processo e, apenas na sentença, poderá ser concedido o perdão. Assim, não poderia ocupar a posição de testemunha, já que teria interesse no objeto do feito (CUNHA; PINTO, 2016, p. 79-81).

Com relação ao compromisso de dizer a verdade, regulado no §14, os autores acima aludidos entendem que somente será possível quando o colaborador não tiver sido denunciado pelo Ministério Público. O réu que responde processualmente não poderia ter restringido seu direito ao silêncio, por lei infraconstitucional, sequer ser obrigado a prestar compromisso de dizer a verdade. Os autores entendem que o direito a não autoincriminação garante ao réu, no curso do processo, o direito de não produzir prova contra si mesmo, podendo valer-se do silêncio (CUNHA; PINTO, 2016, p. 82).

Portanto, ao tentar harmonizar as disposições contidas nos §§12 e 14, com a Constituição, os autores definem que “[...] a possibilidade de oitiva, na condição de

⁶⁵ “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral” (LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS Nº 12.850/13, art. 342).

testemunha, se restrinja àquele agente que não fora denunciado pelo Ministério Público (§4º), não se aplicando, outrossim, ao réu colaborador” (CUNHA; PINTO, 2016, p. 82).

Nucci entende que se o colaborador for beneficiado com o perdão judicial, ele deverá participar do processo como testemunha, compromissada a dizer a verdade. Na hipótese de figurar como corréu, ele não poderá dizer a verdade, uma vez que não será testemunha. No entanto, não poderia valer-se do direito ao silêncio. Em conclusão, autor assevera que “figurando no polo passivo, embora colaborador, deve manifestar-se em interrogatório, pois assim acordou, mas o valor de suas declarações tem o mesmo alcance (relativo) de qualquer outro réu” (NUCCI, 2017, p. 800).

Compreendida a colaboração premiada à luz dos princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e não autoincriminação, o próximo capítulo retomará a aplicação do direito como integridade e a compatibilização do mecanismo para obtenção de prova com o Estado Democrático de direito.

5 A NECESSIDADE DE INTERPRETAR A COLABORAÇÃO PREMIADA POR MEIO DA INTEGRIDADE

No estudo proposto foram compreendidos o funcionamento da persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro e como a delação premiada foi inserida como técnica especial de investigação. Também foram estudadas as garantias constitucionais da presunção de não culpabilidade, não autoincriminação e a maneira que devem guiar tanto a investigação quanto o processo penal. Ao final, expôs-se as críticas doutrinárias atribuídas à colaboração diante destes princípios.

Portanto, neste momento, retoma-se a teoria de Dworkin (2014) proposta como fonte de pesquisa para compreender se a colaboração premiada é legítima dentro da estrutura de Estado Democrático de Direito adotada no Brasil.

5.1 RETOMANDO A TEORIA DE DWORKIN

Em *O império do direito*, Dworkin aponta dois princípios de integridade política, quais sejam, um legislativo, que exige aos legisladores buscar a elaboração de leis moralmente coerentes, e um jurisdicional com a demanda que a lei seja vista como coerente (DWORKIN, 2014, p. 213).

O foco do presente estudo, como apontado no primeiro capítulo, é o princípio jurisdicional do direito como integridade. Assim, o juiz tem papel fundamental no trato do ordenamento jurídico, uma vez que, se respeitados os princípios reitores deste sistema, a interpretação das proposições jurídicas atenderá a “melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos” (DWORKIN, 2014, p. 213).

Partindo-se, portanto, da premissa de que, no direito como integridade, as proposições jurídicas serão verdadeiras se decorrerem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, a delação premiada apenas será legítima no Estado Democrático de Direito se atender a toda comunidade de princípios resguardados na CR/1988.

Dito de outra forma, busca-se descobrir se a colaboração premiada harmoniza-se com os princípios constitucionais da presunção de não culpabilidade e da não autoincriminação, sem perder de vista, ainda, o dever estatal de fornecer uma prestação jurisdicional eficiente.

O Estado, na persecução penal deve conjugar a defesa das garantias e liberdades com a exigência de a jurisdição penal prevenir e reprimir crimes, ou seja, o combate eficaz da criminalidade. Portanto, o sistema judiciário penal não tem unicamente a finalidade de garantir os direitos fundamentais dos acusados, mas também deve guiar-se pelo propósito de fazer valer as imposições de investigação dos fatos supostamente delituosos, bem como, de punição dos criminalmente responsáveis.

Os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado. Portanto, o Estado deve agir de maneira a não violar a posição jurídica subjetiva assegurada pelos direitos fundamentais, garantindo o exercício das liberdades individuais.

Dentre os deveres estatais, tem-se o de proteção que, no âmbito processual, decorrem da ideia de que a realização e asseguramento dos direitos fundamentais dependem das regras de organização e procedimento, as quais são influenciadas por tais direitos. Dito de outra forma, se o processo não se guiar por regras adequadas, será afetada a validade efetiva dos direitos fundamentais (PEREIRA, 2016, p. 89).

Portanto, ao mesmo tempo que deve ser evitado o excesso estatal (proibição de excesso), também deve-se considerar inconstitucional qualquer atuação que corresponda a uma proteção insuficiente de um direito fundamental.

5.2 DELAÇÃO PREMIADA: SISTEMA DE EFICIÊNCIAS E GARANTIA

A compreensão da delação premiada a partir da integridade perpassa pela compatibilização das finalidades efficientistas do sistema penal com as garantias da não autoincriminação e da presunção de não-culpabilidade.

O ideal de um Estado que se constitui em democrático de direito, no âmbito da persecução penal, é encontrar o equilíbrio entre o dever de prestar a segurança aos cidadãos sem suprimir garantias, que no presente caso, compreendem o direito à não-autoincriminação e presunção de não-culpabilidade.

Conforme ensina Antonio Scarance Fernandes, um sistema processual penal justo, que equilibre os direitos à segurança e à liberdade, deve ser dotado de eficiência, ao mesmo tempo que observe normas garantistas (FERNANDES, 2005, p. 40-41).

A criminalidade organizada, a falência estatal e a exigência da sociedade por uma resposta penal ensejaram a adoção de diversas medidas de combate ao crime, dentre as quais tem-se a colaboração premiada.

Renato Brasileiro de Lima salienta que apesar de a existência da colaboração representar o reconhecimento por parte do Estado da incapacidade de solucionar, por conta própria, todos os delitos praticados, podem ser verificadas razões de ordem prática que justificam a adoção. O autor aponta a impossibilidade de se obter novas provas em virtude da “lei do silêncio” que vige no âmbito das organizações criminosas” e a oportunidade de se romper com o caráter coeso das organizações criminosas (LIMA, 2017, p. 785).

Contudo, esta atitude não pode ignorar as normas garantistas de proteção aos investigados ou acusados de crime, pois o contrário corresponderia a um retrocesso da evolução social e do sistema criminal.

O ideal de eficiência para o presente estudo é o que compreende um sistema legal composto por procedimentos que assegurem a todos os participantes do processo oportunidade para atuarem em consonância com as missões específicas e, no tocante às partes, que proporcione os meios para exercerem atividades, defenderem direitos e fazerem respeitar garantias (MALUF, 2016, p. 124).

Portanto, para ser possível a integridade, as garantias de não autoincriminação e da presunção de não culpabilidade devem conviver com a eficiência do processo penal. Os acordos de colaboração premiada, seja no âmbito da investigação ou do processo, devem ser realizados sempre em observância às normas processuais e procedimentais, possibilitando ao indiciado ou acusado o exercício de direitos mínimos, para que, caso haja condenação, seja justa. Quando respeitado o devido processo legal, todo julgamento será justo, pois as garantias dos acusados serão asseguradas.

Neste contexto, que se inserem as noções de eficiência e garantismo, haja vista que será eficiente o procedimento que visa obter um resultado útil, qual seja, garantir segurança aos cidadãos e punição da criminalidade, por meio da justiça criminal, respeitando as garantias estipuladas na Constituição. Dessa maneira, é possível atender ao justo e devido processo penal.

Então, o que se defende no presente estudo é que somente será possível aplicar o direito como integridade, se a eficiência e as garantias não forem encaradas como antagônicas, antes, representam todo o núcleo de direitos e garantias previstos na Constituição promovendo, assim, a integridade.

Nesse mesmo sentido, Frederico Valdez Pereira, ao enfrentar a compatibilidade constitucional da delação premiada enquanto instrumento jurídico, faz relevante observação quanto à importância de se interpretar e aplicar o Direito, reconhecendo-se a Constituição como norma fundamental e fundamentadora de toda a ordem jurídica (PEREIRA, 2016, p.60).

A proliferação da criminalidade organizada no país e no mundo justifica o reforço e aperfeiçoamento das técnicas de investigação. Portanto, os instrumentos usuais de apuração não conseguem alcançar êxitos probatórios, razão pela qual, não há como não reconhecer na técnica de colaboração do suposto autor do crime uma importante ferramenta para o Estado.

Como dito, há garantias inafastáveis que não podem ser retiradas dos acusados, mesmo na hipótese de consentimento do imputado, como são os casos de vedação de tortura ou outras formas e técnicas que possam importar coação física ou moral sobre o indivíduo. Portanto, é importante valer-se da integridade como forma de conciliar dois deveres estatais de igual relevância. A tutela deve ser guiada pelos postulados decorrentes de um Estado Democrático de Direito.

5.3 DELAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DAS CRÍTICAS POR MEIO DA INTEGRIDADE

No capítulo 3 foram expostas as críticas feitas pela doutrina acerca da delação premiada em face das garantias de presunção de não-culpabilidade e não autoincriminação. Neste momento, com o objetivo de conciliar eficiência e garantismo, será analisado o suposto desrespeito aos aludidos princípio através da integridade jurídica.

5.3.1 Reconhecimento forçado de culpa

O princípio da não-culpabilidade sustenta que a colaboração premiada pressupõe o reconhecimento forçado de culpa pelos indiciados ou acusados, sobretudo quando estão presos preventivamente. Todas as leis que preveem a colaboração, permitem-na tanto em fase de inquérito quanto durante o processo penal, exigindo-se de forma livre e consciente a assunção de culpa.

Percebe-se que o legislador se preocupou em impor a voluntariedade, a qual não se confunde, como visto no capítulo 2, com a espontaneidade. Neste norte, se não houver coação, questões de ordem subjetiva não devem ser invocadas para afastar a legitimidade da confissão.

O Código Penal, art. 65, III, “d” prevê a figura da confissão. Some-se, a isto o fato de que o acordo deverá ser homologado pelo juiz, o qual poderá ouvir o suposto criminoso. Dessa forma, seja em qualquer fase da persecução penal, o magistrado deverá fazer valer o papel de zelar pelo devido processo legal.

Ademais, a confissão, por si só, não é suficiente para abalar o estado de inocência, sequer de afastar o papel da autoridade policial de buscar outras provas que a corroborem. No âmbito processual, havendo dúvida razoável, o magistrado deverá absolver o acusado. Ressalta-se que a confissão, como uma das modalidades de prova, pode ser feita no momento do interrogatório ou fora dele, conforme se extrai do CPP brasileiro, art. 199.⁶⁶ Quando prestada unicamente na fase de inquérito, se não confirmada perante o juiz, não terá nenhum valor.

Observadas tais circunstâncias, seja em face do delator ou do delatado, as declarações daquele serão avaliadas pelo postulado da presunção de não culpabilidade, e a este meio de prova não se poderá racionalmente conferir atributos de certeza e segurança, uma vez que as informações decorrem de pessoa interessada no processo.

Dessa maneira, não procedem os argumentos de que a previsão normativa abstrata da colaboração premiada, como meio de prova incriminatória, por si só, atentaria às garantias constitucionais do acusado, bem como, dos princípios de valoração da prova.

Como assinalado, há de se reconhecer as limitações na valoração dos elementos probatórios pelo julgador, o qual deverá apresentar, de forma racional e objetiva, os elementos probatórios seguros e concludentes que o levaram ao convencimento. Por derradeiro, uma colaboração isolada não preenche as exigências de certeza para superar a previsão constitucional de inocência.

Neste sentido, é válida a lição de Frederico Valdez Pereira, que adverte sobre o cuidado com o trato das declarações do delator:

⁶⁶ “Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195” (CPP, art. 199).

As informações do delator, em nenhuma hipótese, poderão assumir, ainda que sob a perspectiva do princípio do livre convencimento do juiz, a mesma força de persuasão de depoimento de testemunha. Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova é a necessidade [...] de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros meios objetivos e externos ao instituto, significa que como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só (PEREIRA, 2016, p. 186).

Portanto, uma vez respeitado o devido processo legal, a assunção de culpa, por meio da delação premiada e as informações prestadas pelo colaborador, não serão causas exclusivas para a condenação do delator e do delatado. A partir da análise do direito como integridade, caberá ao juiz ser cauteloso em utilizar as provas oriundas da delação.

Cabe ainda pontuar que a confissão e o próprio acordo de colaboração são retratáveis. Dessa maneira, em razão do postulado da presunção de não-culpabilidade, o colaborador pode alterar o depoimento em juízo, não tendo validade o que houver sido prestado fora dele.

Por derradeiro, não há o que se cogitar em desrespeito à garantia da presunção de não culpabilidade, ou o que se falar em reconhecimento forçado de culpa na hipótese de o suposto autor do crime estar preso, ou ainda que a autoridade poderia valer-se da prisão para obter a confissão e/ou a colaboração. A prisão enseja o preenchimento de requisitos legais em todas as modalidades. Além disso, a colaboração exige a presença de defensor para ser realizada. E, toda a sistemática legal, seja no Código Penal, Processual Penal ou nas leis que preveem o acordo, estipula regras que visam resguardar os direitos do acusado.

O juiz poderá ouvir o suposto autor do crime para homologar o acordo de colaboração, situação em que deverá se atentar para todos os fatos com vistas a garantir o respeito às garantias constitucionais e legais.

Apenas a confissão e a prestação de informações pelo delator não podem ser as únicas frentes de investigação, é necessário cautela e prudência com a delação na fase investigativa, sobretudo porque pode ser a melhor alternativa da defesa, ou forma de embaraçar a eficácia da investigação. Portanto, as autoridades que conduzem a persecução penal não devem se limitar a investigar apenas a pauta apresentada por eventual colaborador.

5.3.2 Proporcionalidade de pena

Suscita-se, ainda, a possibilidade de tratamentos diferenciados em caso concretos entre os acusados que aceitam os acordos e aqueles que preferem a manutenção do direito de ser

julgado. Para compreensão do fundamento da crítica, primeiro deve ser entendida a finalidade da pena.

A pena é a resposta estatal ao infrator da norma incriminadora, consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. A imposição depende do devido processo legal, por meio do qual, constata-se a autoria e materialidade do fato típico, antijurídico e culpável, não atingido por causa extintiva da punibilidade.

Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina anunciam os fundamentos da pena:

1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficiência diante das infrações.
2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.
3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser “moral”, liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa (GOMES; MOLINA, 2012, p. 642).

No Brasil, o Código Penal não define qual teoria da pena adotou, entendendo-se a doutrina majoritária que a pena tem finalidade retributiva e preventiva. Preventiva geral quando o legislador cria o tipo penal, cominando-lhe a sanção penal. Preventiva geral positiva quando estabelece os parâmetros mínimo e máximo da pena. E prevenção geral negativa ao buscar inibir o cidadão de delinquir. No momento da sentença, o juiz deverá observar as finalidades retributiva, visando retribuir o mal causado pelo crime, e preventiva especial, para evitar a reincidência (CUNHA, 2016, p. 397-398).

Portanto, para a fixação da pena o juiz deve valer-se do postulado da proporcionalidade, o que implica em juízo lógico ou de ponderação valorativa da gravidade do fato antijurídico e gravidade da pena. O Estado Democrático de Direito, então, vincula-se à concepção de limitação do poder estatal, razão pela qual, a sua atuação deve ser proporcional (GOMES; MOLINA, 2012, p. 481).

Por outro lado, deve-se pontuar que o cuidado do julgador não deve ser apenas com o excesso da pena, mas também de evitar a insuficiência da resposta do dever punitivo. Dito de outra forma, a pena não deve ser aplicada para além da responsabilidade pessoal do agente

(visando alcançar maior eficácia preventiva) ou abaixo do mínimo necessário (de maneira que comprometa a seriedade da reação estatal ao fato cometido)⁶⁷.

Percebe-se, pois, que a crítica reside exatamente quanto à possibilidade de o Estado punir de forma insuficiente, além de gerar tratamento desigual entre os acusados. Assim, pontuar a importância do princípio da isonomia é relevante. A isonomia exige tratamento análogo aos iguais, e desigual aos desiguais. Em razão disso, não se poderia cogitar situação de igualdade, meramente material, entre aquele que colabora e o que opta pelo direito ao silêncio. Evidente, portanto, que inexistente identificação substancial entre a hipótese daquele que direciona a conduta pós-delitiva em oposição aos interesses do núcleo criminoso ao qual fazia parte (seja ou não organização criminosa, a depender da regulamentação legal) – agregando a busca de esclarecimento dos crimes, evitando novas potenciais agressões aos bens jurídicos tutelados, bem como, tendente a amenizar o juízo de periculosidade e indicar melhores possibilidades de reinserção social – e o agente em posição oposta.

Destarte, a pena e/ou o benefício será proporcional ao grau de cooperação do agente, cabendo ao juiz, no caso concreto, analisar todas as questões acima apontadas, de maneira a garantir um julgamento justo, à luz do devido processo legal. Nesta análise, percebe-se, pois, que a crítica não se sustenta, tendo em vista a finalidade da pena, bem como, os postulados da proporcionalidade e isonomia.

5.3.3 Renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso de dizer a verdade nos depoimentos que prestar

A Lei nº 12.850/2013, art. 4, §14, prevê expressamente a renúncia do direito ao silêncio, bem como, a sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade nos depoimentos que o colaborador prestar. Para o enfrentamento da crítica, impõe-se compreender o interrogatório judicial do acusado e a prova testemunhal. As declarações prestadas na fase da investigação devem ser repetidas em juízo, já que não possuem valor probatório. Portanto, o que interessa é

⁶⁷ Nesse sentido já se manifestou o STF: “Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...]”. HC 104410, Rel.: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012.

a análise do direito ao silêncio em juízo, oportunidade em que as declarações do colaborador poderão fundamentar a sentença, seja ela condenatória ou absolutória.

O interrogatório judicial é o ato judicial em que o juiz ouve o acusado e se dirige diretamente ao magistrado, seja para apresentar sua versão da defesa ou permanecer em silêncio. O magistrado deve conduzir o interrogatório de maneira neutra e imparcial. Via de consequência, o juiz não pode confrontar o acusado, já que não é o momento de avaliação da prova, caso contrário, o prejulgamento dará ensejo ao reconhecimento da nulidade absoluta do ato (LIMA, 2017, p. 669).

Neste cotejo, na hipótese de acusado ter optado pela colaboração premiada, este será o momento de confirmar o acordo ou retratar-se, valendo-se do direito ao silêncio. Portanto, não prosperam as críticas de que o princípio da não autoincriminação estaria sendo desrespeitado, já que não há dever ao silêncio. Na realidade o que se verifica é a ausência de técnica da norma, pois, não é correto falar em renúncia. A colaboração eficaz exige a voluntariedade do agente e a prestação de determinadas informações/declarações.

Corroborando, também, que não há renúncia ao direito ao silêncio, o fato de o acusado poder se retratar, alterando o depoimento em juízo (momento do interrogatório), o que resulta nas provas autoincriminatórias por ele produzidas não poderem ser utilizadas em desfavor.

Conforme Lima cumpre lembrar que a testemunha é pessoa desinteressada, assumindo o compromisso de dizer a verdade, nos termos do CPP, art. 203, ou seja, ela deve dizer o que sabe, não pode se calar, nem se negar a dizer a verdade ou declarar fato inverídico. Ressalta-se que esta obrigação de dizer a verdade decorre do tipo penal de falso testemunho do CPP, art. 342 e não do CPP, art. 203. A melhor interpretação ao §14, do art. 4º, é a de que o agente não pode responder ao crime de falso testemunho, pois não é testemunha. Portanto, o máximo que se poderia cogitar é que o agente respondesse ao crime de denúncia caluniosa (CPP, art. 339) (LIMA, 2017, p. 694).

Reportando-se a lição de Pacelli, a qual entende ser pertinente:

[...] a falsidade das declarações, com o objetivo de se favorecer dos benefícios da lei, é um risco que deve correr o Estado, sem que se possa falar em renúncia à autodefesa. O direito ao silêncio, aliás, surge, não para beneficiar pessoas levadas ao processo criminal, mas para respeitar os limites de todo aquele que se veja na iminência de ver restringida sua liberdade de ir e vir, além de constituir método mais seguro de formação da certeza judicial (PACELLI, 2017, p. 877).

Diante disso, ao compatibilizar a legislação e o mandamento constitucional da não autoincriminação, as únicas hipóteses em que o colaborador poderia atuar como testemunha seriam aquelas em que teria sido beneficiado pelo perdão judicial (que pressupõe a existência de um processo já sentenciado) e quando contra ele não houver sido oferecida a denúncia. Nestas duas hipóteses, o colaborador não terá nenhum interesse no feito, limitando-se a prestar declarações de fatos que dizem respeito à responsabilidade criminal alheia. Assim, as declarações poderão adquirir qualidade de prova testemunhal incriminadora, devendo responder segundo a verdade.

5.4 APRIMORAMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Compreendidas as críticas acerca da colaboração premiada por meio da integridade, percebe-se que tal instrumento carece de aprimoramento, sobretudo diante da recente introdução do procedimento por meio da Lei nº 12.850/2013. Para a compatibilização deste importante mecanismo jurídico à realidade criminal com os postulados do Estado Democrático de Direito, impõe-se elaborar propostas de aperfeiçoamento da colaboração, por meio de interpretação da lei pelo aplicador do Direito.

5.4.1 O papel do magistrado

O estudo da colaboração premiada e suas consequências permitiu concluir pela importância do órgão julgador, o qual tem o papel de zelar pelo respeito às garantias do acusado. O Poder Judiciário homologa o acordo, bem como aplica a pena e o benefício ao colaborador. Para ser possível adequar este mecanismo jurídico com os postulados do Estado Democrático de Direito, é necessário compreender o papel do juiz, pois, pela integridade, somente se respeitadas os direitos fundamentais previstos na Constituição, é que será possível legitimar a utilização dos acordos de colaboração. Portanto, apenas pelo controle do Poder Judiciário sobre as negociações é que será possível evitar excessos e ilegalidades.

Pretende-se, neste tópico, apresentar soluções para a aplicação da Lei nº 12.850/2013 quanto ao papel do magistrado nas negociações. Dessa forma, o juiz não participa das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo, ele deverá verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, de forma sigilosa, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (Lei nº 12.850/2013, art. 4, §6, 7).

De início, deve ser registrado que a participação direta do juiz nas tratativas e formalização do acordo não deve ocorrer, pois, o contrário, configuraria o julgamento antecipado da causa, ferindo a presunção de inocência. Dessa forma, estariam prejudicadas a voluntariedade na decisão e imparcialidade no momento do exercício da jurisdição, porque o ato de sentença pertence ao juiz (BRANDALISE, 2016, p. 182).

O juiz deve agir, portanto, como árbitro do equilíbrio entre as partes, conferindo a regularidade dos termos do acordo frente aos fatos. Com a análise dos fatos, o juiz pode negar o acordo quando ele não for suportado pela prova, por exemplo. Prosseguindo, o §8º, do artigo 4º, dispõe que o juiz poderá homologar, rejeitar ou adequar a proposta. Homologar, caso entenda que foram observados os requisitos, procedimentos e garantias; não homologar, quando a proposta não atender aos requisitos legais (por exemplo, se o colaborador não estava acompanhado do advogado ou se não compreendeu bem os termos do acordo). Não deve o magistrado adentrar no mérito do acordo. A discussão que interessa é a hipótese de o juiz adequar a proposta ao caso concreto, sobretudo quanto ao limite dessa adequação. A lei não é clara. Portanto, cabe ao intérprete encontrar a adequada aplicação no âmbito do ordenamento jurídico.

O magistrado não pode modificar a proposta, sob pena de violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Portanto, caso não concorde com os termos do acordado, o magistrado deverá rejeitar a homologação, aguardando que as próprias partes, caso queiram, elaborem nova proposta (LIMA, 2017, p. 809).

Entende-se, também, que o juiz não pode alterar o acordo, limitando-se a homologar ou não. O autor apresenta uma terceira alternativa, na qual não se rejeita o acordo, mas se oferece consequência jurídica diversa, desde que concordem as partes com a solução apresentada. Não havendo concordância, o acordo será tido por recusado (PACELLI, 2017, p. 881-882).

Cezar Roberto Bitencourt afirma a impossibilidade de alteração do acordo pelo magistrado. Reconhece, ainda, a necessidade de melhor regulamentação das hipóteses de rejeição e/ou adequação, caso entenda pela possibilidade de o juiz alterá-las diretamente (BITENCOURT, 2016, p. 717, 730-731).

Guilherme de Souza Nucci entende que o máximo realizado pelo magistrado seria a adaptação de alguns pontos à legalidade, sem adentrar ao conteúdo, por exemplo, se o acordo prever a substituição da pena privativa de liberdade por multa (situação não prevista na lei), o

juiz poderia propor às partes a revisão da negociação (não podendo fazer a substituição por conta própria) (NUCCI, 2017, p. 798).

Ao buscar compatibilizar o sistema de eficiência e garantias na persecução penal, o papel do juiz deve ser entendido como fundamental para evitar a condenação de uma pessoa que não tenha responsabilidade pelo fato, bem como, evitar que haja punição insuficiente. O mais correto é preservar a imparcialidade do magistrado, de maneira que no momento de homologação do acordo, a ele se atribua apenas a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e legitimidade (voluntariedade, legalidade e respeito às garantias fundamentais do colaborador). Qualquer atitude do magistrado para além da fiscalização, aproximar-lhe-ia da figura do juiz instrutor existente no Código de Processo Penal italiano de 1930, o que afasta da imparcialidade.

Neste sentido, é pertinente a lição de Frederico Valdez Pereira, que entende pela necessidade de assegurar a imparcialidade do juiz, contudo, sem comprometer a função de definir a pena ou benefício proporcional à culpabilidade e à colaboração:

A colaboração premiada, enquanto atividade preliminar de coleta de elementos apuratórios no âmbito investigativo, deve ser dirigida por membro do MP, mantendo-se o juiz afastado das tomadas de depoimento do arrependido e dos prêmios conexos aos ajustes esboçados. Ao juiz compete aferir a observância preliminar dos pressupostos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador sem se comprometer antecipadamente com a concessão de prêmio ao agente, tampouco se envolvendo em atos de cunho investigatório. Somente depois de encerrada a conduta colaborativa e apurados os fatos, é que o juiz, avaliando a eficácia da cooperação, os fatos revelados, a postura cooperante, com como todos os demais elementos envolvidos, irá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologando os ajustes quanto ao conteúdo (PEREIRA, 2016, p. 156).

Ao aproximar a visão garantista da colaboração à teoria de Dworkin, seria prudente que todas as tratativas entre o órgão acusador e o colaborador, que antecedem o acordo, fossem registradas detalhadamente, inclusive com gravação audiovisual. Esta cautela evitaria qualquer forma de intimidação por parte dos órgãos de acusação e a utilização de prisões como forma de se obter acordos.

O amplo e irrestrito acesso às tratativas assegura o respeito às garantias dos acusados colaboradores, inclusive dos delatados. A ampla defesa e o contraditório seriam preservados em maior proporção, pois, o juiz, ao homologar o acordo, teria maior certeza da legalidade.

Com isso, as chances de, após a instrução probatória, apurar uma ilegalidade ou incongruência no acordo, poderiam diminuir.

Portanto, é possível extrair dois momentos diversos em que o órgão judiciário irá se manifestar: primeiro no momento da homologação, em que não adentra no mérito do acordo, e quando da sentença, situação em que aplicará ou não o benefício previsto.

Segundo a Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §11, a sentença apreciará os termos do acordo homologado e a eficácia da colaboração. A grande questão, portanto, é saber se o magistrado ficará vinculado ou não aos termos do acordo e, em caso positivo, em que extensão. Trata-se, certamente, de um dos pontos mais importantes e, ao mesmo tempo, controvertidos da lei. A simples homologação do acordo não gera ao colaborador a certeza de que receberá o benefício pactuado, o que dependerá da eficácia da colaboração. Porém, há posições divergentes.

Antonio Scarance Fernandes após estudar profundamente as soluções por consenso no processo penal comparado, asseverou que a vinculação do juiz ao acordo das partes é uma tônica das novas legislações europeias. Argumenta-se, como no direito americano, que sem essa vinculação haveria perda de eficiência das soluções consensuais e ninguém se aventuraria a realizar acordos com o Ministério Público se o juiz pudesse alterá-los (FERNANDES, 2005, p. 258).

Nessa linha, Eduardo Araújo da Silva, ao tratar de acordo que previsse o perdão, assevera a vinculação do magistrado ao acordo, pois:

[...] Do contrário, a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima e indesejável insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença (SILVA, 2014, p. 63).

Para o autor, o imprescindível controle judicial ocorrerá quando da homologação do acordo e cumprimento, mas “uma vez homologado e cumprido o acordo sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença” (SILVA, 2014, p. 63).

Contudo, pela interpretação da lei à luz da integridade, buscando garantir a tutela dos direitos e garantias fundamentais das partes (evitar a tutela ineficiente e assegurar as garantias dos acusados em geral), deve-se ter em conta a função privativa do juiz de fixar a pena e zelar pelo devido processo legal.

No momento da homologação do acordo, como compreendido, não se autoriza ao magistrado adentrar no mérito do benefício prometido, porque sequer houve a dilação probatória nesse momento. Somente na sentença que o magistrado deverá analisar se o colaborador realmente cumpriu o acordo homologado e, assim, atingiu o resultado a que estaria proposto.

Nesse mesmo sentido, foi a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Petição 7074, de Relatoria do Ministro Edson Fachin (Informativo 870), que resolveu os limites da atuação do magistrado em homologação de colaboração premiada. A Corte também concluiu que existem dois momentos de atuação do juiz: a homologação do acordo de colaboração premiada e o momento de aferição do cumprimento dos termos do acordo e sua eficácia. O Supremo reafirmou a natureza jurídica do instituto como um negócio jurídico-processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador, razão pela qual, conforme a Lei nº 12.850/2013, art. 4, §6 e §7, é vedada a participação do magistrado na celebração do ajuste. A Corte destacou que a homologação do acordo se trata de provimento interlocutório (o qual não julga o mérito da pretensão acusatória, mas resolve uma questão incidente) de natureza meramente homologatória, bem como, limita-se ao pronunciamento sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo (Lei nº 12.850/2013, art. 4, § 7).

Portanto, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite juízo de valor a respeito das declarações eventualmente prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, nem confere o signo da idoneidade a depoimentos posteriores. Percebe-se que o STF entende que a postura equidistante do juiz em relação às partes no processo penal prestigia o sistema acusatório. Assim, para o Supremo se as declarações do colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração, esse juízo será feito apenas “no momento do julgamento do processo”, ou no momento diferido, qual seja, na sentença, conforme previsto na Lei nº 12.850/2013, art. 4, §11.

Ao analisar os elementos trazidos pela colaboração e a efetividade, o Colegiado considerou ser imprescindível cancelar a importância da preservação da segurança jurídica e da própria figura da colaboração premiada como instrumento relevante para coibir delitos, sobretudo contra o erário.

Quanto ao segundo momento de manifestação do Poder Judiciário, que é o julgamento, a análise da sentença deve ser feita à luz da eficácia de colaboração para a persecução penal. Se o colaborador cumprir totalmente o acordo realizado, prestando colaboração efetiva, o magistrado, em princípio, deve aplicar o benefício que lhe foi proposto.

Isto em atenção ao princípio da lealdade que o Estado deve àquele que colaborou na persecução penal, conforme decorre do princípio de moralidade da CR/1988, art. 37, *caput*. Caso contrário, o magistrado deve fundamentar com profundidade o motivo pelo qual negou o benefício ao acusado, sobretudo quando a participação é efetiva.

Contudo, caso o juiz verifique que a colaboração não atingiu todos os resultados pretendidos, é evidente que o benefício prometido não deverá ser concedido tal como pactuado. Poderá o juiz, dentro dos parâmetros que a Lei nº 12.850/2013 estabelece, fixar o benefício da maneira que melhor atenda o alcance do resultado obtido.

Dentro dessa perspectiva, o colaborador apenas fará jus ao benefício proposto se tiver contribuído para a persecução penal da forma pactuada. Assim, é possível assegurar o respeito ao devido processo legal e às finalidades da pena, bem como, evitar que os colaboradores sejam beneficiados em excesso ou de forma insuficiente.

O controle de legalidade e eficácia do acordo também inclui o alcance dos benefícios. Sem apurar as informações apresentadas pelo colaborador não é razoável imaginar que o benefício prometido deva vincular o juiz, depois de toda a produção probatória, atendidos o contraditório e a ampla defesa, é que se verifica a eficácia da colaboração.

Portanto, o aprimoramento do instituto de delação premiada é necessário no sentido de permitir ao magistrado tal controle, o que traria maior credibilidade a tal instrumento. Esse também foi o entendimento do STF no julgamento da já aludida Petição 7074, que ressaltou o segundo momento de manifestação do magistrado, relacionada ao momento do exercício da aferição de cumprimento dos termos do acordo e eficácia ao que está previsto na Lei nº 12.850/2013, art. 4, §11, qual seja, na sentença. O Supremo justificou que a instauração de inquérito é fase preliminar investigatória, na qual estão as colaborações, que, como meios de obtenção de prova, não são idôneas para se condenar, mas apenas para se ensejar a investigação em que há dúvida a ser dirimida ou indício a ser provado. Por isso, no momento de homologação, o juízo é preliminar e preambular. Somente no julgamento de mérito o Poder Judiciário, autorizado pela lei, poderá definir a extensão da colaboração e analisar o benefício respectivo.

A Corte observou, também, que a lei permite ao Judiciário, em fase diferida, após a conclusão da instrução probatória, avaliar se os termos da colaboração premiada foram cumpridos e se os resultados concretos foram atingidos, o que definirá a eficácia. Salientou, por fim, que o direito subjetivo do colaborador nasce e se perfectibiliza na exata medida em que cumpre os deveres. Nesse contexto, o acordo homologado como regular, voluntário e

legal gera vinculação, condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico.

Rodrigo da Silva Brandalise reconhece a necessidade de equilibrar os termos do acordo “quando se mostrarem lenientes ou demasiadamente severos”. Pacelli também traz a lume a advertência de que no Brasil estão sendo homologados muitos acordos de colaboração que estabelecem vantagens além do que a legislação prevê. O autor acrescenta informações sobre a existência de acordos em que é fixada previamente a pena máxima a ser aplicada, seguida da paralisação e futura extinção da punibilidade de todos os outros crimes praticados pelo colaborador, quando ultrapassado aquele limite, o que extrapola a Lei nº 12.850/2013 (a qual estabelece o percentual de redução da pena efetivamente aplicada na ação penal, e não o prévio ajuste sobre a diminuição) (BRANDALISE, 2016, p. 185; PACELLI, 2017, p. 870).

Reafirma-se que, somente depois da instrução criminal, será possível aferir sobre o grau de culpabilidade do agente. Na perspectiva do direito como integridade não é lógico imaginar que a homologação de acordo ilegal o legitima. É razoável e prudente que o magistrado possa exercer a função de fixar a pena e os benefícios, não se limitando aos termos do acordo. Ainda que na hipótese de as partes não concordarem com o *quantum* concedido pelo órgão julgador, elas podem valer-se dos recursos cabíveis.

Por derradeiro, o instrumento da colaboração premiada deve evoluir no sentido de permitir ao julgador maior controle sobre a extensão dos benefícios concedidos. Dessa forma, será possível conciliar a eficiência da persecução com as garantias das partes envolvidas, como proposto pelo presente estudo.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva afirmam que o juiz:

[...] deve funcionar como o semáforo do sistema: se der luz verde para arbitrariedades ou se ele mesmo é o responsável por elas, violado resulta o Estado de Direito; se usar a luz vermelha para as arbitrariedades estará convalidando o instituto da colaboração dentro dos contornos do Estado democrático de Direito (GOMES; SILVA, 2015, p.171).

O juiz deve evitar que o tratamento utilitário da colaboração guie o curso do processo, e afastando-se dos postulados resguardados na Constituição. Como bem afirma Rodrigo da Silva Brandalise “não se deseja um juiz que seja mero homologador de acordos, pois o que se quer é a manutenção de seus poderes de decisão de maneira imparcial, pelo que não deve concordar com ele se não estiver convencido para tanto” (BRANDALISE, 2016, p. 188).

Não se sustenta que o magistrado poderá realizar uma indevida interferência na formulação do acordo, mas sim que atue de forma próxima ao modelo italiano, no qual o juiz controla não apenas a legalidade, mas a verdade processual, a base fática dos termos do acordo e a efetividade da resposta a ser aplicada no momento da sentença. O magistrado, ao julgar o caso, deve, portanto, estabelecer uma punição suficiente. A negociação pode trazer parâmetros mínimos e máximos, mas a definição será sempre judicial. A sentença deve estar condizente às circunstâncias do caso.

Diante disso, no momento da celebração do acordo, o colaborador deve estar ciente de que o benefício somente será aplicado se atendidos todos os pressupostos da transação, mas que a fixação da pena é tarefa privativa do Poder Judiciário, não podendo a acusação prefixá-la.

5.4.2 O papel do órgão de acusação

O papel do Ministério Público na persecução penal é imprescindível para a existência da estrutura acusatória, o que não o torna parte interessada em condenações, mas sim em julgamentos condenatórios ou absolutórios dentro dos limites estabelecidos pelo direito e processo penal.

Dessa maneira, o aprimoramento da colaboração também perpassa pela atuação do órgão acusador, o qual realiza importante função ao optar pela realização, requisitos e benefícios cabíveis do acordo.

Partindo-se do ideal do direito como integridade, deve-se registrar que o órgão do Ministério Público, no âmbito das negociações, não deve ser visto em situação superior à do colaborador. Para que seja válida uma negociação, a acusação deve apresentar em tempo oportuno os elementos probatórios conhecidos por ele ao acusado.

No momento das negociações, deve-se ter em conta que não é admitida a concepção de consensualidade ampla no Brasil, tal como ocorre no *plea bargaining* americano. O controle das negociações é necessário a fim de equilibrar os deveres, direitos e garantias do colaborador. Este controle é feito pelo Poder Judiciário, o qual deverá recusar a homologação de acordos ilegais. E, ainda, é na sentença que o juiz fará a análise da eficácia da colaboração e, com base nisso e na culpabilidade do agente, no momento da dosimetria, deverá fixar a pena e aplicar o benefício.

Fixadas tais premissas, cabe analisar a previsão contida na Lei 12.850/2013, art. 4, §4, a qual traz a hipótese do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Renato Brasileiro de Lima adverte que a concessão dos prêmios (diminuição da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e perdão judicial) está condicionada à sentença final condenatória, devendo, em tais casos, o órgão ministerial oferecer denúncia. Portanto, com a previsão contida no art. 4, §4, não haverá processo, configurando exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal (LIMA, 2017, p. 798).

O princípio da obrigatoriedade da ação penal é adotado pela doutrina nacional no exercício da ação penal pública, normalmente, associando-a ao princípio da oficialidade da acusação e à ideia de legalidade dos atos do Poder Público.

No campo do processo penal, o princípio da legalidade comporta ao menos duas expressões: a exclusão de qualquer discricionariedade no exercício da ação penal, com a consequente obrigação, por parte do Ministério Público de promover a ação penal pública ou dispor da ação penal proposta (FERNANDES, 2005, p. 100).

Embora não exista, na Constituição da República ou no Código de Processo Penal disposição expressa adotando o princípio da obrigatoriedade, costuma-se inferir a vigência da regra contida no artigo 24, do Código de Processo Penal, segundo o qual, nos crimes de ação pública, a obrigatoriedade será promovida por denúncia do Ministério Público.

Brandalise adverte que a obrigatoriedade tem como objetivo evitar o arbítrio do Estado frente ao cidadão, a medida em que todos devem ter tratamento igualitário frente a lei. Portanto, a justificativa inicial do princípio estaria vinculada à regra das penas como um fim em si, já que deve haver a aplicação de sanção a todos aqueles que cometem crimes (BRANDALISE, 2016, p. 167).

Gabriel Silveira de Queirós Campos⁶⁸ defende que a disposição do art. 24, do CPP, bem como do art. 129, I, da CR, apenas atribuem a uma instituição específica (o Ministério Público) a titularidade para a promoção da ação penal pública, excluindo a possibilidade de que o próprio ofendido (particular) exerça a persecução penal. Portanto, ele conclui que inexistente imposição de que o Ministério Público promova a ação penal de forma obrigatória. O autor segue apontando que a previsão “expressa da transação penal e da suspensão condicional do processo significa a consagração, ao menos parcial, do princípio da

⁶⁸ Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Procurador da República no Estado do Paraná e membro da *International Association of Prosecutors*.

oportunidade em nosso sistema jurídico”. Haveria, assim, o reconhecimento de certa discricionariedade (regrada) por parte do Ministério Público no exercício da ação penal, uma vez que ele não possui um total poder de disposição dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo e, via de consequência, da própria ação penal, devendo seguir os critérios legais (, 2012, p. 1-26).

Lopes Junior entende que presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia, não havendo margem de atuação. O autor acrescenta que, mesmo postulando o arquivamento, haverá sobre ele o controle jurisdicional, conforme determina o CPP, art. 28.⁶⁹ Diante disso, o autor faz relevante observação no sentido de que, na hipótese de o Procurador-Geral entender pelo arquivamento, o juiz estará obrigado a acolhê-lo, estaria abrindo-se espaço para a oportunidade da ação penal. Portanto, seria necessária uma releitura do princípio (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 369-370).

No âmbito dos Juizados Especiais, Lopes Júnior assevera que se trata de relativização da obrigatoriedade, ou ainda, uma nova concepção incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro: discricionariedade regrada. Percebe-se, pois, haver nova concepção acerca da regra da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento brasileiro, abrindo-se possibilidades, desde que previstas em lei e presentes os requisitos exigidos, de uma discricionariedade regrada (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 370).

Volvendo-se para a Lei nº 12.850/2013, pode-se afirmar que o art. 4, §4 traz mais uma hipótese de discricionariedade regrada, confira-se:

§4^o 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 (LEI Nº 12.850/2013, art. 4º, §4º).

A aplicação dessa hipótese acarreta os seguintes questionamentos: a natureza do benefício; como poderia ser resolvida a situação em que o magistrado entende pela necessidade de denunciar; se o inquérito deveria ser arquivado ou suspenso até a apuração dos

⁶⁹ “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” (CPP brasileiro, art.28).

fatos; no caso de não ser submetido ao juiz, por quanto tempo poderia deixar de oferecer a denúncia; e se, submetido o pedido ao juízo, o deferimento equivaleria a perdão judicial.

Guilherme de Souza Nucci leciona que o não oferecimento da denúncia, se for entendido por prazo indefinido, equivaleria ao arquivamento do inquérito. Contudo, ele concorda não ser oferecimento permanente, uma vez que o mero arquivamento traria insegurança ao colaborador, pois poderia ser chamado a depor como testemunha sem poder recusar ou invocar medidas de proteção, porque surgindo novas provas pode haver o desarquivamento. Portanto, para o autor, realizado o acordo e homologado pelo juiz, o inquérito deveria ser suspenso pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual prazo, nos termos do art. 4º, §3º. Depois deste prazo, o pedido de arquivamento deveria ser submetido ao juiz (NUCCI, 2017, p. 796).

Andrey Borges de Mendonça⁷⁰ afirma que a previsão legal trata de um “acordo de imunidade”, cujo cabimento se admite com o cumprimento cumulativo de alguns requisitos. Para ele, há, na hipótese, o controle por parte do Judiciário, ao qual deve ser submetido o acordo para homologação. Caso o juiz discorde do acordo de imunidade, ele poderá aplicar o art. 28, do CPP, por analogia, pois trata-se de hipótese de não oferecimento da denúncia. Assim, caso discorde do acordo, o Juiz poderá remeter o caso aos órgãos de cúpula do MP (Procurador-Geral de Justiça ou 2ª Câmara de Coordenação e Revisão). Porém, a decisão final é do MP, em decorrência do art. 129, da Constituição da República. O Procurador também entende que a lei não é clara quanto à natureza deste “acordo de imunidade”, concluindo que o mais adequado seria encará-lo como causa de extinção da punibilidade *sui generis*, e não perdão judicial, o qual é de exclusiva atribuição do juiz. Prosseguindo, uma vez reconhecido o acordo, com homologação judicial, para ele não seria possível a retomada da ação penal contra o colaborador, em razão da formação de coisa julgada material, mesmo que não cumpra o acordo. Assim, o Procurador conclui que somente deveria ser aplicado o “acordo de imunidade” quando a colaboração já for efetiva, ou seja, já tiver atingido sua finalidade (MENDONÇA, 2013, s.p.).

Lima entende que deve ser aplicado subsidiariamente o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011⁷¹ (acordo de leniência), o qual prevê, ao cumprimento do acordo, a eliminação

⁷⁰ Procurador da República. Mestre pela Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento. Membro do Instituto ASF – Antonio Scarance Fernandes de Estudos Avançados (MENDONÇA, 2013, s.p)

⁷¹ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de

automática da punibilidade do colaborador. Portanto, haveria, depois de cumprido o acordo, a concessão de perdão judicial pelo juiz, cuja decisão estaria protegida pela coisa julgada, o que traria maior segurança às partes (LIMA, 2017, p. 798).

Diante das críticas, soluções apresentadas, e considerando que a aplicação da colaboração premiada no presente trabalho deve ser feita pela integridade, conclui-se que o não oferecimento da denúncia não pode ser feito por prazo indeterminado ou sem qualquer manifestação judicial a este respeito. O acordo será homologado pelo juiz, o qual, caso não concorde poderá valer-se do art. 28, do CPP, como apontado. Contudo, depois de homologado, percebe-se que a situação do colaborador não fica preservada (já que ainda persiste a possibilidade de desarquivamento do inquérito). Além disso, também deve ser assegurada a possibilidade de promover a ação penal na hipótese de ineficácia da colaboração.

Portanto, equilibrando-se os postulados da eficiência e garantia, a melhor interpretação da lei deve ser aquela que não considera que o não oferecimento da denúncia se dê por prazo indeterminado, a fim de assegurar maior segurança jurídica ao colaborador. Além disso, é necessário haver um provimento jurisdicional, que garanta melhor controle quanto à eficácia da colaboração. A mera homologação do acordo não pode acarretar a impunidade do agente, caso as informações prestadas não sejam confirmadas após a investigação, bem como na hipótese de ineficácia da colaboração.

Dessa maneira, o não oferecimento da denúncia deve ser precedido do sobrestamento da persecução penal pelo prazo da Lei nº 12.850/2013, art. 4, §3, para se verificar a eficácia objetiva das informações obtidas com a colaboração. Embora a lei não seja expressa, nesse caso, como há previsão de suspensão da prescrição, deve haver autorização judicial para a prorrogação do prazo para oferecimento da denúncia. Decorrido o prazo, e atingido o resultado pretendido, deve haver o pedido de arquivamento do inquérito, com fundamento em causa extintiva da punibilidade. Neste caso, o inquérito não poderia ser desarquivado e a decisão que extingue a punibilidade somente seria proferida após a investigação. A sentença ainda está sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que reforça ainda mais o respeito ao devido processo legal. Caso o magistrado entenda pelo descabimento do arquivamento, deve valer-se

junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo” (LEI Nº 12.529/2011, art. 87, parágrafo único).

do art. 28, do CPP. Por derradeiro, não haveria mero não oferecimento de denúncia sem qualquer controle do ato.

Eugênio Pacelli critica a previsão do inciso II, afirmando tratar-se de um “utilitarismo rasteiro” de “quem chegar primeiro leva”. O autor afirma que tal previsão pode ensejar manobras investigatórias por parte de possíveis responsáveis por infrações criminais. Ele acrescenta que durante a fase de investigação não é possível saber se colaborador não é efetivamente o líder da organização. Conclui que a previsão é de difícil e complexa aplicação, pois, também depende da obtenção de um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º, *caput*, da Lei. Em razão disso, o autor recomenda cautela na aplicação do benefício pelo Ministério Público (PACELLI, 2017, p. 875-876).

Percebe-se, pois, que o não oferecimento de denúncia deve ser cercado de muita cautela e somente concedido em situações excepcionais, quando a cooperação for substancial e quando não houver outra maneira de se obter as informações prestadas pelo colaborador.

6 CONCLUSÃO

A colaboração premiada compreende a negociação entre o órgão de acusação e o suposto autor de um crime, o qual com base na confissão e assunção de culpa colabora com a persecução penal em troca de algum benefício previsto em lei.

Diante do cenário mundial, em que se busca uma solução para a criminalidade organizada, a delação premiada ganhou destaque com o discurso da apuração da verdade real. Como visto, nos Estados Unidos e Itália as negociações são consolidadas, sendo que cada país as aborda conforme as particularidades do ordenamento e fundamentos políticos que as justificam. O ponto comum das negociações é a dificuldade estatal no combate ao crime organizado. Em razão disso, o Estado, em troca de informações que possam facilitar a investigação criminal, oferece benefícios ao colaborador.

Dessa maneira, diante do caráter transnacional de grupos criminosos (como em crimes de lavagem de dinheiro) a comunidade internacional percebeu a necessidade de desenvolver instrumentos de cooperação internacional. Além disso, foi realizado um esforço para mínima harmonização das legislações nacionais, a fim de facilitar as comunicações, os atos e diligências conjuntas.

Constatou-se o problema investigativo na ordem mundial e o desafio de lidar com a criminalidade associativa pelos meios tradicionais, os quais não conseguem penetrar na estrutura delitiva de modo a colher prova dos fatos cometidos e seus participantes.

No Brasil, o recurso à colaboração foi reforçado pela ineficiência dos meios tradicionais de investigação, bem como, pelo anseio social por uma resposta estatal eficiente. Em razão disso, desde 1986, com a Lei nº 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, o legislador regula a figura do colaborador da justiça que confessa e revela a trama delituosa. Contudo, o advento da Lei nº 12.850/2013 é que definiu a colaboração premiada como meio de obtenção de prova e previsão do procedimento para realização.

Neste contexto, vários questionamentos são apontados pela doutrina e operadores do direito, em geral, no sentido de que o Estado estaria cada vez mais pragmático, voltado de forma exclusiva para resolver a criminalidade que envolve associação de pessoas e estrutura organizada e, sobretudo, as organizações criminosas. Por outro lado, a resposta estatal não

deve se afastar das garantias previstas na Constituição da República de 1988, o contrário representaria um retrocesso.

Por derradeiro, o estudo da colaboração se impõe no sentido de buscar a melhor forma de utilizá-la, ou seja, a mais compatível possível com o Estado Democrático de Direito. Os estudos de Ronald Dworkin, sobre direito pela integridade, como marco teórico da presente pesquisa, foram fundamentais, pois o ideal de integridade é conciliar os deveres estatais de prestação e proteção. Somente por meio de uma interpretação e aplicação do direito de forma íntegra que é possível assegurar a prestação jurisdicional justa e eficiente.

Assim, quando respeitadas as garantias fundamentais e compreendidas suas bases, percebe-se, quanto à garantia de não-autoincriminação, inexistir um dever do investigado em contrapor-se à pretensão punitiva. Portanto, desde que respeitado o devido processo legal, não é ilegítimo ao acusado confessar o crime e negociar com o Estado. O contrário que ensejaria arbitrariedades.

Concluiu-se, ainda, que a garantia da presunção de não-culpabilidade, desde que entendido que a colaboração não é prova, mas sim meio de obtenção de prova, bem como, que nenhuma condenação pode pautar-se exclusivamente nas declarações do acusador, também não está sendo desrespeitada. Se o processo seguir postulados fundamentais, garantindo o contraditório e ampla defesa, não haverá ilegalidades. Assim, à luz da Constituição e de toda a lógica do sistema penal brasileiro, é possível valer-se da colaboração premiada, sem atentar contra as garantias constitucionais da presunção de não-culpabilidade e de não autoincriminação.

Contatou-se a importância do Poder Judiciário no controle e condução do processo, uma vez que o magistrado participa em dois importantes momentos quando homologa e julga o colaborador.

O estudo também possibilitou compreender que a colaboração premiada carece de aprimoramento, ainda que a Lei nº 12.850/2013 tenha inovado, há muitas lacunas e incompreensões ao aplicá-la. Por conseguinte, situações que, se não forem bem interpretadas, podem gerar desrespeito às garantias fundamentais.

Logo, o papel do magistrado e do órgão de acusação na condução e aplicação dos acordos foi ressaltado. O ideal de integridade apontado foi o de evitar que os aplicadores do direito se voltem ao pragmatismo, na ânsia de solucionar os crimes e afastem-se da função de assegurar a todos um devido processo legal.

Destarte, a colaboração premiada é necessária e útil para o combate ao crime organizado, o qual é bem estruturado e difícil de ser enfrentado pelos modelos tradicionais de investigação criminal. O ideal é equilibrar a eficiência e o garantismo, e assegurar a proteção aos interesses envolvidos de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Partindo da premissa de que o processo penal configura importante instrumento de política criminal, contribuindo para as finalidades do Direito Penal, a colaboração premiada será legítima e não atentará contra as garantias quando o Estado – seja ao investigar e acusar, ou ao julgar – privilegiar o respeito ao devido processo legal, sobretudo nos procedimentos que utilizar os acordos. Quando aplicada a colaboração de forma consciente e zelosa, o ideal de equilíbrio entre eficiência e garantia será atingido.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá. 2013.
- ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado patteggiamento). **Revista Julgar**, Editora Coimbra, N.º 19, 2013. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2017.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**. São Paulo: Saraiva, 2016. v.2.
- BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, jan./fev. 2011.
- BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; Feldens, Luciano. **A forma inteligente de controlar o crime organizado**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>>. Acesso em: 20 maio 2017.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 154/1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5015/2004**. Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5687/2006**. Convenção de Mérida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7070/2009**. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5349/1967**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5349.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7492/86**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8072/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8137/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9034/1995**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9080/1995**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9099/ 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9269/1996**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9613/98**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9807/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11343/06**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11689/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11690/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11719/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12683/2012**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12830/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.850/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13257/2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 41758 SP 2005/0021580-9. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe. 05.02.2007. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;hc:2006-11-07;41758-729479>>. Acesso em: 22 abr. 17.

BRASIL. STJ. 1301255 MT, Relator: Ministra LAURITA VAZ, DJe 02/12/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468180842/agravo-em-recurso-especial-aresp-352141-mt-2013-0198867-0?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 abri. 2017.

BRASIL. STF. HC 41758 SP 2005/0021580-9. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJe. 05.02.2007. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acordao;hc:2006-11-07;41758-729479>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. STF. RSE 00003898220134036119 SP 0000389-82.2013.4.03.6119. Rel.: Desembargador Federal Nino Toldo. Décima primeira turma. e-DJF3 Judicial. 13/05/2016. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340780266/recurso-em-sentido-estrito-rse-3898220134036119-sp-0000389-8220134036119>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. STJ. HC 84.609/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461030075/agravo-em-recurso-especial-aresp-810553-rj-2015-0283727-9>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. STF. Habeas Corpus nº 127.483/PR, rel: Ministro Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 maio 2017.

BRASIL. STF. Habeas Corpus nº 127.483/PR, rel: Ministro Dias Toffoli. 29/03/16. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000261022&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 04 maio 2017.

BRASIL. STF, Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-04-2016 PUBLIC 20-04-2016. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000308510&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. STF. HC 137045 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-204.23/09/2016 e HC 137045 MC, Relator Min. Ricardo Lewandowski (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/jurisprudencia-supremo-proibeprisao.pdf>>. Acesso em: 20 de abr. 2017.

BRASIL. STF. MS 23452. Rel.: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. TJ DF. Apelação Criminal nº 2011 05 1 007053-8, Rel.: Nilsoni de Freitas Custódio. 3 turma. 16/12/11. Disponível em <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20110510070538APR>>. Acesso em 05 maio 2017.

BRASIL. TJMG. Recurso de apelação nº 1.052.10.001537-3/001. Des. Eduardo Machado. DJe. 09.12.2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468180842/agravo-em-recurso-especial-aresp-352141-mt-2013-0198867-0?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. TRF2, Apelação Criminal nº 120792012.51.01.490299-0, 11/11/15. Disponível em <<http://www10.trf2.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2017

BRASIL. TRF3. Apelação Criminal ACR 1952 SP 0001952-61.2009.4.03.6181. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450999188/apelacao-criminal-acr-3644620164036125-sp/inteiro-teor-450999244?ref=topic_feed>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. TRF3. RSE 00003898220134036119 SP 0000389-82.2013.4.03.6119. Rel.: Desembargador Federal Nino Toldo. Décima primeira turma. e-DJF3 Judicial. 13/05/2016. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340780266/recurso-em-sentido-estrito-rse-3898220134036119-sp-0000389-8220134036119>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. TRF3..Apelação Criminal nº 0010644120094036119. Des. Relator Nino Toldo. DJe.: 12/01/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. HC 2001.01.00.031392-7/MA, Rel. Desembargador Federal OLINDO MENEZES, Terceira Turma, DJ de 05/10/2001, p. 277. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=+2002.30.00.000747-2&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 2005.70.00.022524-1. Des. Rel. Nivaldo Brunoni, DJe. 03.06.201. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455506588/apelacao-criminal-acr-3028-pr-20057000003028-4/inteiro-teor-455506638>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**. v. 15. n. 6. São Paulo, 2016.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. **A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States**, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1147 (2016). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>>. Acesso em 15 abr. 2017.

BROWN, Darryl K. **Judicial Power to Regulate Plea Bargaining**, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1225 (2016). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/5>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ânelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**, v. 4, 2012. Disponível em <<https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/05/20/plea-bargaining-e-justica-criminal-consensual-entre-os-ideiais-de-funcionalidade-e-garantismo/>>. Acesso em 15 abr. 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo G. C. **Processo Penal (em face da) Constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Comentário ao artigo 5º, inciso LXII. In: CANOTILHO, *et al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law: principles and policies**. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

CRETELA JÚNIOR, José; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **Dicionário latino-português**. São Paulo: Anchieta, 1944.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte geral (arts. 1º ao 120). 4.ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução por Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995.

DOWRKIN, Ronald. **O império do direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DOWRKIN, Ronald. **La justicia com toga**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DOWRKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**/Ronald Dworkin; Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Biblioteca Jurídica.

DOWRKIN, Ronald; BORGES, Luís Carlos. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 25 maio 2017.

EUA. **Federal Rules of Criminal Procedure**, Rule 11 – Pleas. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em 20 abr. 2017.

EUA. UNITED STATES SUPREME COURT. *Godinez v. Moran*, (1993), No. 92-725. Argued April 21, 1993—Decided June 24, 1993. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/389.html>>. Acesso em: 25 maio 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão teoria do garantismo penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouckr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILIPPETO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. **Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FOCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOLGADO, Antonio Nobre. Breves notas sobre o processo penal italiano. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2017.

GAMBOGI, Luís Carlos B. Moral, direito e pós-positivismo. In: **Amagis Jurídica**. Ano VI. Número 11. Jul/Dez de 2014. Belo Horizonte: DelRey, 2014.

GIACOMOLLI, José Nereu. Comentário ao artigo 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: Delação premiada. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 2015. Disponível em <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/476>>. Acesso em 25.06.2017.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal. Fundamentos e limites do Direito Penal**. 3.ed. Reformulada e atualizada. Coleção Ciências criminais. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

GRANDINETTI, Luis Gustavo; CARVALHO, Castanho de. **O processo penal em face da constituição**: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRANZINOLI, Cassio M. M. **A delação premiada. Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Igualdade de partes e paridade de armas**: a posição do MP no Superior Tribunal Militar. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada**: no combate ao crime organizado. São Paulo: Lemos & Crus, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 1976.

HUMANOS, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969, v. 22.

ITALIA. Constituição Italiana, art. 112. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ITALIA. **Constituição Italiana**, art. 50, item 1. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ITALIA. **Codice di Procedura Penale (CPP)**. Disponível em: https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf. Acesso em: 15 abr. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5.ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.v. 1.

MALUF, Elisa Leonesi. **Terrorismo e prisão cautelar: eficiência e garantismo**. São Paulo: LiberArs, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MAYNARD, Douglas W. **Inside Plea Bargaining**. Springer US, EUA, 1984.

MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 5º, inciso LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Marco Aurélio Mello: ciência e consciência, 2015, v. 1, p. 33-48. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. 2013. Disponível em: <<https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/06/08/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12-8502013/>>. Acesso em 07 jun. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, Júlio César O.G.; MOSSIN Heráclito Antônio. **Delação premiada**. Aspectos jurídicos. 2.ed. Revista e atualizada. São Paulo: J.H. Mizuno, 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NOGUEIRA, Alberto. **Direito constitucional das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v.2. 10.ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro Quinto, título CXVI do Código Filipino. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>>. Acesso em 29 abr. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**. Teoria crítica e práxis. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. Legitimidade e procedimento. Aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poético. **Revista do tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 27, n. 2, p. 3-34, 1998. Disponível em <[Carloshttp://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/02/2002_11_11_0002.2xt/](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/02/2002_11_11_0002.2xt/)>. Acesso em 20 fev. 2017.

SANCTIS, Fausto Martins. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. **Proporcionalidy Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madri: Colex, 1990.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

SLOBOGIN, Christopher. **Plea Bargaining and the Substantive and Procedural Goals of Criminal Justice: From Retribution and Adversarialism To Preventive Justice And Hybrid-**

Inquisitorialism, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1505 (2016). Disponível em <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/12>>. Acesso em 15/04/2017.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

WACQUANT, Loïc. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Vera Malaguti Bastista (organizadora). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.