



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

Giovanna Jurach Lunardi

**A incompatibilidade da justiça penal negociada com o ordenamento jurídico brasileiro –
uma análise a partir da importação do instituto das delações premiadas**

Florianópolis
2019

Giovanna Jurach Lunardi

**A incompatibilidade da justiça penal negociada com o ordenamento jurídico brasileiro –
uma análise a partir da importação do instituto das delações premiadas**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito para a
obtenção do Título de Bacharela em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

Florianópolis
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lunardi, Giovanna Jurach A incompatibilidade da justiça penal negociada com o ordenamento jurídico brasileiro : uma análise a partir da importação do instituto das delações premiadas / Giovanna Jurach Lunardi ; orientador, Matheus Felipe de Castro, 2019.
65 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. justiça penal negociada. 3. delações premiadas. I. Castro, Matheus Felipe de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Giovanna Jurach Lunardi

**A incompatibilidade da justiça penal negociada com o ordenamento jurídico brasileiro -
uma análise a partir da importação do instituto das delações premiadas**

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de Bacharela em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 02 de dezembro de 2019.

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Matheus Felipe de Castro, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Chiavelli Fazenda Falavigno, Dra.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Marília de Nardin Budó, Dra.
Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise dos mecanismos de justiça penal negociada face os preceitos e garantias processuais positivados pela Constituição Federal de 1988. Escolhemos como objeto de estudo o instituto das delações premiadas. O método adotado é o dedutivo, partindo da visão de mundo da teoria dos sistemas processuais penais, elaborada por Franco Cordero. Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com a consulta à legislação brasileira constitucional e infraconstitucional, à legislação estrangeira, a livros, artigos de revistas e outros trabalhos acadêmicos, bem como à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão abordados, num primeiro momento, os aspectos teóricos e dogmáticos das delações premiadas, analisando os requisitos estabelecidos pela Lei nº 12.850/13 para a sua aplicação, a natureza jurídica do instituto, e a sua inserção enquanto mecanismo de barganha. Em seguida, realizaremos um breve apanhado histórico das delações no direito brasileiro, além da sua análise nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e estadunidense. Também abordaremos, numa ampla perspectiva, o posicionamento da doutrina nacional com relação a esse instituto, assim como a visão da Corte Suprema. Por fim, nos debruçaremos sobre a incompatibilidade das colaborações premiadas com nosso sistema jurídico, a partir da análise, num primeiro tópico, dos sistemas processuais inquisitório e acusatório; posteriormente, demonstraremos como a justiça negocial culmina no desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, contrapondo-o, também, ao princípio da oportunidade; e, no derradeiro tópico, estudaremos o prejuízo ocasionado ao devido processo legal e aos princípios constitucionais a ele atrelados.

Palavras-chave: justiça penal negociada, delações premiadas, sistema processual penal, garantias constitucionais.

ABSTRACT

This present work has for its objective the analysis of the mechanisms of consensual criminal justice, in respect of the commandments and guarantees positivated by Brazil's 1988 Federal Constitution. We chose the state's evidence as our object of study in this work. The deductive method will be used throughout this research, and the fundamental theory is Franco Cordero's criminal systems. The research technique we chose is the bibliographical one, as we consulted the constitutional and infraconstitucional national law, foreign legislation, books, articles and scientific papers, as well as the jurisprudence of the Supreme Court. In the first chapter, we will analyse the theoretical and dogmatic aspects of the state's evidence, its requirements in Rule number 12.850/13, the legal nature of the institute, and its condition as a bargain's mechanism. Thereon, we will briefly study the history of state's evidence in the Brazilian law, in addition to Spain's, Italy's and the United States' legal systems. We will also cover, in a broad perspective, the national doctrine's impression of this institute, as well as the Supreme Court's perception. Lastly, we will examine state's evidence incompatibility to Brazil's legal system, through the analysis, at first, of the inquisitorial and accusatorial procedural systems; then, we will demonstrate how consensual justice disrespects the principle of the mandatory criminal charge, counteracting it to the principle of opportunity; and, on the last topic, we will study the damage caused to the due process of law and its attached constitutional principles.

Keywords: consensual criminal justice, state's evidence, criminal systems, constitutional guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CAPÍTULO I - AS DELAÇÕES PREMIADAS NO DIREITO BRASILEIRO – conceituação, histórico e direito comparado	10
2.1 Conceito de delações premiadas	10
2.1.1 As categorias dogmáticas da Lei nº 12.850/13	10
2.1.2 A natureza jurídica do instituto	14
2.2 Histórico das delações premiadas no direito brasileiro	16
2.3 As colaborações no direito comparado	21
2.3.1 O contexto estadunidense	21
2.3.2 O contexto italiano	22
2.3.3 O contexto espanhol	24
3 CAPÍTULO II – AS DIFERENTES PERSPECTIVAS DAS DELAÇÕES PREMIADAS: o posicionamento doutrinário e da Corte Suprema	26
3.1 As posições favoráveis às delações	26
3.2 As posições contrárias às delações	30
3.3 A posição do Supremo Tribunal Federal	34
4 CAPÍTULO III – A INCOMPATIBILIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
4.1 As delações premiadas nos sistemas processuais penais tradicionais	41
4.1.1 As matrizes históricas e conceituais dos sistemas inquisitorial e acusatório	41
4.1.2 As delações premiadas sob a ótica dos dois sistemas	45
4.2 O princípio processual da obrigatoriedade da ação penal e sua relação com os mecanismos de justiça penal negociada	47
4.3 A contraposição da justiça penal negociada ao princípio constitucional do devido processo legal	52
5 CONCLUSÃO	56
6 REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a importação dos novos mecanismos de justiça criminal pactuada, tomando como objeto de estudo principal as delações premiadas. Nesse sentido, nos propomos a enfrentar a problemática da sua compatibilidade com o modelo processual estabelecido pela Constituição Federal de 1988. A hipótese inicial é de que esses instrumentos não se coadunam com um sistema democrático de garantias processuais penais.

A escolha do tema se mostra relevante no recente cenário brasileiro, marcado pela cobertura midiática das investigações de crimes de corrupção, a exemplo da Operação Lava Jato. Nesse contexto, as delações premiadas ocuparam um espaço de destaque e vêm sendo cada vez mais utilizadas como forma de resolução célere de casos penais, dentro e fora da criminalidade econômica.

Da mesma forma, verifica-se uma tendência de expansão mundial de outros instrumentos de justiça penal negociada, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo, já introduzidos no direito pátrio pela Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95).

O método de abordagem adotado nesta pesquisa é o dedutivo. A visão de mundo é a teoria dos sistemas processuais penais, desenvolvida por Franco Cordero. Nos valem da técnica da pesquisa bibliográfica, através da consulta à legislação brasileira constitucional e infraconstitucional, e à legislação estrangeira, em estudo comparado; a livros, manuais, artigos em periódicos e outras monografias acadêmicas; bem como à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, coletada no banco de dados da instituição.

Dividimos a monografia em três capítulos. No primeiro deles, trataremos inicialmente das categorias dogmáticas das delações premiadas: a conceituação teórica trazida pela Lei nº 12.850/13 e o posicionamento da doutrina; os requisitos e procedimentos para a sua aplicação; a natureza jurídica de negócio jurídico processual; e a sua inserção enquanto um dos mecanismos de barganha.

Em seguida, realizaremos um breve histórico do instituto no direito brasileiro, demonstrando como, apesar de se fazer presente desde as Ordenações Filipinas, foi resgatado mais recentemente em função de uma tendência mundial de expansão do direito penal, num contexto de emergência e combate às organizações criminosas.

Nessa toada, no terceiro tópico do primeiro capítulo, analisaremos as delações premiadas no direito comparado, mais especificamente nos ordenamentos jurídicos da Itália, Espanha e Estados Unidos da América. A escolha por esses países se deve à similitude de

contextos na produção legislativa acerca da matéria, bem como, no caso dos Estados Unidos, por ser considerado um dos territórios mais férteis para a criação de modalidades de justiça penal negociada.

No segundo capítulo, traremos os diversos posicionamentos doutrinários acerca das delações premiadas e das formas de barganha, pontuando os argumentos favoráveis e contrários à sua implementação. Em seguida, esmiuçaremos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à temática, a partir do estudo dos julgamentos do Habeas Corpus nº 127.483/PR e das Petições nº 7.074/DF e nº 7.265/DF.

No terceiro e último capítulo, defenderemos a incompatibilidade da justiça penal negociada, sob a ótica do instituto das delações premiadas, com o sistema processual adotado pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, como forma de introduzir devidamente a problemática, entendemos essencial o resgate histórico e teórico dos sistemas processuais inquisitorial e acusatório, o que será abordado no primeiro tópico.

Em seguida, conceituaremos o princípio da obrigatoriedade da ação penal, considerado um preceito reitor do processo penal brasileiro. Também abordaremos a temática da sua suposta mitigação nos mecanismos de barganha da pena já introduzidos no ordenamento jurídico, contrapondo-o ao princípio da oportunidade da ação penal.

Por fim, no derradeiro tópico do trabalho trataremos das violações ao devido processo legal perpetradas pelas delações premiadas, bem como as consequências produzidas nos princípios da presunção de inocência, direito à não autoincriminação e duração razoável do processo.

CAPÍTULO I – AS DELAÇÕES PREMIADAS NO DIREITO BRASILEIRO – CONCEITUAÇÃO, HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO

1. Conceito de delações premiadas

1.1. As categorias dogmáticas da Lei nº 12.850/13

As delações premiadas¹ inserem-se no contexto da justiça penal negociada e são, de acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos (2018a, p. 69), uma espécie de barganha processual, tendo em vista que há o reconhecimento da culpa do acusado por meio da sua confissão, bem como a aplicação de uma punibilidade abrandada em troca de informações importantes para o deslinde do caso.

Mais especificamente, para Vasconcellos são dois os principais requisitos que configuram este instituto (2018a, p. 117-118). O primeiro deles é o de que o delator se autoincrimine, isto é, confesse, perante juízo, de forma voluntária, esclarecida e consciente, a participação no crime pelo qual está sendo acusado. Há, portanto, a abdicação do direito constitucional de permanecer em silêncio, tendo em vista, também, que suas declarações devem ser verdadeiras, sob pena de incorrer em crime de delação caluniosa².

O segundo elemento é o da colaboração eficaz à persecução penal - condição esta que diferencia as delações premiadas dos demais institutos de barganha. Trata-se de requisito bastante questionável, pois implica que o acusado esteja indefinidamente à mercê das autoridades estatais, podendo ser convocado a qualquer tempo para contribuir em outros casos.

Na esteira das demais modalidades de barganha, imprescindível a verificação dos requisitos de validade para a aceitação das declarações prestadas pelo delator. São elas: 1) a voluntariedade do acusado; 2) informação suficiente para tomada de decisão racional, sempre na presença de defensor; e 3) adequação da proposta à acusação apresentada. (FABRETTI, SILVA, 2018, p. 294)

¹ No presente trabalho, utilizar-se-á as nomenclaturas “delações” e “colaborações” premiadas como sinônimas. Sabe-se, no entanto, da existência de autores, como Luiz Flávio Gomes, que as consideram institutos diversos: para ele, a expressão “delação” implica caráter retributivo, de obrigação recíproca, e com a necessária incriminação de terceiros, enquanto que “colaboração” pode significar tão somente o auxílio prestado pelo acusado às autoridades no deslinde do caso. (GOMES, 2005, p. 108)

² Nesse sentido é o parágrafo 14 do artigo 4º, o qual dispõe que: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”, sob pena de tipificada a sanção do artigo 19 do mesmo diploma legal. Masson e Marçal acreditam haver, nesse caso, não uma renúncia a esse dever constitucional, mas apenas uma opção do acusado pelo não exercício, acompanhado de seu defensor. (MASSON; MARÇAL, 2016, p. 109)

A Lei nº 12.850/13, responsável por definir o conceito de organizações criminosas e os métodos de investigação, conceitua, em seu artigo 3º, inciso I, as colaborações premiadas como meios de obtenção de prova, e define, no artigo 4º, os requisitos e procedimentos para sua aplicação e as vantagens que podem ser oferecidas ao colaborador.

De acordo com Victor Valente e José Eduardo Martins (2018, p. 514), meio de obtenção de prova “é o instrumento, de natureza processual, que possibilita o acesso à fonte de prova ou ao meio de prova”. Caracterizam-se, também, pelo elemento da surpresa, já que o investigado raramente é convidado a manifestar sua anuência. Isso faz com que impliquem numa restrição a direitos fundamentais, a exemplo da intimidade e privacidade.

Ainda, conforme Gustavo Badaró (2013, p. 266), os meios de obtenção de prova se diferenciam dos métodos probatórios *stricto sensu* na medida em que não têm, isoladamente, o condão de formar o convencimento do juiz. Ao contrário, sua função é a de justamente propiciar mecanismos de obtenção dos elementos necessários à incriminação.

Na definição de Cleber Masson e Vinícius Marçal, as delações premiaias permitem que o coautor ou partícipe colabore com as autoridades competentes “fornecendo informações privilegiadas e eficazes quanto à identidade dos sujeitos do crime e à materialidade das infrações penais por eles cometidas”, em troca do recebimento de alguma vantagem processual. (2016, p. 75)

Para Adalberto Aranha, as delações se configuram pela confissão do acusado com relação à sua própria participação na atividade delitiva, concomitantemente à atribuição de responsabilidade a terceiro cúmplice. (2004, p. 128)

É também entendimento do Superior Tribunal de Justiça³ que a admissão de culpa do réu é elemento intrínseco à colaboração premiada.

Por outro lado, conforme entendeu a mesma Corte quando do julgamento do Habeas Corpus nº 174.286/DF⁴, não se pode conferir os benefícios da delação premiada ao acusado que tão somente confessa a sua participação no delito, sendo necessária a efetiva colaboração que forneça informações eficazes à descoberta da trama delituosa e dos demais responsáveis. Isto é, as delações premiadas pressupõem, também, a incriminação de terceiros, caso contrário se estaria tratando de uma simples confissão.

³ Essa posição foi firmada por ocasião dos julgamentos do Recurso Especial nº 1.102.736/SP, julgado pela 5ª Turma em 04/03/2010, com relatoria da Ministra Laurita Vaz, e do Agravo Regimental nº 1.285.269/MG, julgado em 19/05/2010, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Og Fernandes.

⁴ O julgamento da referida ação ocorreu na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 10/04/2012, com relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior.

Masson e Marçal consideram errônea a conceituação de delações que toma por base tão somente a incriminação de outros comparsas, tendo em vista que os benefícios também podem ser usufruídos quando o colaborador prestar informações que atinjam outros proventos, como o resgate de reféns, por exemplo. (2016, p. 76)

Assim, para que o acusado possa usufruir das prerrogativas da delação, as informações prestadas devem ser capazes de produzir pelo menos um dos resultados elencados nos incisos do artigo 4º da Lei nº 12.850/13:

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.

Além das benesses previstas no *caput* do mesmo artigo - quais sejam: o perdão judicial, a redução da sanção e a sua substituição por pena restritiva de direitos -, o §4º estabelece que o Ministério Público ainda pode deixar de oferecer denúncia na hipótese de que o acusado, não sendo o líder da organização criminosa, seja o primeiro a prestar a colaboração.

Quanto à atuação judicial, acertadamente a Lei nº 12.850/13, em seu artigo 4º, §§ 6º e 7º⁵, vedou a participação do juiz na negociação das partes. Sendo assim, sua atividade tem maior relevância na homologação e no sentenciamento.

Na homologação, serão verificados os requisitos formais, tais como os pressupostos legais, a voluntariedade do imputado e a legalidade das cláusulas. Já na sentença, caberá ao magistrado examinar a efetividade dos resultados da colaboração e designar o benefício a ser concedido.

O acordo de delação é realizado entre partes que ocupam posições diametralmente opostas no processo penal, nomeadamente acusação e defesa; entretanto, cabe a um terceiro

⁵ Cujas redações, respectivamente, são as seguintes: “§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.” e “§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

ente, o juiz, julgar as cláusulas pactuadas. Nesse sentido, em resposta a essa problemática, Vasconcellos defende que o magistrado, quando do sentenciamento, também desempenha atividade vinculada, não podendo interferir substancialmente naquilo que foi convencionado entre os contratantes. Trata-se de uma garantia de imparcialidade e segurança jurídica. (2018b, p. 112-113)

Apesar de se inserir no contexto da justiça penal negociada, isso não significa, por óbvio, que, realizado o acordo, o juiz tem de necessariamente condenar o delator. São aplicáveis os preceitos básicos do processo penal, pelos quais a denúncia deve estar respaldada por indícios concretos de autoria e materialidade da conduta criminosa.

Ademais, as delações, justamente por não serem propriamente uma espécie de prova, mas tão somente um meio para a sua obtenção, não têm valor probatório em si; ou seja, necessitam ser corroboradas a partir de outras evidências que não as trazidas exclusivamente pelo colaborador (MASSON, MARÇAL, 2016, p. 111). Assim, semelhante ao que ocorre com a busca e apreensão e a interceptação telefônica, outros meios de obtenção de prova elencados pela Lei nº 12.850/13, o juiz não pode se fundamentar tão somente neste elemento para proferir a sentença condenatória⁶.

No tocante ao direito de defesa, o artigo 4º, parágrafo 15, estabelece a obrigatoriedade da presença de defensor técnico em todos os atos que compõem a negociação, confirmação e execução do acordo.

Já no que diz respeito ao proponente do acordo, a questão é mais controversa. O artigo 4º, §6º do mesmo diploma estabelece que tanto o Ministério Público quanto a autoridade policial estariam legitimados a oferecer o pacto. Vasconcellos compõe a parcela da doutrina que critica essa previsão (2018b, p. 103), asseverando que ao delegado de polícia caberia apenas colher informações acerca da vontade do acusado em participar, iniciando de modo preliminar as negociações, sem aprofundamento de termos e condições de acordo.

Contudo, essa posição não foi acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu, em sede de julgamento da ADI nº 5.508, pela legitimidade da autoridade policial na realização de acordos de delação premiada em investigação preliminar.

Quanto ao momento processual, a Lei nº 12.850/13 concede a aplicação do instituto em qualquer das fases do processo, desde a investigação preliminar até depois de proferida a sentença, em sede de execução penal, conforme redação do §5º do artigo 4º.

⁶ Nesse sentido é a previsão do artigo 4º, §16 da Lei 12.850/13: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Por fim, apesar de a Lei nº 12.850/13 ter introduzido dispositivos legais especificamente direcionados à persecução de delitos relacionados a organizações criminosas, Vinicius Gomes de Vasconcellos e Erica do Vale Reis (2014, p. 33) defendem que podem ser aplicados analogicamente às delações premiadas em geral. A própria Orientação Conjunta nº 01/2018, do Ministério Público Federal, estabelece que os acordos podem ser celebrados em relação a crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante. (2018, p. 2)

1.2. A natureza jurídica do instituto

A doutrina ainda não é uníssona com relação à natureza jurídica das colaborações premiadas. Adalberto Aranha aduz que as colaborações não podem ser lidas à luz da confissão, pois não são espécie de prova, e tampouco como testemunho, já que, nessa condição, o depoente não pode ser pessoa interessada na resolução do caso penal (2004, p. 128-129). Nesse sentido, também entende Vinicius Gomes de Vasconcellos (2018b, p. 76):

[...] o colaborador deve ser analisado no processo penal como uma categoria própria, pois não se encaixa adequadamente como testemunha (por ter interesse no caso) ou informante (por prestar o compromisso de veracidade).

Alexandre Morais da Rosa, por exemplo, considera que o instituto é substancialmente um negócio jurídico, “dado que consiste em manifestação da vontade qualificada, a saber, em uma declaração de autonomia privada a que a lei atribuiu efeitos constitutivos de direito que foram manifestados e queridos [...]”, respeitados os pressupostos do art. 104 do Código Civil (2019, p. 243).

Enquanto que as negociações se dão em âmbito processual - já que a colaboração é meio de obtenção de prova -, o contrato em si é uma figura de direito material, pois produz consequências na esfera dos direitos fundamentais do acusado, sendo o principal deles a liberdade (ROSA, 2019, p. 244).

Na mesma toada, manifestam-se Victor Valente e José Eduardo Martins (2018, p. 484-489), inserindo o acordo de colaboração na teoria do negócio jurídico do direito civil, de acordo com as categorias de existência, validade e eficácia do contrato e regidos pelo pressuposto do *pacta sunt servanda*.

O próprio Supremo Tribunal Federal entende que a natureza jurídica das delações premiadas é de negócio jurídico processual:

[...] Além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser

atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal. (STF. HC nº 127.483/PR. Relator Ministro Dias Toffoli)

Afrânio da Silva Jardim (2018, p. 74-75) se manifesta da mesma forma; porém, acrescenta que, nessa condição, os acordos de delação são regidos por regras e princípios de Direito Público e, portanto, não podem ser objeto de livre pactuação entre os contratantes. Em suas palavras:

Como se costuma dizer, em termos de Direito Privado, pode-se fazer tudo o que não seja proibido, enquanto sob a égide do Direito Público, só se fazer o que seja expressamente permitido. [...] Assim, o membro do Ministério Público não pode oferecer ao indiciado ou réu algo que importe em “afastamento” do Código Penal, Lei de Execução Penal ou Código de Processo Penal. Esta manifestação de vontade não pode se colocar acima do nosso sistema processual.

Para Masson e Marçal, as delações consistem também numa espécie do gênero “técnica especial de investigação” e em meio de defesa. Os autores advertem, ainda, que não se pode confundir a natureza das colaborações premiadas com a de suas benesses; estas, por sua vez, podem assumir diversas formas, como a de perdão judicial, progressão antecipada de regime, entre outras; já as colaborações têm natureza sempre fixa, contratual (2016, p. 78). Alexandre Morais da Rosa manifesta-se na mesma orientação:

Não se pode confundir, assim, a utilização que se fará do objeto do acordo de delação, com o próprio acordo e negociações, que pertencem à esfera própria de atividade, de incidência comum a qualquer negócio jurídico (2019, p. 244-245).

Em sentido contrário é o posicionamento de Walter Bittar (2011, p. 253-254), para quem a extensa produção legislativa relacionada às delações premiadas fez com que se lhes conferisse mais de uma natureza jurídica: de causa de extinção da punibilidade e de liberação e diminuição de pena.

O Manual da Colaboração Premiada, elaborado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (2014, p. 3), aduz que o Ministério Público e o Delegado de Polícia não estão obrigados a propor ou aceitar o acordo de delação quando o reputarem desnecessário. Mais: consideram que, ainda que o acordo seja homologado pelo magistrado, não existe qualquer tipo de obrigação por parte do juiz em acatar as cláusulas do contrato e, portanto, não gera direito subjetivo a nenhuma das partes contratantes. (2014, p. 10)

Em posição semelhante manifestam-se Valente e Martins (2018, p. 511-512), adotando a perspectiva do acordo de delação enquanto negócio jurídico de natureza civil, consideram que as cláusulas estipuladas no contrato geram tão somente uma expectativa de direito em relação ao acusado. Assim, enquanto condições suspensivas, o gozo dos benefícios estaria

condicionado à verificação do evento futuro e incerto previsto no pacto de vontades - qual seja, a produção dos resultados esperados do depoimento do delator.

No entanto, autores como Vasconcellos (2019b, p. 92-93) defendem que tanto o negócio, quanto as benesses que dele podem advir, constituem direitos subjetivos do colaborador. Isto é, quando verificados os requisitos legais, o Ministério Público é obrigado a oferecer o acordo, e quando concretizado algum dos resultados exigidos pelo artigo 4º da Lei 12.850/13, devem ser garantidos ao delator os privilégios previstos.

Assim, a atuação do órgão acusador seria vinculada, e não discricionária, sob pena de haver violação a sua submissão à legalidade, além de proporcionar tratamento desigual entre os réus. Além disso, a natureza vinculada da atividade do Ministério Público permitiria um maior controle judicial do negócio.

2. Histórico das delações premiadas no direito brasileiro

De acordo com o historiador do direito Ricardo Sontag (2019, p. 443-444), o primeiro caso paradigmático da utilização do instituto da delação premiada no Brasil foi o de Joaquim Silvério dos Reis, conhecido pela incriminação de seus companheiros de Inconfidência Mineira, entre eles Tiradentes, ainda na vigência das Ordenações Filipinas.

O referido ordenamento jurídico previa dois instrumentos que se assemelham ao conceito vigente de delações premiadas. O primeiro deles, previsto no Livro V, Título VI, §12⁷, era aplicado apenas aos casos decorrentes de denúncia a crimes de lesa majestade. Previa a possibilidade de, realizado o comunicado à autoridade, o delator ser perdoado por sua participação e receber as denominadas “mercês” em troca.

A ideia de “mercê” estava associada a um prêmio, uma retribuição por parte do Estado, que, à época, poderia ser de praticamente qualquer espécie e por tempo indeterminado. Não havia a exigência de estabelecimento das condições por meio de contrato, o que implicava, na prática, que o delator gozasse dos benefícios indefinidamente (SONTAG, 2019, p. 451-452).

⁷ Sua redação era a seguinte: “**E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação.** E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê. E em todo caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber”. (grifo meu)

O segundo mecanismo previsto nas Ordenações Filipinas encontrava-se disciplinado no Título CXVI do Livro V. O referido dispositivo estabelecia que, nos crimes em que estivesse envolvido nos crimes de falsificação de moeda, furto, homicídio, etc., o sujeito que auxiliasse na prisão dos outros malfeitores teria sua própria infração perdoada.

De acordo com Matheus Castro (2018, p. 187-188), essa previsão demonstra a natureza eminentemente inquisitorial das delações premiadas, porque o perdão do delator estava diretamente condicionado à prova dos crimes praticados pelos delatados. Essa produção probatória podia ser realizada inclusive pelo próprio réu interessado no benefício.

A partir do Código Criminal do Império, os benefícios concedidos ao réu ficaram restritos à sua confissão judicial, na forma de atenuante da pena. O Código Penal de 1941 tampouco alterou essa configuração. Porém, paulatinamente a jurisprudência passou a admitir a confissão delatatória, que consistia num depoimento fático de interessado, com valor indiciário, geralmente levado em consideração quando o réu também admitia fatos que eram prejudiciais a si. No entanto, ainda assim o único benefício concedido ao acusado advinha da confissão que realizava com relação aos seus próprios atos (CORDEIRO, 2010, p. 275-276)

Conforme Sontag (2019, p. 455), a escassez na produção legislativa do instituto durante o período dos séculos XIX e XX se deve à ascensão da ação penal pública e de titularidade do Ministério Público, advinda de ideais legalistas.

É apenas a partir do final da década de 1980 que o instituto da colaboração premiada volta a ser reinserido na legislação pátria, num contexto de aumento da criminalidade violenta no país. Inspirados por ideais do Movimento da Lei e da Ordem, e inflamados pelas mídias sensacionalistas, alguns juristas e a população em geral protestaram pela adoção de medidas repressivas mais contundentes. (BITTAR, 2011, p. 240)

A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) é o produto deste contexto político e social, sendo a responsável por dar o pontapé na retomada da discussão. Assim prevê a redação do 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”⁸.

Além disso, ainda inseriu o §4º ao art. 159 do Código Penal, o qual dispõe que, nos crimes de sequestro, realizado mediante concurso de pessoas, o coautor que denunciá-lo às autoridades, facilitando a libertação do refém, terá sua pena reduzida de um a dois terços⁹.

⁸ O grifo no referido trecho foi incluído pela autora.

⁹ A redação original foi eventualmente alterada pela lei nº 9.269/96, de modo a fazer abranger o benefício a todo e qualquer coautor do crime, e não somente aqueles reunidos em bando ou associação criminosa.

Posteriormente, em 1995, a antiga Lei da Criminalidade Organizada (nº 9.034) assim determinou em seu artigo 6º: “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”¹⁰. Tal normativa foi revogada pela Lei 12.850/13.

Ainda no crescendo de produção legislativa do tema, tão somente 61 dias após a aprovação da Lei nº 9.034, promulgou-se a Lei nº 9.080/95, responsável por adicionar às Leis nº 8.137/90 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária) e nº 7.492/86 o mecanismo das delações:

Art. 16, § único da lei 8.137/90 e Art. 25, § 2º da lei 7492/86: “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”.

Para Bittar (2011, p. 247), este é o marco que comprova que a colaboração premiada deixa de ser um benefício excepcional e começa a se banalizar no direito brasileiro, porque deixa de ser aplicável apenas a crimes reputados graves.

É com a Lei de Lavagem de Capitais (nº 9.613/98) que se introduz a possibilidade de perdão judicial fora das hipóteses já previstas no Código Penal, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e do início do cumprimento da pena em regime aberto. O art. 1º, §5º disciplinava:

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e **começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos**, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (nº 9.807/99) consistiu num marco importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois demonstrou preocupação com a integridade física e psíquica das pessoas que prestaram informações às autoridades de combate à criminalidade (bem como a de seus familiares), além de estender a possibilidade de aplicação das delações para todos os crimes.

Estabeleceu, também, as seguintes condições para o gozo dos benefícios: identificação dos coautores ou partícipes, salvamento da vítima, recuperação total ou parcial do produto do crime. Ademais, condicionou o juiz a analisar também as circunstâncias do agente e do crime, tais como a personalidade, os motivos e consequências do delito, e a voluntariedade da participação do acusado.

¹⁰ Grifo meu.

A antiga Lei de Tóxicos (nº 10.409/02) estabelecia, em seu artigo 32, § 2º, que a delação na fase investigatória do processo tinha o condão de ocasionar o seu sobrestamento, ou a redução da pena. No entanto, com a edição da atual Lei de Drogas (nº 11.343/06), voltou-se a admitir tão somente o benefício da redução da sanção, tendo em vista que a previsão antecessora foi reputada demasiado permissiva. Nesse sentido é a redação do artigo 41 da normativa vigente:

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.

Sontag afirma que mesmo os mecanismos de delação introduzidos na legislação brasileira na década de 1990 ainda não detinham caráter negocial. Ele entende que a primeira legislação que possui traços negociais é a Lei de Proteção de Testemunhas (2019, p. 456).

Por sua vez, Vinicius Vasconcellos afirma que o primeiro diploma que estabeleceu possibilidade de acordo entre acusação e defesa foi a Lei de Tóxicos de 2002. (2018b, p. 78-80).

Ambos concordam, no entanto, que anteriormente aos marcos indicados, não havia propriamente margem de negociação entre as partes acerca das condições de cumprimento da pena. (SONTAG, 2019, p. 457-458)

No âmbito internacional, o início dos anos 2000 foi bastante profícuo na produção de tratados e convenções com a temática do combate ao crime organizado, trazendo as colaborações premiadas como ferramentas de investigação e desmantelamento das organizações criminosas.

Nesse sentido, de grande destaque a Convenção de Palermo (também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), cujas disposições foram acrescentadas ao direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Estes documentos preveem, em seus artigos 26¹¹ e 37¹², respectivamente, o indicativo de que os Estados signatários deverão encorajar membros das associações delitivas para que cooperem com as autoridades competentes, fornecendo informações úteis acerca das atividades praticadas, contribuindo na produção probatória e impedindo que o produto do crime possa ser utilizado. Em troca do serviço prestado, disciplinam as figuras da mitigação de pena, perdão judicial, imunidade e proteção.

Finalmente, em 2013 foi aprovada a Lei nº 12.850, que ficou conhecida como Lei do Crime Organizado, ou, ainda, como Lei de Combate às Organizações Criminosas. Essa normativa veio em substituição à antiga Lei nº 12.642/12, que havia sido aprovada às pressas para atender o clamor social da época e, em decorrência disso, contava com diversas omissões importantes, principalmente com relação aos métodos de investigação e produção de prova. (SILVA, BORGES, 2018, p. 106)

Esse novo documento foi responsável por delinear critérios procedimentais ao acordo de delação, como forma de garantir mais segurança jurídica e transparência (MASSON, MARÇAL, 2016, p. 84). Dentre os elementos adicionados, destacam-se os seguintes: o acordo de não persecução penal, a designação do magistrado ao papel de homologador do negócio, a previsão de direitos do colaborador¹³, e a tipificação do crime de revelação da identidade do

¹¹ “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. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. [...]”

¹² “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 [...]”

¹³ Disciplina o artigo 5º da Lei nº 12.850/13: “São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser

delator. Acrescenta-se, ainda, que foi o primeiro documento a conceituar as organizações criminosas, tarefa que antes era delegada à doutrina e à jurisprudência.

3. As delações no direito comparado

De plano, mostra-se relevante o estudo dos institutos jurídicos estrangeiros que inspiraram a importação das delações premiadas em solo brasileiro. Escolheu-se a análise do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, tendo em vista seu pioneirismo na adoção da justiça penal negociada, bem como Itália e Espanha, que implementaram a colaboração premiada em um contexto de emergência penal muito semelhante àquele que, aqui no Brasil, ensejou a edição das normativas enumeradas no tópico anterior.

3.1. O contexto estadunidense

Talvez a modalidade mais conhecida de justiça penal negociada seja a *plea bargaining* e, ainda que se diferencie da delação premiada brasileira - tendo em vista que não exige que o acusado impute diretamente responsabilidade a terceiro, mas tão somente admita a própria culpa -, trata-se de instituto que muito influenciou a importação dos mecanismos de barganha, tanto no direito pátrio, quanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Nos Estados Unidos da América, é uma prática que se reporta ainda ao século XIX. Ganhou popularidade a partir da década de 1960, em função de diversos fatores, conforme enumera Rapoza (2013, p. 210-211): crescimento demográfico causado pela industrialização, o que acabou por concentrar pessoas nas zonas urbanas e atrair imigrantes; desenvolvimento das profissões jurídicas e profissionalização do sistema de tribunais criminais; aumento dos direitos criminais por meio do Warren Revolution; e guerra às drogas, com a criminalização de condutas que antes não eram tipificadas.

No início de sua aplicação, foi bastante questionado pela doutrina e jurisprudência estadunidenses. Eventualmente, em 1970, a Suprema Corte, no julgamento do caso Brady x USA, declarou a constitucionalidade do *plea bargaining* (RAPOZA, 2013, p. 213). Atualmente, consiste no principal método de resolução de conflitos na esfera penal daquele país, correspondendo a mais de 90% das condenações. (CASTRO, 2019, p. 37)

fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados”.

Essa espécie de acordo é regida pela *Rule 11*, uma lei federal que disciplina procedimentos criminais. Conforme o documento, o acusado tem a possibilidade de declarar-se culpado, não culpado, ou se abster da declaração (*nolo contendere*). Se optar por admitir sua responsabilidade, o magistrado deverá analisar se o réu procedeu de forma voluntária no seu depoimento, se ele está plenamente ciente de todos os direitos a que está abdicando, bem como se existe base fática para corroborar a confissão. (CASTRO, A. 2019, p. 39-45)

Não se admite participação do juiz no processo de negociação realizado entre as partes. No entanto, a sua atividade posterior é discricionária, pois poderá homologar ou rejeitar o acordo. (CASTRO, A. 2019. p. 60-61)

Para Walter Bittar e Alexandre Pereira (2011, p. 25-26), é um instituto compatível com o ordenamento jurídico norteamericano, porque a atuação do órgão acusador está sujeita não ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, como no Brasil, mas sim à oportunidade. Isso permite que o promotor de justiça escolha em quais casos será investido o poder investigatório estatal e, inclusive, quais crimes serão imputados ao réu¹⁴, podendo abdicar da persecução penal a qualquer tempo.

Outra característica marcante na comparação desse instituto de justiça negocial em ambos os países, conforme Ana Lara Castro (2018, p. 110), é que, no Estados Unidos, admite-se a renúncia às garantias processuais mais fundamentais asseguradas pela Constituição, a exemplo do devido processo legal, a presunção de inocência, a não incriminação e o direito a recurso¹⁵, pois há a primazia do negociado ao legislado.

Bittar e Pereira (2011, p. 25-26) aduzem que existe uma importante diferença entre o modelo penal consensual estadunidense e brasileiro: lá, as previsões constitucionais são consideradas meros direitos do réu, sendo passíveis de renúncia, enquanto que, aqui, os direitos fundamentais no rol do artigo 5º da Constituição Federal são garantias, o que lhes confere estado absoluto.

3.2. O contexto italiano

De acordo com Walter Bittar, o modelo de colaboração premial italiano serviu de inspiração direta para as primeiras previsões legais do instituto no direito brasileiro, com a

¹⁴ Trata-se do mecanismo de *charge bargaining*, no qual o promotor pode desistir da persecução penal em relação a um delito mais grave, se o acusado confessar sua participação sobre outros crimes menores. (CASTRO, A., 2019. p. 84)

¹⁵ Esse entendimento foi firmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *United States x Mezzanatto* (CASTRO, A., 2019. p. 110).

diferença de que, no ordenamento estrangeiro, priorizou-se desde o início a previsão de normas procedimentais, bem como políticas de ressocialização dos delatores. (2011, p. 226)

O contexto social e político em que os acordos de delação foram concebidos na legislação italiana é o da expansão da máfia, que inicialmente começou como um grupo criminoso que oferecia “serviços de proteção” a latifundiários e pessoas influentes do país, e paulatinamente foi se transnacionalizando e se aprofundando no tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. (BITTAR, 2011, p. 228-229)

No final dos anos 1960, a situação do crime organizado tornou-se insustentável. Como forma de tentar combater essa forma de criminalidade - que adotava o *modus operandi* do terrorismo e extorsão mediante sequestro -, o governo italiano adotou políticas criminais de desmantelamento das associações, por meio da edição de normas que, conforme Bittar, ao mesmo tempo agravavam as penas dos autores do crimes, e ofereciam a atenuante ao cúmplice que auxiliasse as autoridades a evitar as consequências do delito e a identificar os comparsas. Essa prática ficou conhecida como “pentitismo”, ou, numa tradução livre, “arrependimento”¹⁶. (2011, p. 230)

Desde o início, as normativas italianas possuíam uma preocupação em disciplinar os aspectos processuais dos acordos de colaboração, ao contrário da legislação brasileira, conforme visto no tópico acima.

Nesse sentido, o instituto denominado *verbale illustrativo* consiste em medidas com o objetivo de evitar que o colaborador, imbuído de desconfiança, altere seu depoimento ao longo do processo - a denominada “progressão acusatória”. As medidas previstas nesse mecanismo são: 1) o procedimento tem o prazo de finalização de 180 dias, contados a partir do momento em que o delator manifesta a vontade de colaborar; 2) formalização e gravação do depoimento; 3) proibição de contato entre os colaboradores; e 4) a previsão de que a omissão ou falsidade no testemunho podem ocasionar a revogação dos benefícios conferidos. Percebe-se, de acordo com Bittar, uma clara restrição ao direito ao silêncio e ao princípio do contraditório. (2011, p. 236)

Também havia um maior cuidado no tocante à preservação da integridade física e psíquica dos delatores. Assim, o Decreto-lei 8, de 15.01.1991, modificado pela Lei 82, de 15 de março do mesmo ano, estabelece um sistema de proteção aos colaboradores e seus familiares,

¹⁶ Outra técnica processual importante do direito negocial italiano é o denominado *patteggiamento*. Ele consiste numa espécie de transação penal, na qual acusação e defesa entram em acordo com a finalidade de abreviar o procedimento persecutório e imputar uma sanção penal mais branda ao réu. Da mesma forma, tal mecanismo é fruto de um contexto de emergência na produção jurídica do país. (GONZÁLEZ, 2010, p. 18).

prevendo medidas como a troca de documentos, mudança de localização e a proibição de emitir declarações a terceiros. (BITTAR, 2011, p. 234)

O Decreto-lei 152/1991, modificado pela lei 306/1992, fixa um tratamento penitenciário diferenciado: para os delatores, há mais facilidade na obtenção de benefícios carcerários, podendo obter custódia em estabelecimentos prisionais diferenciados, e inclusive sua substituição por medidas cautelares menos gravosas. (BITTAR, 2011, p. 234-235)

3.3. O contexto espanhol

À semelhança do cenário político, social e econômico da Itália, a Espanha introduziu os mecanismos da delação premiada como instrumento de combate e dismantelamento aos grupos terroristas em atuação na década de 1980 - notadamente o ETA, movimento separatista basco. (BITTAR, PEREIRA, 2011, p. 8)

No entanto, apesar de a justiça penal negociada ter sido introduzida na Espanha antes do que no Brasil, percebe-se que a legislação estrangeira não se desenvolveu tão fértilmente quanto em solo pátrio. Conforme histórico já apresentado anteriormente, as hipóteses de aplicação das delações premiadas em nosso ordenamento jurídico rapidamente se expandiram para os crimes de toda natureza, enquanto que o país europeu impôs limitações aos delitos mais graves.

Segundo Juan Carlos Ortiz (2017, p. 42-43), a delação - e os outros elementos que vêm em sua esteira, como o anonimato e o secretismo - sempre foi mal vista no ordenamento espanhol, sendo utilizada de forma excepcional. Essa resistência se deve, de acordo com o autor, a dois motivos: primeiro, às matrizes religiosas que fundaram esse direito, as quais condenam veementemente a traição e a deslealdade; e, segundo, à correlação com as práticas de incentivo à incriminação de compatriotas, típica do regime autoritário vivenciado na Espanha franquista.

Da mesma forma, o oferecimento de uma recompensa ou bonificação ao delinquente não é bem aceita. Apesar disso, o Código Penal espanhol prevê, em seu artigo 480.1¹⁷, por exemplo, a isenção de responsabilidade penal ao agente que, implicado em delito de rebelião, comunica o ato às autoridades a tempo de impedir sua consumação. (ORTIZ, 2017, p. 53-54)

No tocante aos crimes de terrorismo e tráfico de drogas, o ordenamento jurídico espanhol estabeleceu políticas que visam o dismantelamento das organizações criminosas,

¹⁷ A redação do artigo é a seguinte, em tradução livre: “Ficará isento de pena aquele que, implicado em delito de rebelião, o revelar a tempo de poder evitar suas consequências”.

fixando penas mais brandas para os ex-associados que auxiliem na identificação dos demais membros e que ajudem a impedir sua atuação, a exemplo do que dispõem os artigos 376, primeira parte, e 579 bis¹⁸. (ORTIZ, 2017, p. 54-55)

Mais recentemente, afirma Ortiz (2017, p. 55-56), o Tribunal Supremo espanhol vem decidindo pela concessão de maiores benefícios para os réus que confessam a sua própria responsabilidade nos crimes e ao mesmo tempo delatam comparsas, prestando informações úteis à investigação. O autor aduz que se percebe uma mudança de mentalidade por parte da jurisprudência, que vem superando argumentos de cunho moralista, que focavam no arrependimento do acusado, e adotando paulatinamente uma posição conforme à política criminal vigente.

Com relação à execução penal, o ordenamento espanhol inspirou-se no modelo “duplo-binário” italiano, estabelecendo um maior rigor para os condenados não delatores, e mais benefícios aos que colaboraram com a justiça. Para estes últimos, a progressão de regime fica condicionada à verificação de aspectos de reinserção social, como o pagamento da responsabilidade civil e a desvinculação das atividades criminosas. (BITTAR, PEREIRA, 2011, p. 12).

¹⁸ Ambos os artigos prevêm a possibilidade de, nos casos envolvendo associações criminosas voltadas à prática de crimes de tráfico de drogas ou terrorismo, haver a redução de pena aos ex-comparsas que tenham voluntariamente abandonado as referidas organizações e que se disponham a auxiliar as autoridades públicas para impedir a consecução de delitos e a identificar ou capturar os demais responsáveis.

CAPÍTULO II – AS DIFERENTES PERSPECTIVAS DAS DELAÇÕES PREMIADAS: O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E DA CORTE SUPREMA

O objetivo deste próximo capítulo é realizar um compêndio dos argumentos favoráveis e contrários à utilização das colaborações premiadas, bem como analisar a percepção do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto. Esse estudo mostra-se necessário para assentar as bases da principal temática que é objeto deste trabalho, a violação que os mecanismos negociais provocam ao sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, e o desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e do devido processo legal.

1. Posições favoráveis às delações

Os principais argumentos favoráveis à adoção das colaborações premiadas como mecanismo de resolução de casos na esfera penal giram em torno das novas modalidades de criminalidade, também chamadas de criminalidade “moderna” ou “organizada”.

Os defensores do instituto aduzem que os métodos tradicionais de persecução penal não são suficientes para a obtenção de provas, tendo em vista que os delitos perpetrados por associações criminosas caracterizam-se por sua complexidade, muitas vezes envolvendo agentes estatais, políticos e controladores de grandes empresas, com divisão clara de tarefas, e se consumam em âmbito privado, numa lógica de pacto de silêncio entre seus membros. (GOMES, SILVA, 2018, p. 16). Nessa toada, Cleber Masson e Vinicius Marçal (2016, p. 77):

Estamos com aqueles que entendem ser a colaboração premiada um meio especial de obtenção de prova do qual o Estado não pode abrir mão, especialmente quando enfrenta a criminalidade organizada. Não se investiga esse tipo de delito, muito menos os que decorrem da constituição de uma organização criminosa, valendo-se de meios ortodoxos e vetustos. Imaginar que uma investigação sobre a composição e o modus operandi de uma organização criminosa seja bem feita apenas com a requisição de documentos, a colheita de depoimentos testemunhais (se é que alguém se aventuraria a tanto!) e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo e sério ao crime organizado.

Aduzem os referidos autores que a resolução penal por meio dos acordos de colaboração é legítima, tendo em vista que são um negócio jurídico realizado voluntariamente entre as partes, a ser posteriormente submetido à apreciação judicial, com a exigência da presença de defensor em todos os atos. (MASSON, MARÇAL, 2016, p. 78)

Frederico Valdez Pereira afirma que, diferentemente do que propaga a parcela mais garantista da doutrina, as delações premiadas “não importam violação séria a direitos e garantias dos colaboradores ou dos sujeitos delatados”. (2013, p. 336).

Para ele, não há prejuízo ao direito constitucional à não autoincriminação, tendo em vista que esta não é uma garantia irrenunciável e tampouco constitui um dever, por parte do réu, em contrapor-se à pretensão punitiva estatal. (2013, p. 326-328)

Igualmente, para esse doutrinador, o benefício oferecido nas colaborações não ofende o princípio da isonomia entre acusados. Ao contrário, justifica-se a promessa de concessão de benesse ao réu que se arrepende de sua conduta e escolhe quebrar com o pacto de silêncio da organização criminosa, contribuindo na prevenção à prática de novos crimes. Da mesma forma, não se pode dizer que exista disparidade de tratamento quanto à natureza dos crimes, já que os delitos perpetrados por associações demandam uma emergência investigativa superior aos crimes ditos “comuns”. (2013, p. 334-335)

No entanto, numa posição mais comedida, ele defende que a justiça penal negociada não pode ser banalizada. Deve-se priorizar a utilização de outros métodos de obtenção de prova, de modo que o recurso às colaborações ocorra em último caso e seguindo critérios rígidos de adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, a serem aferidos e sopesados pelo juiz da causa. (2013, p. 335)

Também sustentando a linha de que as delações premiadas não implicam em violação às garantias processuais penais, e numa posição mais ferrenha em defesa do instituto, Américo Bede Júnior e Gustavo Sena:

[...] é fundamental que o direito e o processo penal tenham maior efetividade no enfrentamento da criminalidade moderna. E isso não representa em hipótese alguma um discurso autoritário, arbitrário, como tende a entender certa parcela da doutrina, que, de forma generalizada, tacha de “neonazistas”, de retrógrados, de defensores do movimento de “lei e ordem”, do direito penal do inimigo, de antidemocráticos, de filhotes da ditadura etc. todos aqueles que advogam a restrição de algumas garantias processuais em casos limites de criminalidade grave, e isso quando é de conhecimento notório que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos. [...] (2009, p. 26-28)

Alexandre Morais da Rosa, filiado à análise econômica do direito, e mais especificamente à teoria dos jogos aplicada ao processo penal, adota uma posição bastante pragmática. Manifesta-se pelo implemento dos novos mecanismos de resolução penal pactuada, porque acredita que sejam mais compatíveis com a criminalidade moderna, caracterizada pela transfronteiridade, ainda que sustente a necessidade de uma adaptação prévia ao modelo brasileiro. (2019, p. 197-198)

Isso porque, o autor considera que existem duas frequências distintas de processo penal: a dura e a flexível. Para ele, o processo penal tradicional (duro), que continua sendo utilizado para a imputação de responsabilidade nos crimes de roubo, furto, estupro, homicídio, etc., já não basta para solucionar as questões trazidas pela nova criminalidade. (2019, p. 101-102)

É com a inserção de culpa negociada que essas duas frequências de processo penal melhor se distinguem. Se assumimos que o princípio da presunção de inocência e o direito ao devido processo legal são direitos fundamentais, então a negociação da culpa é inadmissível. No entanto, para aqueles que percebem esses elementos tão somente como privilégios do réu, a barganha torna-se compatível com nosso sistema (ROSA, 2019, p. 103). Neste trabalho, nos filiamos à primeira posição.

Marcos Paulo Dutra Santos também é partidário de uma visão pragmática. Ele não enxerga as delações enquanto instrumento efficientista de punição; ao contrário, afirma que são apenas “estratégia de recompensas”, com a finalidade de estimular a obtenção de informações que possam ser úteis à justiça no desmonte das atividades criminosas. (2019, p. 83)

Além disso, defende que as colaborações não implicam em prejuízo às garantias constitucionais do réu ao contraditório e à ampla defesa. Na verdade, para ele, configuram mais um instrumento à disposição da defesa¹⁹, e a sua eliminação do ordenamento jurídico significaria “uma **involução** no exercício da ampla defesa, em descompasso com um dos critérios de hermenêutica constitucional - vedação ao retrocesso”²⁰. (2019, p. 86)

Por fim, o referido autor ainda aduz que inexistente qualquer tipo de vontade política no sentido da arguição de inconstitucionalidade desse mecanismo negocial. Para o Ministério Público e a Polícia, representa uma eficaz ferramenta probatória; para o Poder Judiciário, é uma forma de facilitar a obtenção da verdade material e a prestação jurisdicional almejada; e para a advocacia e Defensoria Pública, “não raro é o único caminho factível para se preservar a liberdade do imputado”. (2019, p. 87)

Outra linha argumentativa bastante forte na defesa do instituto é a de que as colaborações premiadas são um instrumento que permite incutir punições a um estrato social que dificilmente é alvo do direito penal: a criminalidade de colarinho branco²¹. Para essa parcela

¹⁹ Na mesma linha, manifesta-se Rosimeire Ventura Leite, que entende que a mera aceitação do acordo consiste numa forma de exercício de defesa, e que, dessa forma, a barganha não implica, necessariamente, num desequilíbrio negocial entre acusação e réu. (LEITE, 2013, p. 34-35)

²⁰ O grifo pertence ao original.

²¹ Termo cunhado por Edwin Sutherland, utilizado para designar a espécie de criminalidade praticada pelas altas classes e normalmente relacionada a infrações de cunho econômico. (SUTHERLAND, 2014, p. 93-103)

da doutrina, o processo penal tradicional e as garantias constitucionais - a exemplo de dispositivos que prevêm a prescrição e o sistema recursal - sempre foram vistos como artifícios protelatórios e uma forma de assegurar a impunidade desses crimes.

A abdicação da utilização desse meio de obtenção de provas na investigação da criminalidade organizada, para Paulo Lima (2015, p. 126), implicaria numa “saraivada sem fim de absolvições”, já que a dependência dos métodos tradicionais de persecução (a exemplo da prova testemunhal, prisões em flagrante delito e confissão) exigem a produção de uma prova diabólica para ensejar condenação.

O autor, na posição de juiz federal, assevera que o magistrado, nesses casos, deve se contentar com a prova possível de ser obtida, sob pena de colocar sua tranquilidade pessoal acima da responsabilidade enquanto julgador.

Conforme Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2018, p. 17), as delações premiadas firmaram-se no direito brasileiro, desde a Operação Lava Jato, como um instrumento jurídico paradigmático no combate aos delitos de corrupção. Para esses autores,

[...] dadas as grandes proporções que assumiram as investigações e processo criminais, **se percebeu a possibilidade de experimentação do processo penal como instrumento de modificações estruturais** (“*structural reform litigation*”), **com pretensões muito mais ambiciosas do que unicamente responsabilizar individualmente pessoas físicas pelos crimes que cometeram. Ou seja, o foco do processo penal passou a ser a utópica derrocada do próprio sistema corrupto**, instaurando-se assim a lógica pragmática economicista enquanto tônica do processo penal. (2018, p. 43) Grifo meu.

Analisando o instituto sob o enfoque da terceira via do direito penal, os defensores das delações premiaias são grandes entusiastas da reparação do dano causado. Num contexto de repressão aos delitos de ordem econômica, como a lavagem e o desvio de dinheiro, elas vêm sendo largamente utilizadas na devolução aos cofres públicos dos montantes subtraídos. (SILVA, M. 2017, p. 295)

Humberto Fabretti e Virgínia Silva (2018, p. 282), dentro desse espectro, pontuam que a justiça penal negociada permite que o caso seja resolvido mais rapidamente do que se fosse seguido todo o rito do processo penal tradicional, contribuindo para aliviar a angústia que a morosidade do Judiciário provoca no acusado, além de implicar em economia processual, tanto para o réu, como para o aparato estatal.

Por fim, há a parcela da doutrina que sustenta a legitimidade do instituto simplesmente por sua conformidade com a tendência internacional da adoção dos mecanismos negociais. Nesse sentido, Antonio Suxberger e Dermeval Filho (2016, p. 378-379) entendem que o implemento das formas pactuadas de solução de conflitos penais, no contexto de expansão da

criminalidade organizada - e, conseqüentemente, na expansão e funcionalização do direito penal - é irreversível.

2. Posições contrárias às delações

Em uma análise contrária ao instituto, Vinicius Gomes de Vasconcellos considera que o implemento das delações premiadas configura uma tentativa, por parte do Estado, em impor ao acusado um ônus que constitucionalmente é seu, que é o de reunir elementos probatórios suficientes para romper com a presunção de inocência do réu. (2018a, p. 123)

Conforme o autor: “[...] O mecanismo da delação implementa-se por meio do incentivo a atitudes antiéticas daqueles perseguidos penalmente, o que rompe completamente com a promessa de atuação eticamente legítima das manifestações do poder estatal”, porque o Estado se vê dependendo - e, inclusive, incentivando - de que o delator considere que a traição aos comparsas seja um melhor negócio do que enfrentar o processo penal. (2018a, p. 124)

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 116) criticam as delações premiadas justamente pelo viés da eticidade²², chegando a, em determinado momento, chamá-las de “traições premiadas”. O fundamento que justifica a importação do instituto, segundo eles, não é o aumento ou sofisticação da criminalidade organizada, mas sim a omissão do Estado em conseguir empregar meios idôneos para combatê-la. Nesse sentido, os autores questionam:

Será legítimo ao Estado lançar mão de um *estímulo à deslealdade e traição* entre parceiros, para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? [...] Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja.

Da mesma forma, manifestam-se Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima (2009, p. 134):

Ao demandar auxílio do criminoso, em face do flagrante déficit de inteligência na investigação, é reconhecida a falência do poder estatal no controle da criminalidade. Por outro lado, como mensagem subliminar, transmite a ideia da virtude da traição e de sua necessidade e indispensabilidade na “guerra santa contemporânea” contra o crime e os delinquentes.

²² Eugênio Pacelli rebate essa crítica, aduzindo que o ordenamento jurídico estabelece a obrigatoriedade de que os cidadãos prestem depoimento acerca das práticas criminosas que presenciam, conforme artigo 206 do Código de Processo Penal. Além disso, questiona a existência de algum tipo de ética delitiva: “Ora, a partir de que ponto dos estudos acerca da ética pode-se chegar à conclusão de que a violação ao segredo da organização criminosa, isto é, ao segredo relativo aos crimes praticados, pode revelar-se eticamente reprovável? Existiria uma ética afastada de quaisquer considerações morais, já que a revelação da existência do crime é a revelação da existência de uma conduta evidentemente contrária à ética e ao Direito? Existiria, enfim, uma ética criminosa?”. (PACELLI, 2017 p. 369)

Vasconcellos compila os argumentos contrários aos mecanismos negociais em duas frentes. A primeira delas acredita que esses institutos promovem uma fragilização do ideal de justiça e relativizam a busca da verdade real no processo. A segunda ocupa-se da violação de direitos e garantias do acusado que a justiça penal pode ocasionar, bem como com a distorção da essência do processo enquanto limitador do poder punitivo. (2018a, p. 145)

O primeiro ponto está mais perfilado com ideais punitivistas e, paradoxalmente, flerta com um dos argumentos utilizados pelos defensores das colaborações, porque afirmam que os acordos promovem a impunidade. Conforme Vasconcellos, essa linha considera que a promessa de uma pena inferior àquela cominada para o tipo penal consiste numa benesse excessiva aos criminosos, e prejudica a suposta função de prevenção geral do direito penal.

O autor aponta que não se filia a essa corrente crítica, senão à segunda, que se encontra alinhada com os preceitos de defesa às garantias e direitos fundamentais e à noção de processo enquanto freio ao excesso de punições. (2018a, p. 146)

Compartilhamos do seu entendimento. Ainda que consideremos errônea a perspectiva de processo penal enquanto obtenção de uma suposta verdade fática, pensamos que o oposto, isto é, o completo abandono da produção de prova, também se mostra inadequado - e é justamente esse ideal que vem sendo proposto pelas formas de justiça negociada, em nome do eficientismo penal.

Como consequência, princípios como o da presunção de inocência, o direito à não autoincriminação e a decisão judicial motivada são flexibilizados e distorcidos, sendo substituídos pela presunção de culpa ou até por um dever de colaboração.

Nesse sentido, Rafael Catani Lima (2018, p. 377-378) entende que a principal questão controversa nas delações premiadas é a deturpação da distribuição do ônus da prova. É cediço que, no processo penal, a obrigação de comprovar a materialidade do delito e sua autoria recai sobre a acusação. No entanto, ao valer-se das colaborações, o Estado menospreza a perfectibilização de métodos investigatórios, pois lhe é mais confortável a posição de mero captador das informações fornecidas diretamente pelo delator. Assim, na sua concepção:

“[...] Em que pese a Lei nº 12.850/13 tenha trazido o procedimento necessário para a feitura dos acordos de colaboração, suprindo, assim, a lacuna legislativa existente até então, infelizmente não se pode dizer que a mencionada lei tenha suprido as ofensas ao devido processo legal, em sua acepção material, representando, por isso, um novo sistema de combate com resquícios de procedimento medieval e altamente inquisitório, pois desestrutura toda a lógica do processo penal acusatório, desde a distribuição do ônus da prova até o (in)efetivo contraditório [...]”. (2018, p. 372)

A crescente utilização dos mecanismos negociais acaba por criar um processo de adaptação nos atores jurídicos - que, ao contrário do que os defensores desses métodos propagam, são os reais beneficiários desses instrumentos.

Aos juízes e promotores a barganha mostra-se muito conveniente, pois o papel dos primeiros fica restrito à mera homologação dos acordos, e aos segundos é garantida a condenação do réu sem que se desvencilhem propriamente do dever de reunir provas. Além disso, ambos conseguem satisfazer a sanha do clamor público por punições mais céleres e mais numerosas, ao mesmo tempo em que atingem as metas de produtividade de suas instituições. (VASCONCELLOS, 2018a, p. 157-160)

Os instrumentos de justiça penal pactuada também afetam negativamente as relações entre defensor e acusado, pois tendem a provocar comportamentos na defesa técnica que podem ser contrários ao interesse do réu. Além disso, tratando-se de interesses econômicos, vem a ser mais vantajoso ao advogado que aconselhe seu cliente a aceitar o acordo, ainda que não seja a orientação mais correta, do que despender tempo e recursos financeiros na atuação processual. (VASCONCELLOS, 2018a, p. 180)

Vasconcellos adverte que as consequências oriundas da expansão desses mecanismos podem ocasionar

[...] o ressurgimento da confissão como rainha das provas e fundamento único capaz de sustentar uma condenação; a relativização de regras de exclusão de provas ilícitas, ao passo que não há qualquer controle acerca da motivação da decisão do promotor em barganha; a ofuscação da publicidade, pois as negociações incentivam, inexoravelmente, a ocultação de questões fundamentais da persecução penal; e o desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar, já que o convencimento do acusador público e a determinação dos termos do acordo se fundamentam naquilo produzido nas inquirições pré-processuais. (2018a, p. 171)

Trazendo outra perspectiva, Aury Lopes Júnior (2002, p. 113), compara a justiça negocial a um supermercado: os preços dos produtos já vêm previamente estabelecidos, e o consumidor não pode fazer nada senão aceitá-los. Na prática, os acordos de barganha se assemelham muito mais a contratos de adesão, pois o réu, caso queira se beneficiar do negócio, é obrigado a aceitar as cláusulas que lhe são impostas.

Afrânio da Silva Jardim (2018, p. 50) aponta que o aspecto de oportunidade da ação penal, introduzido pelo mecanismo de delações premiadas no artigo 4º, §4º da Lei nº 12.850/13, constitui uma afronta a preceitos constitucionais. Isso porque a Constituição de 1988 só admite

a justiça penal pactuada nos crimes de menor potencial ofensivo²³, através das transações penais e suspensão condicional do processo, não sendo aplicável, portanto, a crimes mais graves.

Além disso, ele coloca em dúvida a possibilidade de fiscalização do instituto, pois, a partir do momento em que se permitir a abdicação, por parte do Ministério Público, do oferecimento da denúncia - isto é, a substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade da ação penal, tornando discricionária a atividade persecutória -, se estaria comprometendo a segurança jurídica e a isonomia dos casos. (JARDIM, 2018, p. 50)

Como seria possível - questiona o autor -, num país de dimensões continentais como o nosso, proceder à fiscalização da atuação de cada membro do Ministério Público (desde promotores de justiça de primeiro grau, até o próprio Procurador Geral da República) com a finalidade de conferir se os acordos de não persecução penal foram realizados de forma idônea, dentro dos parâmetros legais, ou se não são fruto de ameaça ou favorecimento pessoal?

Já do ponto de vista da criminologia crítica, as colaborações premiaias tampouco se sustentam. Michelle Barbosa Brito (2018, p. 310) afirma que, embora as novas formas repressivas coloquem sob holofote a criminalidade de colarinho branco, ainda assim o encarceramento não é o típico destino dessa nova clientela.

Os mecanismos de barganha e justiça penal negociada apresentam-se como alternativas para impedir que esses agentes sofram o mesmo nível de estigmatização que os denominados criminosos comuns. Isso porque propositalmente possibilitam, muitas vezes ao arrepio da Lei de Execuções Penais, que o sentenciado usufrua de outras formas de sanção que não o encarceramento, a exemplo das prisões domiciliares diferenciadas e das progressões antecipadas de regime. Nas palavras da autora (2018, p. 313):

Enquanto que para os indesejados a prisão segue com sua função de limpeza social, **para os criminosos de colarinho branco o dispositivo carcerário, quando aplicado, tem sido utilizado como parte da estratégia adotada pelas instâncias de controle formal no combate à “criminalidade” dos poderosos.**

Não se busca, ao fim e ao cabo, a segregação, imobilização ou exclusão dos clientes VIPs do espaço social, tal como ocorre com os clientes habituais do sistema, que cometem os chamados “crimes de rua”. **A prisão, para o cliente de colarinho branco, tem outra funcionalidade e, por essa razão, não se almeja que seja duradoura.** (grifei)

Mesmo que não se possa falar que as colaborações premiaias representam uma mudança de paradigma na forma do exercício punitivo, sua introdução no direito brasileiro alterou as

²³ Nesse sentido é a redação do artigo 98, inciso I da Constituição Federal: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: **juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo , permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. Grifo meu.

estruturas do sistema penal. A partir delas, configurou-se um “novo regime de verdade”, no qual o direito - e o direito penal é uma expressão evidente disso - passa a ser regido por leis econômicas, mercadológicas, incorporando as formas privadas (CASTRO, M. 2018, p. 206).

Nesse sentido, Matheus Castro alerta:

No nível da criminalização primária, **as pressões para que se expandam os instrumentos ligados ao instituto da colaboração premiada para todo o ordenamento serão inevitáveis, transformando todo o sistema penal em um mercado das penas criminais, em que o definidor de sua aplicação ao caso concreto deixa de ser o convencimento do magistrado e passa a ser o negócio realizado pelas partes**, buscando evitar os resultados imprevisíveis da ação penal. No nível da criminalização secundária, **expandem-se as formas de atuação dos órgãos ligados à persecução**, a Polícia e o Ministério Público, com incremento dos instrumentais do poder punitivo pela via da negociação e da especulação no mercado das colaborações. Ainda nesse âmbito, pode-se antever a **utilização estruturalmente seletiva da colaboração premiada na escolha ou eleição da clientela do sistema penal, conforme os inimigos eleitos pelo discurso de emergência do momento**, o que é amplamente apoiado por instrumentos midiáticos que compõem o âmbito não estatal do controle social. (2018, p. 208) Grifei.

Na mesma toada, Maurício Stegemann Dieter ensina que, com o nascimento da denominada “criminalidade organizada”, o Estado advogou a ideia de que os direitos e garantias fundamentais precisavam ser mitigados, sob pena de não se conseguir combatê-la. Sendo assim, com o auxílio da mídia, clamou-se cada vez mais pela utilização de novas técnicas e poderes de investigação, traduzindo-se no poder de repressão antecipada da criminalidade, e um retorno ainda mais intenso ao modelo inquisitório. (2010, p. 51-52)

A adoção dessa ferramenta negocial provoca mudanças e a necessidade de adaptação no sistema de avaliação e produção das provas, já que o magistrado é colocado na posição de mero homologador do acordo entabulado entre delator e Ministério Público; no sistema de produção de provas, que é encurtado; na relação entre os agentes estatais envolvidos com a punição, pois é conferido maior poder ao *parquet*; na relação entre acusação e defesa, com o aprofundamento do desequilíbrio entre o contraentes; e na própria relação entre os corréus ou partícipes, que passam a ser vistos apenas como objetos da especulação do mercado das colaborações. (CASTRO, M. 2018, p. 209-213)

3. A posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vem, ao longo dos anos, progressivamente acatando as colaborações premiadas como instrumento de resolução de litígios na esfera penal. No presente tópico, serão analisadas mais detidamente as decisões proferidas no Habeas Corpus nº

127.483/PR²⁴ e Petições nº 7.074/DF²⁵ e nº 7.265/DF²⁶, pois reputadas paradigmáticas na formação da percepção da Corte acerca do instituto.

A primeira oportunidade de reconhecimento da constitucionalidade das delações premiadas ocorreu por meio do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no Habeas Corpus nº 90.688-5/PR²⁷, que defendeu que o delator desempenha um papel de colaborador com a justiça, em respeito ao preceito constitucional que estabelece que o zelo pela segurança pública é dever e responsabilidade de todos os cidadãos.

Desde então, quanto à legitimidade das colaborações premiadas enquanto novo instrumento de investigação, o Supremo tem se manifestado na mesma linha da parcela doutrinária que a defende, reputando-as necessárias num contexto de combate à criminalidade de colarinho branco e de organizações criminosas, conforme votos dos Ministros Luís Roberto Barroso²⁸ e Cármen Lúcia²⁹ na Petição nº 7.074/DF, e Ministro Ricardo Lewandowski no Habeas Corpus nº 90.688/PR³⁰.

No tocante à controvérsia doutrinária tratada brevemente no tópico 1.1, o STF ainda não decidiu definitivamente acerca dos papéis que desempenham magistrado e Ministério Público na apreciação das cláusulas do contrato de colaboração.

No julgamento da PET nº 7.074/DF, a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Relator Edson Fachin no sentido de estabelecer que ao juiz cabe apenas a homologação do acordo, sem realizar qualquer juízo de mérito acerca do conteúdo pactuado, devendo se ater à

²⁴ O julgamento foi realizado em 27/08/2015, em Plenário, com a relatoria do Ministro Dias Toffoli. A ordem foi denegada por unanimidade pelos presentes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 28 out. 2019.

²⁵ Julgamento realizado em 29/06/2017, pelo Pleno do Supremo, com relatoria do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314255643&ext=.pdf>. Acesso em 28 out. 2019.

²⁶ Julgada monocraticamente em 14 de novembro de 2017, pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>. Acesso em 28 out. 2019.

²⁷ O julgamento ocorreu em 12/02/2008, na 1ª Turma, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>. Acesso em 28 out. 2019.

²⁸ O Ministro manifestou-se desta forma: “[...] Na criminalidade do colarinho branco, na criminalidade em que há lavagem de dinheiro, ocultação da trajetória do dinheiro, multiplicação de contas no estrangeiro, pelas quais circula o dinheiro, para disfarçar a titularidade, muitas vezes, sem a colaboração premiada, não é possível a persecução penal. Portanto, por menos entusiasmo que se tenha pelo instituto, a verdade é que ele se impõe como uma necessidade da investigação penal, pelo menos de um certo tipo de criminalidade, na quadra atual da história da humanidade”. (p. 47-48 do acórdão).

²⁹ As palavras da Ministra foram as seguintes: “Esse instituto se mantém em vigor, sem ele não se teria chegado ao ponto das investigações e do processo de apuração e de depuração dos crimes, objeto de julgamentos que hoje estarrecem a Nação. Esse é um instituto, portanto, essencial, muito bem-vindo na legislação penal [...]”. (p. 309-310 do acórdão).

³⁰ Para ele, as delações são “um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados”.

verificação da regularidade formal, da legalidade das cláusulas, e da voluntariedade do agente colaborador.

A divergência, na oportunidade, ficou por ocasião do voto do Ministro Gilmar Mendes, o membro mais crítico da Corte com relação às delações premiadas. Citando os acordos de colaboração de Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, o Ministro afirma que os negócios entabulados em sede da Operação Lava Jato reiteradamente desrespeitam os parâmetros constitucionais. O que se verifica, na prática, segundo ele, é a usurpação, por parte do Ministério Público, das funções jurisdicionais de dosimetria da pena, fixação de regime, estabelecimento do início do cumprimento da sanção e concessão de redução e perdão da pena.

Discordando do voto do relator, o Ministro aduziu que o juiz poderia, sim, realizar um controle mais profundo com relação à legalidade das cláusulas, pois, não sendo ele parte no acordo de colaboração, não estaria vinculado àquilo que foi convencionado. Entretanto, completa, “isso não quer dizer que o julgador esteja livre para ignorar a sanção acordada”, porque, cumpridas as exigências, e sendo efetivamente hipótese de aplicação do benefício, ele tem o dever de conceder as benesses. Em suas palavras:

No curso do julgamento, mencionou-se que o sistema acusatório confere a iniciativa privativa para a ação penal pública ao Ministério Público. No entanto, **o sistema acusatório não impede que a lei confira ao Juiz o poder de fiscalizar a legalidade dos atos do MP** (sic). O controle do MP (sic) pelo Juiz é tradicional em nosso direito. Um promotor não tem nem sequer o poder de arquivar um inquérito. O Juiz pode controlar mesmo essa corriqueira providência, na forma do art. 28 do CPP. **Também a lei deu ao Juiz o poder-dever de controlar a legalidade dos acordos de colaboração, inclusive recusando ou adaptando o acordo ilegal art. 4º, § 8º** (sic). [...] Compete à Corte realizar o controle efetivo e eficaz dessa legalidade, que tem como limite apenas o espaço conferido pela lei para o juízo de conveniência e de oportunidade da acusação e da defesa. Trata-se de uma exigência não apenas da lei, mas da própria Constituição, na medida em que a delação é altamente invasiva aos direitos fundamentais dos delatados. (grifei - p. 305-309 do acórdão)

O Ministro Luís Roberto Barroso opôs-se a essa visão³¹. Isso porque, já que a legislação conferiu a possibilidade de o Ministério Público até mesmo deixar de oferecer denúncia contra o réu, pela lógica de “quem pode o mais, pode o menos”, não haveria prejuízo em beneficiar o colaborador com uma redução de pena superior àquela prevista na Lei nº 12.850/13.

No entanto, apenas alguns meses após a apreciação da Petição nº 7.074/DF, quando do julgamento da Petição nº 7.265/DF, o relator Ministro Ricardo Lewandowski entendeu de maneira diversa. Ele pontuou, na oportunidade, que, embora o poder judiciário não possa realizar um juízo de conveniência e oportunidade em relação ao acordo, porque esta é a

³¹ Essa manifestação pode ser conferida à página 196 do referido acórdão.

prerrogativa do Ministério Público, ainda lhe cabe a função de analisar as cláusulas a fim de prevenir flagrantes ilegalidades.

Sendo assim, o Ministro deixou de homologar o negócio firmado entre o *parquet* e o colaborador Renato Barbosa Rodrigues Pereira, pois reputou ilegais as disposições do contrato que fixavam regime de cumprimento diverso dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 do Código Penal³², em violação aos preceitos constitucionais da *nulla poene sine lege* e *nulla poene sine iudicio*³³. O Ministro assim se manifestou:

[...] não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador. [...] Como é de conhecimento geral, **o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.** [...] **O mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento da pena**, o qual deve ser estabelecido pelo magistrado competente, nos termos do disposto no art. 33 e seguintes do Código Penal, como também no art. 387 do Código de Processo Penal, os quais configuram **normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração.** (o grifo não se encontra no original - p. 21-22 da decisão)

O Plenário, na apreciação do Habeas Corpus nº 127.483/PR, seguindo entendimento já consolidado pelo julgamento do Habeas Corpus nº 99.736/DF³⁴, também definiu que, produzidos os resultados almejados no acordo de colaboração, o benefício pactuado constitui direito subjetivo do delator, em respeito à garantia da segurança jurídica. Isso se justifica porque, no âmbito de um negócio jurídico, ambos os contraentes adquirem direitos e obrigações, e o Estado não poderia se furtar de cumprir com seu encargo.

No julgamento da Petição nº 7.074/DF, o Ministro Alexandre de Moraes, quando de seu voto, inseriu o instituto das delações premiadas em conformidade com o sistema processual penal acusatório estabelecido pela Constituição de 1988.

³² A cláusula 5ª do acordo estabelecia o seguinte: “[...] a pena acordada é a condenação à pena unificada de **4 anos de reclusão**, nos processos penais que vierem a ser instaurados com esteio nos fatos objetos deste acordo, **em regime fechado**, a ser cumprido, em estabelecimento prisional, nos termos da lei penal; 2) **A pena de reclusão prevista no item 1 acima, será cumprida da seguinte forma: a) recolhimento noturno, pelo prazo de 1 ano, consubstanciado no recolhimento domiciliar** de segunda-feira a domingo, a partir das 20:00 até as 06:00, reservada a possibilidade da realização de viagens nacionais e internacionais a trabalho mediante prévia autorização do juízo competente; **b) prestação de serviços à comunidade traduzida no atendimento por 20 horas semanais em entidade filantrópica pelo prazo de 03 anos**, devendo, esta pena ser executada no prazo máximo de 04 anos. [...]”. Grifei. O acordo encontra-se disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>. Acesso em 27 de out. de 2019.

³³ Os referidos mandamentos encontram-se positivados nos incisos XXXIX e LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com a respectiva redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³⁴ O julgamento foi realizado em 27/04/2010, com relatoria do Ministro Carlos Britto, no âmbito da 1ª Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611540>. Acesso em 28 out. 2019.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na mesma oportunidade, embasou seu voto na diferença entre os sistemas processuais penais romano-germânico e anglo-saxão. Aduz ele que, no modelo adotado pelo Brasil, de matriz continental, o juiz desempenha um papel de protagonismo em função da cláusula de inafastabilidade da jurisdição, sendo-lhe incumbido o dever de descobrir a verdade real por meio do processo.

Por outro lado, ao órgão acusador caberia uma dupla função: perseguir a condenação do acusado - já que, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, não existe margem para discricionariedade - e fiscalizar a atuação do magistrado e zelar pelo interesse público.

Com a devida vênia, não nos parece acertada essa visão. A começar que, conforme aventado anteriormente, julgamos já ultrapassada a ideia de verdade real³⁵. Além disso, considera-se que a Constituição Federal de 1988 substituiu o sistema processual penal inquisitório pelo acusatório, mais preocupado com as garantias do réu frente ao poder punitivo do Estado. Sendo assim - e essa questão será melhor desenvolvida em tópico posterior -, não se pode, ainda, defender o protagonismo do juiz no processo penal.

Tampouco se concorda com a perspectiva defendida pelo Ministro Celso de Mello. Para ele, repetindo a argumentação firmada no Mandado de Segurança nº 34.831/DF, as colaborações premiadas se inserem no âmbito da justiça penal convencional, com o objetivo precípuo de promover o consenso entre as partes e facilitar a resolução do caso conforme a vontade dos contraentes.

Pensamos que, ainda que se analise a questão puramente sob o viés civilista da autonomia da vontade, é cediço que só poderá haver negociação idônea quando as partes se encontram em igualdade de condições de barganhar.

Além disso, conforme análise histórica da importação do instituto realizada no tópico 1.2 do Capítulo 1, os mecanismos de negociação são produto de um contexto de emergência

³⁵ Nesse sentido é a doutrina processual penal contemporânea, conforme Aury Lopes Jr. e Eugênio Pacelli: “Dessarte, há que se ‘des-cobrir’ (sic) a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que ‘os fins justificam os meios’. Assim, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual. [...] Portanto, quem fala em verdade real confunde o ‘real’ com o ‘maginário’ (sic), pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação”. (LOPES JR., 2016, p. 208-209). “Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa”. (PACELLI, 2017, p. 177)

penal, dominado por ideais eficientistas, no qual a população clamava por punições mais céleres e severas e pelo fim da impunidade.

Não se pode falar, portanto, sob um aspecto de seu objetivo real, que a justiça penal negociada almeja a solução consensual de conflitos; ao contrário, o seu objetivo é justamente alcançar a punição do acusado por uma via abreviada, sem que se tenha que passar pelo procedimento penal tradicional.

Os mecanismos já introduzidos em nossa legislação - suspensão condicional do processo, transação penal e, mais recentemente, as delações premiadas - não priorizaram a previsão de procedimentos pelos quais o acusado possa efetivamente discutir a sua posição no acordo. Na prática, percebe-se que ao réu não é facultado efetivamente negociar acerca das condições do negócio, senão tão somente acatar as cláusulas oferecidas pelo Ministério Público.

Conforme entendimento firmado na apreciação do Habeas Corpus nº 127.483/PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou, respaldado na previsão do artigo 8º, inciso 2, alínea “f” da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁶, que a possibilidade de o réu delatado confrontar em juízo o depoimento do colaborador lhe confere uma paridade de armas em relação ao órgão acusador.

A doutrina mais crítica se mostra avessa a essa compreensão. Matheus Felipe de Castro (2018, p. 202-204), entendendo que a Lei nº 12.850/13 estabelece uma relação mercadológica negocial entre as partes, aduz que jamais haverá igualdade de condições de barganha entre Ministério Público e o réu colaborador, porque o órgão acusador dispõe de um bem simbólico e imprescindível ao acusado, a liberdade.

Sendo assim, quando um recurso é escasso para uma parte e ilimitado para a outra, cria-se o fenômeno da especulação, que consiste na desigualdade extrema de condições entre os contraentes. O indivíduo não dispõe do aparato instrumental que o Estado possui e, dessa forma, jamais conseguirá participar de forma equânime na negociação da pena.

Conclui-se, portanto, da análise das decisões paradigmáticas acima citadas, que, ainda que a Corte Suprema não tenha assentado definitivamente todos os contornos dogmáticos das delações premiadas, não há, mesmo entre seus membros mais críticos, um questionamento quanto à legitimidade do instituto. Ao contrário - e essa percepção ficou mais evidente a partir dos recentes escândalos de corrupção que vieram à tona por meio da Operação Lava Jato - os

³⁶ Cujá redação integral é a seguinte: “Artigo 8º - Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Ministros filiam-se à corrente doutrinária que as consideram instrumento de investigação do qual não mais se pode abdicar no direito brasileiro.

CAPÍTULO III - A INCOMPATIBILIDADE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1. As delações premiadas nos sistemas processuais penais tradicionais

1.1. As matrizes históricas e conceituais dos sistemas inquisitorial e acusatório

O desenvolvimento do sistema inquisitório está intimamente atrelado à crise de legitimidade que a Igreja Católica enfrentou a partir da ascensão da burguesia, no período que ficou conhecido como Baixa Idade Média.

Como forma de superar a progressiva perda de poder e influência, as autoridades máximas católicas elaboraram, no IV Concílio de Latrão, realizado em 1215, uma série de procedimentos para a criminalização, investigação e repreensão dos dissidentes da fé, os hereges. (COUTINHO, 2010, p. 103-105). Esse processo caracterizou-se pela atribuição de largos poderes ao julgador, que atuava de ofício na produção probatória; pela extinção de qualquer possibilidade de contraditório por parte do acusado; por um rito e uma acusação secretas; e, principalmente, pelo emprego da confissão como principal método de prova. (ANDRADE, 2013, p. 148)

Assim nascia uma das principais ideologias definidoras da matriz inquisitorial: a crença de que o acusado detém em si a verdade real do processo, a qual deve ser extraída independentemente de sua vontade, utilizando-se de coação física e psicológica, se necessário. A admissão de culpa mostrava-se extremamente favorável ao inquisidor, pois permitia que obtivesse acesso às motivações do espírito maligno que determinou a prática do crime. Nesse sentido, Paulo César Busato afirma que:

O modelo inquisitivo, como se sabe, tem por base a ideia de que é possível, através do método processual, reproduzir a verdade absoluta dos fatos. Esta descoberta da verdade real seria a única forma de repetir, na justiça dos homens, o perfil da justiça divina, pois ela permitiria afirmar o que realmente aconteceu, assim, para atingi-la, seria válido o emprego de qualquer meio. (2010, p. 136)

Paralelamente, na Inglaterra, surgiam os primeiros esboços do sistema acusatório, também advindo de motivações políticas. Num período de eclosão de movimentos populares de insurgência contra o poder real, a estratégia adotada não foi a repressão direta, como ocorreu no sistema inquisitorial, mas a divisão dos poderes de gestão. Nesse sentido, concebeu-se a criação de um procedimento democrático de tomada de decisões, o *Grand Jury*, composto por um corpo de jurados advindos do povo. Neste rito, acusação e defesa debatiam e traziam provas,

defendendo posições diametralmente opostas e, ao final do processo, o acusado era sentenciado por seus pares, cabendo ao soberano tão somente a execução da pena. (COUTINHO, 2010, p. 107-108)

De acordo com Geraldo Prado (2005, p. 153-156), o sistema inquisitorial começou a ter seus ideais questionados com a ascensão dos ideais iluministas, a eclosão da Revolução Francesa e a consequente tentativa de secularização do Estado. Na França, abriu-se espaço para a progressiva adoção de mecanismos processuais típicos do sistema acusatório, a partir da divisão do processo penal em dois momentos: a investigação e a instrução.

O primeiro deles, a investigação, tinha por característica marcante a atuação de um juiz-inquisidor, que procedia à colheita secreta de elementos que constituiriam o núcleo de trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte, sem qualquer participação do acusado ou direito de defesa. Já no segundo, a instrução, todas as atividades eram praticadas publicamente, garantindo às partes o direito de controvérsia e debate no maior nível possível de igualdade e paridade de armas.

Essa concepção inicial é denominada pelo referido autor como “sistema inquisitorial garantista”, também conhecido atualmente como sistema “acusatório formal” ou “misto”. O primeiro diploma legal que a adotou foi o *Code d’instruction criminelle* francês de 1808.

A partir da evolução histórica e filosófica do sistema acusatório, a doutrina atualmente o concebe enquanto um complexo no qual a plena igualdade entre as partes no processo depende da imparcialidade do julgador. Essa ideia preceitua não só a abstenção do juiz em participar da acusação, mas, também, de que sua tarefa primordial advém da consciente e meditada opção entre duas alternativas: condenar ou absolver; as quais, durante todo o transcurso do procedimento, manteve-se igualmente suscetível de acatar. (PRADO, 2005, p. 178)

Além disso, para Geraldo Prado (2005, p. 178), o sistema acusatório também é caracterizado pela acusação enquanto prerrogativa exercida por pessoa distinta daquela que é incumbida de julgar, além de uma gestão da prova e uma titularidade da ação penal que escapam às mãos do juiz.

Nas concepções de Matheus Castro (2018, p. 181) e Aury Lopes Jr. (2013, p. 32-33), a distinção entre sistema acusatório e inquisitório não pode mais se ater meramente à separação de competências entre órgão acusador e órgão julgador. Esse critério de distinção já não é suficiente quando analisados os estudos mais recentes sobre o funcionamento do sistema inquisitorial. Dessa forma, para esses autores, a principal diferença entre os dois modelos reside na *gestão da prova*: se a sua produção cabe às partes, então estamos diante do sistema

acusatório; se, ao contrário, a prova puder ser produzida de ofício pelo juiz, trata-se do modelo inquisitório.

Para Jacinto Nelson Coutinho (2010, p. 110), não existe mais, no mundo inteiro, nenhum sistema processual penal que seja integralmente puro. O que se verifica, conforme aduz o autor, é a adoção de sistemas mistos, caracterizados não pelo somatório de elementos que integram os dois modelos, mas sim pela prevalência, em uns, de aspectos do sistema inquisitório e, em outros, do sistema acusatório.

No entanto - conforme entendimento de Franco Cordero (apud BORGES, 2010, p. 26-27), com o qual concordamos -, a ideia de sistemas denominados “mistos” já se encontra ultrapassada. Na prática, existem modelos predominantemente inquisitórios, com adição de elementos acusatórios, ou modelos majoritariamente acusatórios, com resquícios de inquisição.

É o caso do modelo vigente no Brasil, no qual se verifica forte prevalência inquisitorial. Nossos Código Penal e Processual Penal, datados da década de 1940, foram diretamente influenciados pelo ordenamento jurídico criminal italiano, elaborado por Alfredo Rocco, ministro da justiça do governo de Mussolini. O ideário por trás desses diplomas legais, conforme seus pares concebidos na Itália fascista era sistematizar o processo penal através de uma norma que propiciasse ao Estado uma forma de punir eficientemente os seus inimigos (SCANDELARI, 2010, p. 177).

Geraldo Prado, no entanto, considera que a Constituição Federal de 1988 implicitamente adotou o sistema acusatório no processo penal, de matriz evidentemente garantista. (2005, p. 227-229)

Essa afirmação se comprova, de acordo com sua concepção, a partir da redação dos preceitos fundamentais previstos no catálogo do artigo 5º - quais sejam: a adoção do princípio da legalidade no direito penal (inciso XXXIX), presunção de inocência (inciso LVII), direito ao contraditório e ampla defesa (inciso LV), a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente (inciso LVI), vedação à tortura (inciso III) e a penas de caráter perpétuo e cruéis (inciso XLVI e alíneas), e no artigo 129, I³⁷, o qual estabelece a iniciativa privativa do Ministério Público na propositura da ação penal pública.

Além disso, a Carta de 1988 também firma a competência do Ministério Público e da Polícia Civil na fase de produção de provas e investigação do indiciado³⁸. Essa seria, para o

³⁷ Cujas redação é a seguinte: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

³⁸ Conforme preceituam os artigos 129, VIII e 144, §4º, respectivamente: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” e “Art. 144, § 4º Às polícias civis, dirigidas por

mencionado autor, uma evidência de superação das nuances inquisitoriais. No entanto, entendemos que essa previsão não se mostra suficiente, tendo em vista que a referida norma superior deixou de vedar expressamente a participação do magistrado na fase instrutória.

Entretanto, Roberta Andrade (2013, p. 156-157) advoga que ainda não houve a plena adequação dos dispositivos penais e processuais penais do Código de 1941 com as garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Para ela, essa omissão configura uma verdadeira inconstitucionalidade e inversão da pirâmide normativa, pela qual uma lei infraconstitucional tem mais aplicabilidade do que um preceito emanado de diploma superior. Isso se deve, segundo a autora, a uma incompleta transição do período ditatorial militar para a Nova República democrática.

Em sua concepção, ademais, a ideia de que exista um sistema misto – conhecido como acusatório formal, ou, ainda, inquisitório garantista – é equivocada, porque os dois modelos se contrapõem e se anulam. A mera verificação de uma separação de atividades entre acusação e julgamento, de princípio da oralidade e publicidade, de livre convencimento do juiz, entre outras características, não bastam, por si sós, para a configuração do sistema acusatório. (ANDRADE, 2013, p. 156-157)

O que ocorre no atual modelo é que algumas brechas trazidas na legislação processual penal ainda permitem uma atuação de ofício por parte do magistrado. São elas: a possibilidade de requisição de instauração do inquérito policial³⁹, determinação da produção de provas⁴⁰, inquirição de testemunhas⁴¹, decretação da prisão preventiva⁴² e condenação do réu, ainda que o Ministério Público tenha pedido sua absolvição⁴³. Para Nereu Giacomolli (2015, p. 148),

delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

³⁹ Nesse sentido é a redação do artigo 5º, II do Código de Processo Penal: “**Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: mediante requisição da autoridade judiciária** ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Grifei.

⁴⁰ Conforme dispõe o artigo 156 do CPP: “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**”. Grifei.

⁴¹ Assim estabelece o artigo 209 do CPP: “**O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas**, além das indicadas pelas partes”. Grifei.

⁴² “Art. 311. **Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício**, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Grifo meu.

⁴³ “Art. 385. Nos crimes de ação pública, **o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição**, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”. Grifo meu.

todos os dispositivos acima são resquícios da ideologia da busca da verdade real, típica do sistema inquisitorial.

1.2. As delações premiadas sob a ótica dos dois sistemas

Roberto Kant Lima e Glaucia Mouzinho defendem que as colaborações premiadas são típico instituto de matriz inquisitorial. Realizando um paralelo com a confissão - considerada a “rainha das provas” naquele sistema -, os referidos autores aduzem que os inquisidores comumente se valiam do emprego de métodos coercitivos, como a tortura, para coagir o acusado a confessar a prática da infração penal. Isso porque, por meio da admissão de culpa, é possível descobrir a motivação do réu, bem como obter uma confirmação formal daquilo que as autoridades já haviam tomado conhecimento através da prévia reunião de provas. (2016, p. 515)

Para Foucault (2013, p. 37-41), a confissão nada mais é do que o chamamento do acusado ao processo para que ele desempenhe um papel na construção da verdade real contra si. É o momento em que o próprio investigado dá o atestado de que todos os indícios construídos obscuramente contra ele são legítimos, desincumbindo a acusação do ônus de produzir outras provas.

Além disso, a confissão sempre esteve intimamente relacionada à ideia religiosa de expiação de culpa:

“[...] A confissão no Brasil, processualmente, se constitui inclusive em uma atenuante (Art, 65, II, do Código Penal), merecedora de um prêmio na aplicação de uma pena menor, pois **ela, conservando o mesmo nome do instituto religioso, implica não só a submissão do acusado à acusação do Estado, como também o arrependimento daquele que confessa e, em consequência, a sua salvação espiritual**”. (LIMA, MOUZINHO, 2016, p. 515) Grifei.

Nesse sentido, Matheus Castro (2018, p. 183-185) entende que as delações premiadas derivam diretamente das confissões. Previstas já no *Directorium Inquisitorum*⁴⁴, configuram uma prática recorrente há muitos séculos, e é apenas mais recentemente que lhes foi atribuído o estigma negativo que possuem. À época, eram largamente incentivadas pelos inquisidores, pois o ato de delatar os pecados de terceiros era visto como obediência à fé divina.

Roberto Lima e Glaucia Mouzinho (2018, p. 515) criticam a associação desse instituto ao direito anglo-saxão e ao *plea bargaining*, porque, nos Estados Unidos, país que utiliza

⁴⁴ Também conhecido como o Manual dos Inquisidores, trata-se de um documento elaborado por Nicholas Aymerich, datado do século XIV, que tinha por finalidade descrever os procedimentos a serem aplicados na caça às bruxas. (CASTRO, M., 2018, p. 184-185).

largamente os mecanismos de justiça penal negociada, o devido processo legal é um direito ao qual o réu pode renunciar.

No Brasil, ao contrário, não só o oferecimento da denúncia é obrigatório quando verificados os requisitos para a ação penal (conforme será melhor tratado no tópico seguinte), como o processo também o é, pois configura uma garantia constitucional do acusado, impassível de abdicação, portanto.

Máximo Langer (2001, p. 115-120, tradução nossa), por outro lado, defende que os mecanismos de justiça penal negociada têm origem mais compatível com o sistema acusatório - o qual ele denomina “sistema de disputas” - e mais especificamente com o *plea bargaining* do direito estadunidense.

Isto porque, nesse modelo, fundado no contraditório entre as partes, recai sobre acusação e defesa o direito de decidir quanto ao rumo do processo. Dessa forma, não seria lógico que a ação penal tivesse que seguir até o fim se, por exemplo, o réu admitisse sua culpa e aceitasse os termos de cumprimento de pena oferecidos pelo Ministério Público, já que não haveria nenhuma controvérsia a ser dirimida entre as partes.

Assim, para esse autor, os mecanismos de justiça pactual não poderiam ser oriundos do sistema inquisitório - ou “sistema de investigação oficial” -, porque, nele, condiciona-se o término do processo à descoberta de uma suposta verdade real. Como a justiça penal negociada admite que a verdade possa ser relativizada e moldada pelos contraentes, não seria compatível com um sistema que coloca o magistrado, e não as partes, como protagonistas. (LANGER, 2001, p. 119-120, tradução nossa)

Essa perspectiva não nos parece acertada. Consideramos que as delações premiadas se aproximam do sistema inquisitório tanto no aspecto histórico - pois, como visto, encontravam-se previstas já nos procedimentos da Inquisição - quanto no aspecto de sua conceituação dogmática.

Na atribuição de competências no processo penal, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, detém tão somente a pretensão acusatória, isto é, a prerrogativa de apurar e investigar o fato criminoso, oferecer denúncia contra o indiciado e utilizar-se dos meios legais para atingir seu objetivo.

Por outro lado, quem possui a pretensão de efetivamente punir o acusado - o denominado *jus puniendi* - imputando-lhe uma sanção penal, é o Estado, na figura do juiz (LOPES JR., 2016, p. 30). Nesse sentido, Aury Lopes Júnior ensina que:

[...] No processo penal existem duas categorias distintas: o acusador exerce o *ius ut procedatur*, o direito potestativo de acusar (pretensão acusatória) contra alguém, desde

que presentes os requisitos legais; e, de outro lado, está o poder do juiz de punir. Contudo, o poder de punir é do juiz [...], e esse poder está condicionado (pelo princípio da necessidade) ao exercício integral e procedente da acusação. Ao juiz somente se abre a possibilidade de exercer o poder punitivo quando exercido com integralidade e procedência o *ius ut procedatur*. (2016, p. 30)

Não se pode admitir, sob pena de retornarmos às formas inquisitoriais, que o órgão acusador extrapole as suas competências. Percebe-se, nos contratos de delações premiadas, que é o Ministério Público, e não mais o magistrado, quem vem aglutinando em si a função de produzir a prova para a condenação, cominar a pena do acusado e fixar os parâmetros da execução da sanção. Isso quando efetivamente existe a exibição de provas, pois a justiça penal negociada, ao abreviar a fase instrutória do processo, tende a permitir que a condenação seja respaldada apenas nos elementos trazidos pelo delator.

Almeja-se, com a adoção do sistema acusatório, que cada uma das partes assumam seu lugar constitucionalmente demarcado; isto é, que acusação e defesa contraponham-se em suas posições e que o juiz permaneça equidistante delas e alheio à produção da prova.

O que não pode ocorrer, no entanto, é reservar ao julgador a mera tarefa de homologação acrítica dos acordos. Justamente por não assumir a posição de parte no processo - e, portanto, não possuir qualquer interesse na resolução do caso -, deve ser atribuída ao juiz a prerrogativa de análise da legalidade, proporcionalidade e voluntariedade dos contratos de negociação de pena, sob pena de se permitir que o Ministério Público usurpe a função jurisdicional.

2. O princípio processual da obrigatoriedade da ação penal e sua relação com os mecanismos de justiça penal negociada

A discussão dos mecanismos de justiça penal negociada passa, necessariamente, pela distinção entre obrigatoriedade e oportunidade da ação penal⁴⁵, pois são justamente esses princípios que indicarão a permissividade legal do ordenamento jurídico quanto às formas de barganha da pena.

Roberto Kant de Lima e Glaucia Mouzinho (2016, p. 511) diferenciam os dois princípios da seguinte forma: na obrigatoriedade, o não cumprimento das ações prescritas, seja por erro ou omissão, enseja responsabilização por parte do agente público, independentemente das razões e do resultado alcançado. Por outro lado, o cumprimento das obrigações prescritas

⁴⁵ Esses princípios são comumente referidos pela doutrina como princípio da indisponibilidade da ação penal, ou, ainda, da legalidade, e princípio da discricionariedade, respectivamente.

não é capaz de ensejar qualquer bonificação, haja vista que ele estará apenas agindo conforme seu dever.

Já no princípio da oportunidade, a ação perpetrada é fruto de escolha do agente público, que atua conforme parâmetros fixados previamente por sua instituição. O servidor deve justificar suas ações e prestar contas posteriormente e, se obteve um bom resultado, pode vir a ser gratificado.

Nos países que adotam o princípio da oportunidade, geralmente os órgãos que se incumbem da investigação do delito são de natureza administrativa, vinculados ao Poder Executivo, com atuação orientada por critérios de conveniência política e utilidade social. Já nos sistemas que optaram pela obrigatoriedade da ação penal, a investigação é exercício de função pública, exercida por órgãos judiciais e, portanto, sua responsabilidade é jurídica. (COSTA, 2019, p. 802)

Embora não exista determinação legal expressa acerca da adoção do princípio da obrigatoriedade, pode-se depreender, do artigo 24 do Código de Processo Penal, que foi esse o caminho adotado pelo legislador, tendo em vista que o referido dispositivo estabelece que “nos crimes de ação pública, esta **será** promovida por denúncia do Ministério Público [...]”⁴⁶.

No entanto, parcela da doutrina, a exemplo de Gabriel Campos (2012, p. 16), entende que esse comando legal apenas indica a privatividade e a titularidade do órgão para a propositura da ação, abstendo-se de estabelecer qualquer vinculação da atividade.

Não só isso: Tássia Oliveira (2017, p. 251) está entre aqueles que afirmam que a obrigatoriedade da ação penal infringe a prerrogativa de independência funcional dos membros do Ministério Público, fixada no artigo 129, §1º da Constituição Federal, haja vista que “ao se verem obrigados a oferecer a denúncia, sem qualquer margem para análise de conveniência e oportunidade no caso concreto, têm tolhida sua liberdade de convicção”.

De acordo com Nereu Giacomolli (apud DRAGO, 2016, p. 9), a dicotomia entre princípio da legalidade e da oportunidade da ação penal se origina no *civil law* germânico. Ele aduz que “um sistema jurídico penal se rege pela oportunidade quando os encarregados do *ius perseguendi* podem selecionar os fatos que investigarão e também os possíveis autores dos mesmos, frente à *notitia criminis*”. (GIACOMOLLI, 2006, p. 64)

⁴⁶ O grifo não se encontra no original. O Código de Processo Penal prevê, ainda, em seus artigos 42 e 576, outros indícios de indisponibilidade da ação penal por parte do Ministério Público. Suas redações são: “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” e “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”.

Assim, na perspectiva desse autor, já que o Estado não tem capacidade para atuar frente a todas as infrações penais que ocorrem no cotidiano e, em nome do eficientismo do processo, seria aceitável utilizar-se do princípio da oportunidade da ação penal em casos excepcionais.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2018a, p. 40) critica a identificação do princípio da legalidade administrativa com a obrigatoriedade. Para ele, tratam-se de ditames distintos: a legalidade serve para delimitar, na lei, os espaços de atuação do poder público no âmbito criminal, numa perspectiva mais ampla. A obrigatoriedade, por sua vez, é mais restrita e está inserida na legalidade, dizendo respeito especificamente à propositura da ação penal. Para Vasconcellos, admite-se uma margem de excepcionalidade dentro da legalidade, nos casos legais expressamente previstos.

Por outro lado, para o referido autor (2018a, p. 35-36), a oportunidade não se confunde com discricionariedade, porque este último conceito permite a tomada de decisões pautada em critérios subjetivos do acusador (isto é, de foro íntimo, por exemplo). Tampouco colide propriamente com a legalidade administrativa, tendo em vista que apenas abre espaços de exceção ao princípio, mas nunca o nega completamente. (2018a, p. 44)

Dessa forma, ele defende que a margem de decisão que se atribui ao membro do órgão acusador deve estar regida por uma “oportunidade legalmente regulada” (2018a, p. 44-46). Essa noção consiste na autorização de que o *Parquet* deixe de exercer sua prerrogativa de oferecer denúncia, conforme parâmetros legais pré-fixados, e com base em critérios de utilidade, economia processual, política criminal, entre outros, porém nunca a partir de justificativas de cunho estritamente pessoal.

No âmbito da discussão acerca da ligação entre oportunidade e justiça negocial, Vinicius Vasconcellos considera que a adoção da oportunidade se dá em todas as situações em que o processo penal não segue o seu caminho legalmente previsto, seja por opção do acusador, seja pela realização de acordo entre as partes. (2018a, p. 52)

Também nesse sentido, muitos autores entendem que a introdução dos mecanismos de negociação da pena através da Lei nº 9.099/95 consiste numa forma de discricionariedade regrada da ação penal. Aury Lopes Júnior (2016, p. 112) defende que o legislador optou por uma atenuação do rigor dos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, não configurando propriamente uma exceção a essa regra.

Já Nereu Giacomolli afirma que, nas modalidades de negociação de pena previstas pela Lei de Juizados Especiais, não há propriamente discricionariedade por parte do órgão acusador. Preenchidos os requisitos para o oferecimento do acordo, o Ministério Público está obrigado a

propor uma solução mais favorável ao acusado; assim, o referido órgão não deixa de exercer a prerrogativa de persecução acusatória, mas apenas a realiza na forma da propositura de transação (2009, p. 123-124). Sérgio de Souza e Willian Silva se manifestam da mesma forma (2008, p. 35):

Houve efetivamente um abrandamento da aplicação do princípio da obrigatoriedade, pelo menos no que concerne à permissão para que o Ministério Público, presentes as condições impostas em lei, deixe de denunciar e pleitear o início da ação penal, para adotar um procedimento mais célere e simplificado de punição, com a aplicação de penas alternativas à prisão. Obviamente que isso não implica reconhecer que o Ministério Público passou a ter a discricionariedade de decidir se busca uma punição para o infrator ou não (optando pelo arquivamento puro e simples em caso de evidência de crime de menor potencial ofensivo), o que a lei autorizou foi que ele opte por um caminho diverso daquele vinculado ao processo tradicional e, neste contexto, continua o órgão acusatório oficial vinculado à obrigatoriedade de agir, embora para propor transação [...]”.

No entanto, existe uma diferença entre os espaços de oportunidade previstos na Lei nº 9.099/95 e nas delações premiadas. A transação penal, por exemplo, efetivamente é uma medida mais benéfica ao réu, tendo em vista que a sentença jamais terá natureza condenatória, senão homologatória, já que o denunciado não está obrigado a admitir sua responsabilidade. Os acordos de colaboração, por exigirem a admissão de culpa, geram efeitos condenatórios, como a reincidência, e serão cumpridos perante o juízo das execuções penais.

De acordo com Afrânio Silva Jardim (1994, p. 53), no entanto, não se pode falar jamais em mitigação do princípio da oportunidade; ou ele será aplicado em sua integralidade, ou não será. O que sim pode ocorrer é a permissão de sua não-incidência em situações consideradas menos relevantes - a exemplo dos crimes de bagatela, ou os crimes de menor potencial ofensivo. A hipótese de mitigação é absurda para esse autor, pois significaria comandar ao Ministério Público que “‘deva’ agir se julgar conveniente”, atribuindo à instituição uma margem de discricionariedade arbitrária. Em suas palavras:

A rigor, o princípio da obrigatoriedade somente estaria afastado se o Ministério Público, podendo e devendo exercitar a ação, deixa de fazê-lo por motivos de oportunidade e conveniência. Mas aí já não mais estaríamos diante de uma mitigação ao princípio, mas sim diante do próprio princípio da oportunidade. (1994, p. 54)

Parcela da doutrina, mais alinhada com as garantias do processo penal, questiona a rigidez do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Para seus críticos, este princípio seria comumente utilizado para justificar a sanha punitivista do Estado e, em nome do combate à impunidade, emanaria um comando de que o órgão acusador deve indiscriminadamente perseguir todos os crimes sobre os quais toma conhecimento.

Essa posição teórica entende que a obrigatoriedade da ação penal impede a adoção de parâmetros de política criminal e utilidade social, principalmente no tocante à não persecução

dos crimes de bagatela, ou de delitos cuja lesão ao bem jurídico é insignificante. Entretanto, acompanhamos o entendimento de Geraldo Prado (apud VASCONCELLOS, 2018a, p. 43), no sentido de que não há obrigatoriedade da ação penal em casos que carecem de justa causa ou que estão desprovidos de indícios suficientes de autoria e materialidade. Pelo princípio da ofensividade, os crimes insignificantes ou de bagatela já conduziriam, de início, ao afastamento da tipicidade material da conduta, e o Ministério Público não está legitimado a perseguir a condenação de condutas atípicas. Portanto, entendemos que a crítica à obrigatoriedade da ação não encontra fundamento nesse ponto.

É cediço que a busca pelo fim da impunidade é ilusória⁴⁷ e não se está defendendo, neste trabalho, que a obrigatoriedade da ação penal deva ser utilizada para a persecução inflacionada de delitos. O que se pretende é formular uma crítica à utilização seletiva do princípio da oportunidade.

Enquanto que à criminalidade de colarinho branco é oferecido todo um amplo espaço de discricionariedade de atuação do Ministério Público⁴⁸, a clientela tradicional do sistema carcerário continua sendo alvo da persecução penal indiscriminada. Ademais, os mecanismos de justiça penal negociada já existentes em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da transação penal e suspensão condicional do processo, bem como as próprias delações premiadas, não atingem os crimes que inflacionam as penitenciárias brasileiras, mantendo a seletividade do sistema.

Conclui-se que o princípio da obrigatoriedade da ação rege o sistema processual penal brasileiro. Nesse sentido, sua abdicação ou flexibilização, por meio dos acordos de delações premiadas, enseja a coação do acusado a abdicar de direitos e garantias fundamentais.

A inserção de um mecanismo de natureza negocial no âmbito público pretende passar uma visão de primado da autonomia privada e igualdade entre os contraentes; no entanto, na prática, confere ao Ministério Público mais um aparato de persecução penal, sem que, no entanto, se confira um instrumento equivalente à defesa, evidenciando ainda mais a disparidade de armas.

3. A contraposição da justiça penal negociada ao princípio constitucional do devido processo legal

⁴⁷ No âmbito de estudo da criminologia, cunhou-se o termo “cifra negra” ou “cifra oculta”, o qual representa a parcela de condutas típicas praticadas que jamais chegam a integrar as taxas e índices oficiais de criminalidade, devido à impossibilidade material de o Estado perseguir todas as infrações penais. (ANDRADE, V., 2015, p. 261-262.)

⁴⁸ Conforme já visto no tópico 2 do primeiro capítulo, algumas das primeiras formas de inserção da justiça penal negociada foram realizadas em diplomas legais que envolviam a prática de crimes de ordem econômica, a exemplo da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e da Lei de Lavagem de Capitais.

Após a análise das delações premiadas enquanto instituto oriundo do sistema inquisitorial, prosseguiremos, agora, à observação da sua incompatibilidade com os preceitos e garantias firmados pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente em relação ao princípio do devido processo legal e seus desdobramentos.

Esse princípio foi inicialmente concebido, ainda de forma incipiente, na Magna Carta inglesa de 1215⁴⁹. Pressionado pela nobreza, o Rei João Sem-Terra se viu obrigado a outorgar o dito diploma, estabelecendo diversos mecanismos legais que limitavam os poderes do absolutismo, entre eles o do *due process of law*. Referido princípio expandiu-se nos ordenamentos jurídicos, a começar pelos países da *common law* (Estados Unidos da América, principalmente), e depois nos de matriz continental, se fazendo presente na maioria das Constituições atuais. (FERNANDES, 2012, p. 51)

Inicialmente se adotou uma visão individualista do devido processo legal, pela qual sua função seria resguardar direitos públicos subjetivos das partes. No entanto, com a progressiva mudança para uma visão mais publicista, entende-se que o devido processo legal não constitui um direito, mas sim uma garantia. (FERNANDES, 2012, p. 51)

Em nossa Constituição, encontra-se expresso na forma do inciso LIV do artigo 5º, pelo qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Pode-se extrair desse comando inicial outras três determinações: “*nulla informatio delicti sine crimen et culpa*”, pela qual a persecução penal é inadmissível quando a conduta praticada não atende aos planos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e quando não se verificam indícios suficientes de autoria e materialidade; “*nulla poena sine iudicio*”, que estabelece a jurisdicionalização da imposição da pena; e “*nulla executio sine titulo*”, referente à vedação da satisfação punitiva antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória. (TUCCI, 2011, p. 66)

Neste sentido, entendemos que a justiça penal negociada atinge diretamente esses comandos. Para cada conduta criminalizada há a previsão de um procedimento específico correspondente⁵⁰, cuja função é permitir ao réu que desenvolva, de forma mais ou menos extensa, sua defesa no processo (SOUZA; SILVA, 2008, p. 13-14). O procedimento abreviado das delações e demais institutos de barganha permite, em primeiro lugar, que a acusação tome

⁴⁹ Nesse diploma, a redação era seguinte: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

⁵⁰ No Código de Processo Penal, esses ritos são divididos em sumaríssimo, sumário, ordinário, especial, etc.

tão somente as informações prestadas pelo colaborador como causa para a persecução penal; autoriza, também, a imposição de pena por outra instituição que não o Poder Judiciário, já que as partes podem pactuar a sanção e sua forma de cumprimento por meio do acordo; e, por fim, consente que o acusado cumpra pena privativa de liberdade sem o trâmite completo da ação penal condenatória.

O devido processo legal se desdobra em outros princípios essenciais a um processo penal comprometido com os valores preceituados pela Constituição Federal de 1988. Neste trabalho, reputamos que a justiça penal negociada viola mais frontalmente os princípios da presunção de inocência (e, conseqüentemente, da não autoincriminação), do contraditório e ampla defesa e da duração razoável do processo. Suas conseqüências serão analisadas mais detidamente em seguida.

O direito ao contraditório é um exercício dialético que pressupõe a possibilidade de as partes tomarem conhecimento e se manifestarem acerca de todos os atos do processo. Está atrelado ao equilíbrio entre as partes, constituindo o único caminho legal para a imposição da sanção penal (PACELLI, 2017, p. 37). Já o direito à ampla defesa diz respeito à faculdade de o réu exercer a autodefesa (narrando a sua versão dos fatos em interrogatório, por exemplo), mas também de ser assistido por defensor técnico habilitado e que atue conforme o seu melhor interesse. (PACELLI, 2017, p. 175)

Entendemos que as delações premiadas representam uma ameaça a esse princípio, pois os acordos oferecidos pelo Ministério Público não raro consistem em “contratos de adesão”, com a adoção de cláusulas contra as quais o acusado possui ínfimo, senão nulo, poder de negociação, sendo inclusive levado a abdicar de garantias fundamentais.

Mais ainda: conferem amplos poderes à Polícia e ao Ministério Público na fase de inquérito, onde marcadamente a possibilidade de defesa é mitigada⁵¹, reforçando o aspecto inquisitorial desse instrumento.

Ademais, os mecanismos negociais também prejudicam a atuação defensiva, já que os advogados se veem obrigados a sustentar entendimentos contrários ao interesse de seus clientes, além de relegar as teses defensivas tradicionais a um plano secundário, priorizando as habilidades de barganha.

A presunção de inocência também é diretamente afetada. Trata-se de um preceito de natureza eminentemente acusatória, não podendo ser jamais concebida em um sistema

⁵¹ Nessa fase, o contraditório e ampla defesa são quase nulos: restringem-se praticamente ao direito de obter acesso a documentos e à presença de advogado no interrogatório prévio do suspeito.

inquisitorial, no qual o réu era presumidamente culpado (SOUZA; SILVA, 2008, p. 16). Está relacionada à distribuição do ônus da prova, o qual recai, no processo penal, sobre a acusação. Isto é, cabe ao Ministério Público apresentar provas robustas da culpabilidade do denunciado e, na impossibilidade de fazê-lo, a solução jurisdicional para o caso deve conduzir à absolvição, em respeito ao comando de *in dubio pro reo*.

O que se percebe, no entanto, é a tendência a que se atribua ao acusado a responsabilidade de, por meio da sua delação, fornecer os elementos investigatórios que deveriam ser obtidos com o esforço estatal. Por consequência, ao invés de priorizar o desenvolvimento de técnicas e métodos mais apurados de investigação, a acusação se vê dependente das informações prestadas pelo colaborador.

Estreitamente ligado ao princípio da presunção de inocência está o direito a não autoincriminação, também conhecido como direito de não produzir provas contra si, ou, ainda, direito ao silêncio⁵². Se a Constituição Federal o assegura no artigo 5º, inciso LXIII⁵³, nos parece evidente que a Lei de Organizações Criminosas rompe com essa garantia, ao prever que o delator está obrigado a cooperar com as autoridades públicas. Nesse sentido, manifesta-se Carlos Henrique Haddad:

Sistemas de justiça criminal descritos pela maioria como inquisitoriais estão mais abertos à idéia de que pessoas acusadas da prática de crimes devem ser encorajadas a oferecer provas de sua inocência para a autoridade persecuidora e **a cooperar com elas na elucidação dos fatos, ao menos até onde não são compelidas a incriminar a si mesmas no processo**. Mas **em sistemas processuais modernos**, além de se dispensar o acusado de produzir provas de sua inocência, **sequer se exige tenha alguma participação ativa no processo, mesmo na incriminação de terceiros, figurando o ônus probatório exclusivamente a cargo da acusação**. (2003, p. 44) O grifo não se encontra no original.

A justiça penal negociada representa, nesse aspecto, um retorno aos ideais inquisitoriais, já que pressupõe que o acusado detém em si os elementos para obtenção de alguma verdade real no processo, sendo coagido a participar dos atos que reverterão em sua condenação.

Também se faz necessário enfrentar a problemática da duração razoável do processo. A demora na prestação jurisdicional, ocasionada pelo correto seguimento do rito processual, é um aspecto utilizado pelos entusiastas das delações premiadas para defender a sua adoção. Nesse sentido, sustentam eles que os mecanismos negociais, por não seguirem o trâmite

⁵² Trata-se do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, o qual se traduz para “ninguém está obrigado a se descobrir”.

⁵³ O referido inciso assim estabelece: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Grifei. A aplicabilidade do dispositivo não se restringe à pessoa presa: estende-se a toda situação processual e extraprocessual que possa ter reflexos na produção probatória. (SOUZA; SILVA, 2008, p. 20)

completo do processo, são capazes de pôr fim à lentidão jurisdicional e à impunidade que dela decorre, mostrando-se benéficos tanto ao acusado, que não sofre as mazelas do processo penal, quanto às instituições jurídicas, que se veem relegitimadas.

No entanto, pensamos que essa garantia constitucional, quando se trata da justiça penal negociada, sofre violações de uma perspectiva oposta: o devido processo legal passa a ser visto como um estorvo à celeridade e a eficiência punitivas. Pretende-se, dessa forma, abdicar do rito processual e de todo o trâmite de produção de prova, produzindo condenações precipitadas. De acordo com Leonardo Costa de Paula (2010, p. 202):

[...] Ao contrário do que pregam os arautos do eficientismo penal, de viés neoliberal, que identificam “celeridade” com “justiça”, vale, desde já, deixar registrado que a duração irrazoável do processo penal, a violação à garantia fundamental, pode se dar tanto pela demora na entrega da prestação jurisdicional quanto pela rapidez do julgamento, capaz de inviabilizar a concretização dos direitos e garantias fundamentais do imputado [...].

O que deve ocorrer é um equilíbrio, de modo que o processo não seja nem tão lento, a ponto de a essência da prova ser perdida e o acusado sofrer com as consequências do processo penal estigmatizante, nem tão rápido, a ponto de impedir a produção probatória e o pleno exercício de defesa, como as novas formas de justiça penal negociada tendem a realizar.

A análise atenta a essas principais garantias processuais nos informa que a justiça pactuada, apesar de tida como uma tendência irreversível na esfera penal mundial, não apenas não se coaduna com os preceitos da Constituição de 1988, mas inclusive produz um reforço aos aspectos inquisitoriais ainda não superados do Código de Processo Penal de 1941. Se a intenção é efetivar os mandamentos democráticos cunhados por nossa Carta Magna, nos parece que a opção pelos mecanismos de barganha não é o caminho a ser seguido.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, concluímos que a importação da justiça pactual em nosso sistema se mostra não só prejudicial aos direitos de defesa do acusado, como eminentemente incompatível com os princípios e garantias processuais firmados pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de reconhecer que o espaço de questionamento acerca do instituto da delação premiada encontra-se cada vez mais restrito, tendo em vista as justificativas políticas e midiáticas para o seu uso, entendemos que a temática desta monografia é importante para que se repense a adoção indiscriminada de outros mecanismos de barganha.

Num primeiro momento, o estudo das categorias dogmáticas inseridas pela Lei nº 12.850/13 foi essencial para situar nosso objeto de estudo. O referido diploma estabelece que, para gozar dos benefícios da colaboração, o delator deve abdicar de seu direito constitucional ao silêncio, e prestar às autoridades públicas informações capazes de produzir alguma das consequências previstas nos incisos do artigo 4º.

A Lei das Organizações Criminosas também prevê que as delações são meios de obtenção de prova e, nessa condição, não podem, por si sós, ensejar a condenação do delatado.

Quanto ao procedimento de formação do acordo, o juiz está proibido de participar de qualquer ato de negociação entre as partes, cabendo-lhe a função de tão somente verificar os requisitos formais da concessão do benefício, a legalidade das cláusulas e a voluntariedade do acusado.

A discussão doutrinária acerca da natureza das delações também se mostra imprescindível para a melhor compreensão do instituto. Majoritariamente - e o Supremo Tribunal Federal já manifestou que entende da mesma forma -, define-se a colaboração enquanto negócio jurídico processual, sujeito, portanto, à verificação dos planos de existência, validade e eficácia.

Em seguida, adentramos o aspecto histórico do instituto. Conforme tratado no tópico 1.2, as delações premiadas foram primeiramente disciplinadas no ordenamento jurídico nacional nas Ordenações Filipinas. No entanto, os diplomas penais subsequentes foram omissos na sua previsão, sendo novamente reinserida a partir da Lei de Crimes Hediondos, num contexto de emergência e clamor popular por punições mais efetivas e rígidas.

No início da década de 1990, houve a profícua produção de leis que previam o instituto, a maior parte delas tutelando a criminalidade econômica. Da análise da evolução legislativa, percebe-se uma progressiva permissividade nos benefícios cominados: inicialmente, poderia

ser concedido ao delator apenas a diminuição da pena; com a Lei nº 12.850/13, no entanto, há um amplo espectro de benesses a serem conferidas, a exemplo do perdão judicial.

Brevemente tratamos das colaborações premiadas nos sistemas legais espanhol, italiano e estadunidense. Vimos que, na Espanha, apesar de o instituto ser cronologicamente mais antigo do que no ordenamento pátrio, a previsão legal foi mais conservadora, não se desenvolvendo tanto quanto no Brasil. A Itália, por sua vez, é considerada o modelo que inspirou a importação desse mecanismo em solo nacional. Por fim, nos Estados Unidos, a justiça penal negociada já se encontra plenamente consolidada, a ponto de a quase totalidade dos casos criminais naquele país ser resolvida por essa via. Isso se dá pelo fato de que, no sistema estadunidense, o devido processo legal é um direito plenamente abdicável pelo acusado.

Em seguida, no segundo capítulo, nos debruçamos sobre as diversas posições doutrinárias acerca das colaborações premiadas. Aqueles favoráveis à sua implantação têm por principal argumento a celeridade que esse mecanismo é capaz de proporcionar à prestação jurisdicional, além de sustentar que os meios tradicionais de investigação não são capazes de adentrar a complexa trama da criminalidade organizada. Também existem autores que assumem uma posição mais pragmática, no sentido de que as delações são mais um instrumento à disposição da defesa.

Por sua vez, os posicionamentos contrários às colaborações variam bastante: alguns doutrinadores aduzem que, sob uma perspectiva ética, o Estado não poderia legitimar a traição institucionalizada, e muito menos confiar nas informações prestadas por “criminosos”. No entanto, o principal argumento para repugnar essa prática é de que se trata de uma tentativa, por parte do aparato estatal, de inculcar no acusado um ônus que constitucionalmente é seu: isto é, de afastar, através de provas concretas, a presunção de inocência.

Analisando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, percebemos que não existem maiores questionamentos acerca da legitimidade e constitucionalidade do instituto: a maioria dos Ministros compreende que as delações são um meio de obtenção de prova do qual o aparato estatal não pode abdicar no combate à criminalidade organizada.

Com relação ao papel que o juiz desempenha, a Corte Suprema ainda não firmou entendimento sólido. Na Petição nº 7.074/DF, entendeu-se que a elaboração do acordo é de competência das partes, cabendo ao magistrado a sua homologação, sem qualquer exame de mérito. Contudo, por ocasião do julgamento da Petição nº 7.265/DF, foi estabelecida compreensão diversa, no sentido de que o juiz deve realizar uma análise mais profunda da legalidade das cláusulas.

No terceiro e último capítulo adentramos propriamente a problemática da incompatibilidade da justiça penal negociada com nosso sistema jurídico. Conforme desenvolvido nos tópicos 1.1. e 1.2, entendemos que as delações premiadas derivam diretamente do sistema processual inquisitorial.

Sua semelhança com a confissão - prática largamente utilizada na tentativa de obtenção da “verdade real” do processo - ocasiona, em nossa opinião, um retorno à ideia de que o réu detém em si todas as informações de que a acusação necessita, sendo coagido a cooperar na obtenção de provas que posteriormente serão utilizadas na sua condenação.

Outros dois aspectos que nos remetem ao procedimento inquisitorial são a ausência de efetiva possibilidade de defesa, e a aglutinação, no mesmo sujeito, das funções de acusar e julgar. Os acordos de colaboração elaborados pelo Ministério Público consistem em verdadeiros “contratos de adesão”, não sendo concedidas ao réu reais possibilidades de contestar suas cláusulas. Além disso, o órgão acusador vem usurpando a competência jurisdicional de cominar a pena do acusado, enquanto que ao judiciário é relegada a função burocrática de homologação acrítica dos acordos.

Também consideramos, conforme desenvolvido no segundo tópico daquele capítulo, que existe uma afronta ao princípio reitor do processo penal brasileiro: a obrigatoriedade (ou indisponibilidade) da ação penal pública. Apesar dos argumentos em contrário, entendemos que a justiça pactual - e as delações premiadas, especialmente - reforçam o aspecto seletivo do sistema criminal, pois conferem amplo espaço de discricionariedade aos crimes de natureza econômica, enquanto que a criminalidade dita “comum” permanece sendo a principal clientela do cárcere.

Ademais, a abdicação do princípio da obrigatoriedade em detrimento dos acordos de barganha promove a privatização do direito penal e relegitima o poder punitivo, porque permite que o réu seja coagido a aceitar um acordo no qual renuncia aos seus direitos processuais.

É no âmbito das garantias constitucionais que se verificam as maiores incompatibilidades. Do estudo do princípio do devido processo legal, deduzimos que os contratos de delação violam o rito regular do processo, ao permitir um salto da fase de inquérito à fase de cominação da pena, sem que se tenha que passar pelo trâmite da instrução. Essa abreviação do processo produz, conseqüentemente, a renúncia de diversas garantias, como o próprio direito de defesa.

Também se produzem efeitos nefastos aos princípios da presunção de inocência, da não autoincriminação, do contraditório e ampla defesa e da duração razoável do processo. Isso

porque o acusado é levado a abdicar do seu direito ao silêncio e, nessa condição, exercer o ônus probatório, que é constitucionalmente atribuído à acusação. Além disso, a barganha prejudica as possibilidades de defesa, pois os advogados se veem na posição de postular interesses contrários ao de seus clientes, priorizando as habilidades de negociação em detrimento das teses tradicionais de direito material. Por fim, tratamos de como a justiça negociada, com seu procedimento abreviado, não se traduz, necessariamente, numa prestação jurisdicional mais justa, tendo em vista que impede a plena produção probatória e o exercício da defesa.

Nesse sentido, à guisa de conclusão, pensamos que os mecanismos de negociação da pena travestem-se de instrumentos democráticos, vendendo a ideia de uma solução célere na qual as partes possuem amplo poder de definir o rumo do processo penal, porém consistem, na realidade, em métodos violadores de inúmeros preceitos caros ao sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roberta Lofrano. *Uma leitura constitucional do direito processual penal frente à política criminal expansionista: a necessária implementação de um (verdadeiro) sistema acusatório*. Dissertação de Mestrado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3 ed. rev. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

BEDE JÚNIOR, Américo; SENA, Gustavo. *Princípios do processo penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 225-270, jan-fev. 2011.

BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. Breve análise do direito estrangeiro. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord). *In: Delação premiada (direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BORGES, Clara Maria Roman. A permeabilidade inquisitorial de um projeto de Código de Processo Penal Acusatório. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo G. C de. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 25-36.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 09 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 09 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 03 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Crime organizado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso

em 20 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. *Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. *Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. *Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de julho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. *Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1998. *Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. *Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. *Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm). Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. *Da investigação e dos meios de obtenção da prova*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. São Paulo, 08 ago. 2015. Acesso em 20 set. 2019.

BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada, processo de criminalização e crimes de colarinho branco: sobre reinvenções e permanências do sistema punitivo brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan P. (org.). *Colaboração*

premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 299-317.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. *Revista Sequência*, n. 60, jul. 2010, p. 133-161.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, 2012, p. 01-26.

CARVALHO, Salo de. LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *Revista jurídica*, São Paulo, v. 57, n. 385, nov. 2009, p. 123-138.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. 1 reimp, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na Lei nº 12.850/13: um novo paradigma de sistema penal contratual? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, nº 69, ano XVII, p. 171-219, abr-jun 2018.

CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 37, nº 117, p. 273-297, março de 2010.

COSTA, Pedro Jorge. A obrigatoriedade da ação penal. In: AMORIM, Pierre S. M. Coutinho de; BASTOS, Marcelo Lessa (org). *Tributo a Afrânio Silva Jardim – Estudos e Pareceres*. 3 ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, p. 791-815.

COUTINHO, Jacinto Nelson M. de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115.

DIETER, Maurício Stegemann. O sistema de investigação criminal brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se anuncia. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo G. C de. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47-57.

DRAGO, Vinicius Ehrhardt Julio Drago. *Aspectos dogmáticos da colaboração premiada: instrumento legítimo ou afronta ao garantismo penal?* Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO. *Manual da colaboração premiada*. Brasília, janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em 03 out. 2019.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 279-297, jan-jun 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Negócios jurídicos premiais como instrumentos de enfrentamento à corrupção: ativismo do Ministério Público, sua legitimidade democrática e captura de instrumentos negociais premiais de outras esferas de responsabilização. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan P. (org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 13-49.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Tese de Doutorado – Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública - princípio da obrigatoriedade*. 2 ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

JARDIM, Afrânio Silva. Coletânea sobre colaboração premiada do professor Afrânio da Silva Jardim. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan P. (org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 49-79.

LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: *El procedimiento abreviado*. MAIER, Julio B. J; BOVINO, Alberto (org.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 97-133.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Rafael Catani. A delação premiada como instrumento de combate à criminalidade organizada e o sepultamento das garantias fundamentais. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan P. (org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 353-383.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 505-529, set-dez 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça consensual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-128.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Revista e Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 5, p. 32-34, 2013/02.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Orientação conjunta nº 1/2018 - Acordos de colaboração premiada*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 03 out. 2019.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 237-262, jan.-jun. 2017.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan-abr. 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PAULA, Leonardo Costa de. Duração razoável do processo no projeto de lei 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo G. C de. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167-174.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, ano 102, p. 319-358, março 2013.

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

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 19, p. 207-220, jan-abr. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender as delações premiadas pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2 ed. Florianópolis: EMais Editora, 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 3 ed, rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo G. C de. *O Novo Processo Penal à luz da Constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 177-184.

SILVA, Arício Vieira da; BORGES, Danilo Marques. Enfrentamento do crime organizado por meio da delação premiada. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 102-118, jul-dez. 2018.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 285-314, jan-abr. 2017.

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 441-468, jan-abr. 2019.

SOUZA, Sérgio Ricardo; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUTHERLAND, Edwin. A criminalidade de colarinho branco. Tradução de Lucas Minorelli. *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, nº 2, p. 93-103, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251/33980>. Acesso em 28 out. 2019)

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016, p. 377-396.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VALENTE, Victor Augusto Estevam; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O acordo de colaboração premiada na teoria dos negócios jurídicos: um diálogo entre o direito civil e o processo penal. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. da; MANDARINO, Renan P. (org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 483-530.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018a.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2018b.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Erica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 62, p. 31-50, out-nov. 2014.