

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO E COLABORAÇÃO PREMIADA

Lucas Tadeu Coiado Galharde

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO E COLABORAÇÃO PREMIADA

Lucas Tadeu Coiado Galharde

Monografia, apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof.^o Mario Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2016

Dedico este trabalho aos meus pais pelo excelso exemplo de vida, irmão e aos amigos verdadeiros. A minha querida esposa pelo apoio, amor e compreensão. E a todos os professores responsáveis pela minha formação acadêmica e profissional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por se fazer presente em minha vida em todos os momentos.

Aos meus pais Valter Galharde e Maria de Fatima Rejon Coiado Galharde, pelo amor incondicional, ao meu irmão Gabriel Coiado Galharde por me apresentar às veredas do Direito e a minha doce esposa Tamires Klebis Galharde por sonhar comigo.

Aos amigos Luiz Eduardo de Lima Viana e Lucas Augusto Soares pela amizade sincera e apoio.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Mario Coimbra, pela sua generosidade em conduzir a confecção deste trabalho, sempre demonstrando vasto conhecimento e respeito sobre o tema.

RESUMO

O presente trabalho procura investigar o fenômeno da justiça penal consensual e a atuação do Ministério Público brasileiro na aplicação da colaboração premiada cuja delação premiada é espécie. O processo penal e conseqüentemente a justiça penal clássica vem cedendo espaço a dita justiça penal consensual, ou negocial, onde se procura realizar a solução do conflito penal de forma alternativa ao sistema binário da condenação e da absolvição. Tendo, assim, sua gênese por intermédio de lei os espaços de consenso dentro da justiça penal clássica, excepcionam o princípio da obrigatoriedade à luz do princípio da oportunidade, realizando mutações no atuar do órgão ministerial que passa a gozar da atribuição de solucionar o caso de forma alternativa. Salientam-se os institutos da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, todos previstos na lei dos juizados especiais criminais, sendo a colaboração premiada um novo mecanismo que possibilita ao Ministério Público pactuar um acordo com o agente criminoso sob a concessão de prêmios. Nesse sentido busca-se estudar o fenômeno da colaboração premiada em todas as suas características, conceito, natureza jurídica e aplicação ao Direito pátrio com embasamento na produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Palavras-chave: Justiça Penal. Justiça Penal Negocial. Ministério Público. Colaboração Premiada. Delação Premiada.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the phenomenon of consensual criminal justice and the role of the Brazilian public ministry in implementing the bargaining collaboration, whose the plea bargaining is part. The criminal process and, therefore, the classic criminal justice is yielding place to said consensual, or bargaining, criminal justice where it seeks to achieve the solution of criminal conflict, alternatively the binary system of conviction and acquittal. Having, by this way, their origin by law, the consensus spaces within the classical criminal justice derogations the principle of obligation under the principle of opportunity, making changes in the work of the ministry, which shall enjoy the assignment of solving the case in an alternative way. The institutes of civil composition are worth highlighting, criminal transaction and conditional suspension of the process, all provided in the law of special criminal courts, being the bargaining collaboration a new mechanism that allows the Public Ministry to make a deal with the criminal agent in the awarding of prizes. In this sense, this study seeks to study the phenomenon of plea bargaining in all its features, concept, legal status and application to national law with base in doctrinaire and jurisprudential production on the subject.

Keywords: Criminal Justice, Negotial Criminal Justice, Public Ministry, Bargaining Colaboration, Plea Bargaining.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	11
2.1 Formas de Composição de Conflitos	12
2.1.1 Da autotutela	13
2.1.2 Da autocomposição.....	15
2.1.3 Da jurisdição.....	17
2.2 Do Processo Penal	20
2.2.1 Denominação	20
2.2.2 Posição enciclopédica	21
2.2.3 Normas jurídicas processuais penais	22
2.2.4 Da autonomia e instrumentalidade do processo penal.....	23
2.2.5 Conceito	24
2.3 Dos Sistemas Processuais Penais.....	25
2.3.1 Do sistema inquisitivo.....	25
2.3.2 Do sistema acusatório	26
2.3.3 Do sistema misto.....	27
2.3.4 Do sistema processual penal vigente na legislação pátria	28
2.3.5 Antiga lei do crime organizado e sistema processual.....	29
3 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL	31
3.1 Princípios da Ação Penal Pública.....	33
3.1.1 Princípio da legalidade processual.....	34
3.1.2 Princípio da obrigatoriedade.....	35
3.1.3 Princípio da oportunidade ou não obrigatoriedade.....	37
3.2 Juizados especiais criminais lei 9.099/95.....	38
3.2.1 Composição civil	41
3.2.2 Transação penal.....	44
3.2.3 Suspensão condicional do processo	47
3.3 Tendências Expansionistas dos Espaços de Consenso	49
3.3.1 Projeto de emenda a constituição n. 230/00	50
3.3.2 Novo código de processo penal – projeto de Lei n.156/09 e o novo código penal – projeto de Lei n. 236/12.....	51
4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL	52
4.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	54
4.2 Princípio da Presunção de Inocência	56
4.3 Princípio do Contraditório	57
4.4 Princípio da Ampla Defesa	59
4.5 Princípio da Verdade Real.....	60
4.6 Princípio do Promotor Natural	60
4.7 Princípio da Não Autoincriminação	61
5 O MINISTÉRIO PÚBLICO	63
5.1 Terminologia.....	63

5.2 Breve Origem Histórica do Ministério Público	64
5.3 O Ministério Público no Brasil.....	66
5.4 O Ministério Público nas Constituições	68
5.5 O Ministério Público na Constituição Federal de 1988	72
5.6 Os Princípios Institucionais do Ministério Público	74
5.6.1 Unidade.....	75
5.6.2 Indivisibilidade	76
5.6.3 Autonomia funcional e administrativa.....	77
5.7 O Ministério Público no Direito Comparado.....	78
5.7.1 O Ministério Público em Portugal	78
5.7.2 O Ministério Público na Itália	80
5.7.3 O Ministério Público nos Estados Unidos da América.....	81
5.8 As Funções do Ministério Público no Processo Penal	83
5.9 O Ministério Público na Justiça Penal Consensual	84
6 COLABORAÇÃO PREMIADA.....	86
6.1 Denominação	86
6.2 Breve Evolução Histórico-normativa da Colaboração Premiada no Ordenamento Jurídico Pátrio.....	88
6.3 Da Teoria do Diálogo das Fontes na Colaboração Premiada	97
6.4 Colaboração Bilateral, Unilateral e Delação: Âmbito de aplicação e Delimitação dos Institutos Premiais	99
6.5 Conceito da Colaboração Premiada.....	101
6.6 Natureza Jurídica da Colaboração Premiada.....	103
6.6.1 Natureza jurídica da colaboração premiada à luz do direito penal: prêmios ..	103
6.6.2 Natureza jurídica da colaboração premiada à luz do direito processual penal: meio de obtenção de prova	111
6.6.3 Natureza jurídica da colaboração premiada como um negócio jurídico processual: existência, validade e eficácia.....	113
6.7 Valor Probatório: Regra de Corroboração	118
6.8 Posicionamentos Doutrinários Contrários e Favoráveis a Colaboração Premiada: Implicações Éticas e Principiológicas.....	121
6.8.1 Questões éticas.....	122
6.8.2 Questões principiológicas.....	125
6.9 Procedimento do Acordo de Colaboração Premiada	128
6.9.1 Dos requisitos da colaboração premiada	129
6.9.2 Da Legitimidade	130
6.9.3 Da homologação do acordo de colaboração	133
6.9.4 Dos Atos de Colaboração.....	135
6.9.5 Dos atos sigilosos da colaboração premiada	136
6.10 Da Concessão do Prêmio.....	138
7 CONCLUSÃO	140
BIBLIOGRAFIA	142

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um novo ordenamento jurídico tem sua gênese. Ao Ministério Público foi outorgada a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, de forma privativa, a promoção da ação penal.

A nova configuração ministerial, seja quanto ao órgão em si ou em face de suas novas funções institucionais, encontra-se em uma sociedade em que a criminalidade também passou a ostentar nova roupagem e a percorrer um inédito itinerário contrário à lei, exigindo do Estado a produção de uma legislação penal e processual penal com o escopo de investigar, criminalizar e efetivamente punir tais fatos. É neste contexto que surgem leis de fundo constitucional e inauguram espaços de consenso em uma justiça dissuasória, cuja eficiência se encontra em objeto de contestações.

Assim, uma das faces do Estado, incumbida de aplicar, executar, fazer cumprir a lei está sob a atribuição do Ministério Público, consistindo de suma importância vislumbrar qual a função deste órgão, quando da aplicação da legislação pertinente, nesta nova configuração da justiça brasileira.

Consistindo a colaboração premiada meio de prova que se pretende dispor contra as organizações criminosas e seus crimes, será possível, através do presente instituto, dismantelar e fazer cessar menos um câncer em nossa sociedade, uma vez que esta colaboração contribuirá com a punição de todos os membros de uma facção criminosa.

Instrumento consensual, que de certa forma prevê a aplicação da autocomposição para esta espécie de criminalidade.

Ao se deparar com situações em que os meios de prova se tornam, ordinariamente, previstos, esta inovação legislativa faz-se necessária, pois o legislador ordinário exercerá sua função e atribuirá ao Ministério Público a possibilidade de se pactuar acordos com autores e coautores de crimes.

O Ministério Público é um órgão dotado de independência funcional e administrativa, não vinculado a nenhum poder, tampouco consiste em um quarto poder do Estado, ao lado do judiciário, executivo e legislativo.

Com o advento da Constituição Cidadã em 1988, após o regime autoritário, o Ministério Público tornou-se instituição permanente e exerce função essencial à jurisdição, cabendo-lhe tutelar os direitos fundamentais *lato sensu*.

Ainda após a Carta Magna, algumas leis se atreveram, a regular a atividade de organizações criminosas e demais regulamentos afetos à matéria, porém sem sucesso. A primeira a tratar do tema foi a Lei n. 9.034/95, que se encontra revogada pela Lei n. 12.850/13, esta ainda em vigor.

Assim, a lei de organizações criminosas, não só prevê a colaboração premiada, mas também o seu regulamento, o que era uma lacuna antes de sua publicação. Ainda, há previsão em outros textos legais, como por exemplo, no Código Penal, que em apertada síntese consiste em declinar informações durante a investigação ou instrução em favor da justiça sendo tal comportamento premiado.

Quanto ao Ministério Público, avocado para atuar em sede de organização criminosa, cabe a formalização de acordos, seja em sede de investigação criminal presidida por delegado de polícia, sua própria presidência. Também poderá agir durante a instrução, com a faculdade de barganhar prêmios, proporcionalmente à colaboração prestada, conduzir a homologação do juiz, inclusive atenuar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao deixar de oferecer denúncia, conforme previsão legal.

O presente trabalho visa, preliminarmente, fazer um levantamento histórico do Ministério Público, desde sua origem, até sua evolução no mundo e no Brasil. Buscará ainda distinguir o órgão ministerial, previsto na Constituição Federal de 1988, de seus precedentes históricos e transcrever seu atual papel na vigência do referido texto constitucional.

Também é objetivo desta pesquisa, ao identificar o instituto da colaboração premiada, desde os precedentes legislativos até a Lei de Organização criminosa, buscar definir qual o papel do Ministério Público na aplicação deste meio de prova, numa análise contextualizada. A colaboração premiada e o Ministério Público constituem uma relação que se pactuou recentemente em termos de procedimento, no combate da criminalidade que, após o advento da lei em vigor, trouxe novos meios de prova que requer ser analisados sob à luz do órgão que efetiva sua aplicação.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A vida em sociedade é inerente ao homem. Aristóteles define o homem como um *politikon zoon*, ou seja, um animal social, para tanto conviver exige que se estabeleçam normas de conduta que salvaguardem o bem-estar do grupo social como unidade.

Nesse sentido Vicente Greco Filho (2012, p. 26), leciona que:

O estudo das normas de conduta ensina, também, que, apesar de nascerem dos homens e para os homens, as regras sociais não podem ser dispensadas por eles, porque constituem condição essencial de convivência, desde que se pressuponha o relacionamento entre dois indivíduos, isto é, desde que o homem não esteja absolutamente só.

A história da humanidade é permeada por normas de conduta que possuem o condão de eleger aquilo que é aceito, lícito, e rechaçar as condutas taxadas como repulsivas, não aceitas, ilícitas, um verdadeiro sistema binário vigendo entre o permitido e o proibido, consistindo sua dispensa, conforme supracitado, proclamar o império do caos.

As sociedades necessitam de um poder que restrinja as condutas humanas, conforme se apresenta o escólio do douto professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 1-2), com o brilhantismo que lhe é peculiar:

O homem não pode viver senão em sociedade. As sociedades são organizações de pessoas para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual. Mas, se não houvesse um *poder*, nessas sociedades, restringindo as condutas humanas, elas jamais subsistiriam. Cada um faria o que bem quisesse e entendesse, invadindo a esfera de liberdade do outro, e, desse modo, qualquer agrupamento humano seria caótico.

É cediço que a realização de condutas ilícitas é ínsita ao grupo social, conforme se depreende do brocardo latino *ubi societas ibi crimen*, que significa dizer: onde existe sociedade, há crime. Certo também é que seu conseqüente se apresenta por intermédio da cominação de uma sanção. Assim, com o espoco de preservar a harmonia do coletivo necessário se faz estabelecer critérios e

parâmetros para impedir, coagir e sancionar aquele indivíduo que, se arvorando contrário ao pacto social, realiza o ato repulsivo.

Fixadas estas premissas elementares, resta perquirir os mecanismos de controle adotados pelo grupo social quando da violação das normas de conduta estabelecidas socialmente. Ao lado da fixação destas normas, a convivência em sociedade somente se mantém distante do caos se existirem formas de composição de conflitos, quando as condutas de seus indivíduos restarem contrapostas.

Vaticínio este do iminente professor Fernando Capez (2010, p. 47):

A partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, surgiu a necessidade de se estabelecer uma forma de controle, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que exsurgem da vida em comunidade, objetivando a solução dos conflitos desses interesses, que lhe são próprios, bem como a coordenação de todos os instrumentos disponíveis para a realização dos ideais coletivos e dos valores que persegue.

Sem tal controle não se concebe a convivência social, pois cada um dos integrantes da coletividade faria o que bem quisesse, invadindo e violando a esfera de liberdade do outro. Seria o caos.

Conforme se verá, a seguir, é relevante a aferição dos meios de solução dos conflitos adotados desde os primórdios das civilizações de forma pormenorizada.

2.1 Formas de Composição de Conflitos

A esta altura insta salutar investigar as formas de aplicação da sanção, uma vez que, através de sua aplicação, busca-se a solução dos conflitos vigentes e a conseqüente pacificação social.

No princípio das civilizações a sanção ao ilícito redundava-se da autotutela, depois evoluiu para a autocomposição, até culminar na gênese da jurisdição e, conseqüentemente, o processual penal. Para melhor esclarecimentos, discutiremos estes conceitos mais adiante.

Entretanto, os meios de solução de conflitos retrotranscritos não se originaram de forma isolada e estanques uns dos outros, pelo contrário, eles

coexistem, sendo sua aplicação vedada e ou permitida em casos pontuais pelo ordenamento jurídico vigente, à luz de sua necessidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho (2012, p. 31) afirma:

Essas três fases, que podemos aceitar como logicamente existentes, não existiram em termos cronológicos, isto é, não são fases históricas propriamente ditas, mas princípios lógicos e de justiça que se digladiaram em todos os momentos históricos e ainda hoje se digladiam, prevalecendo ora um, ora outro, em determinada época.

Destacam-se, dentre tais meios de solução, a autotutela, a autocomposição e a jurisdição.

2.1.1 Da autotutela

A força física, ou força bruta, é sem dúvida a característica predominante neste método de controle de conflitos, a autotutela, pois é por meio da força que o mais forte impõe sua vontade ao mais fraco, neste estágio inexistente a presença de um terceiro imparcial para gestacionar a solução ao conflito.

A vingança privada ou justiça privada realiza-se nestes termos onde aquele que prevalece pela força sujeita o outro, mais fraco, ao arbítrio de sua vontade e escolha.

Possuía não só seu viés discricionário, mas também era um dever vingar-se, como se observa na obra do professor Cesare Lombroso (2013, p. 87).

De tudo o que temos exposto, começa a se ver como as penas se originaram: por meio do próprio abuso do mal e graças a novos delitos. Não havendo ainda conceito do delito, não se sonhava sequer com as sanções penais. A vingança era não só permitida, mas, antes, um dever. Nas ilhas Caraíbas, a administração da justiça não era feita pelo príncipe; a pena se reduzia a uma vingança pessoal do ofendido e de seus amigos: quem se crê lesado faz justiça como pode e não deixa que outros se intrometam.

Em que pese à autodefesa ou defesa privada, ser apontada como o instituto mais remoto dentre o rol de sanções elencado acima, este ainda vige, de forma excepcionalíssima, em nosso ordenamento jurídico, insculpido sob a

roupagem da legítima defesa e do estado de necessidade, ambos previstos no Código Penal, respectivamente no *caput* dos arts. 24 e 25, *in verbis*:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Dá não onipresença estatal, bem como da necessidade da preservação dos bens jurídicos, igualmente tutelados pela norma penal, é que se ressalva o ordenamento jurídico e se permite o que em regra é vedado.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 37) discorre:

São *duas as razões* pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de está o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo **violado** ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição.

Salvo as referidas hipóteses retrotranscritas e outras ainda permitidas pela legislação cível, o Código Penal em seu art. 345 criminaliza a prática da autotutela como forma de solução de conflitos, e sustenta o *nomen iuris* e o preceito primário do tipo incriminador, redação bastante precisa, nestes termos:

Exercício arbitrário das próprias razões

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Não só a autotutela realizada pelo indivíduo é taxada como criminosa, como também a autotutela perpetrada pelo Estado, quando da realização de atos arbitrários ou eivados de abuso de poder.

Assim, segue transcrição do art. 350, do Código Penal Brasileiro:

Art. 350. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

A exegese deste período da histórica da humanidade, à luz da contemporânea criminalização do instituto, revela que a forma de solução de conflito em comento deixou de ser capaz de fazer emergir a decisão mais justa para os conflitos em tela, assim, conclui-se que, salvo nos casos excepcionais previstos em lei, a autotutela deve ser preterida a qualquer outro meio de resolução de conflitos.

Nesse sentido, se apresenta o vaticínio do ínclito professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 6-7):

Hoje, portanto, somente o Estado é que pode dirimir os conflitos de interesses. (...) é proibido fazer justiça com as próprias mãos, embora a pretensão seja legítima. Só o Estado, e exclusivamente o Estado é que pode administrá-la. Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surge-lhe o dever de garanti-la.

Com a evolução da civilização, a autotutela cede espaço para a autocomposição, a qual passamos a definir.

2.1.2 Da autocomposição

Cabe repisar que os meios compositivos de conflitos existem e convivem de forma harmônica, sem, contudo, se revogarem entre si, tendo sua aplicação condicionada à demanda da melhor solução, ou seja, aquela capaz de propalar a justiça no caso concreto, cabendo ao ordenamento jurídico vigente tutelar seu campo de incidência casuisticamente.

Insta destacar que a autocomposição surge como uma repulsa ao emprego da força bruta pelas partes envolvidas, cabendo às partes perquirirem a solução mais justa ao caso e dispensar esforços conjuntos para fazer emergir, ao caso concreto, uma solução interessante para ambos. Há necessidade de concessões recíprocas do envolvidos na tentativa conciliatória.

Da obra do professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 5) extrai-se a melhor lição acerca do tema:

Outro meio para a solução dos litígios era a “autocomposição”. Pela economia de despesas, de gastos, seria uma forma excelente. Todavia, a “autocomposição”, embora vigente ainda hoje, para numerosos casos, não pode ser estendida à generalidade dos conflitos, uma vez que, com freqüência, “envolve uma capitulação do litigante de menor resistência”. Ademais, e se um dos conflitantes não quisesse a composição?.

Esta forma de composição de conflitos não fora originariamente abrangida em sede penal, vez que nesta seara discutem-se direitos indisponíveis ao indivíduo, outrora, a própria vida e, modernamente, a liberdade, vez que a autocomposição apresenta-se, a priori, como instrumento apto somente a tutelar os direitos disponíveis.

Paulatinamente, o Estado-juiz tornou-se suficientemente forte para decidir imperativamente os casos submetidos à sua jurisdição, com a finalidade de pacificar o meio. Contudo, o monopólio de dizer o direito não é vilipendiado quando o presente meio alternativo de solução de conflitos é invocado.

Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 35-36) esclarece:

E agora, nos termos da lei federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, atinente aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já são admissíveis a conciliação e a transação penais, para a maior efetividade da pacificação também em matéria penal.

Conforme esta autora, com o desenrolar da justiça penal, infere-se notar que com o advento dos Juizados Especiais Criminais, por intermédio da Lei 9.099/95, cuja competência é processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo, ao elaborar os institutos da transação penal, composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo, resgata a autocomposição como solução possível para o rol de crimes de menor gravidade.

De acordo com o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p 9):

Quanto à autocomposição, ainda se mantém, quando em jogo interesses disponíveis. As transações são muito comuns na esfera extrapenal. Atualmente, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, nas causas penais de menor potencial ofensivo (...), a “transação” não passa de verdadeira “autocomposição”.

Assim, conforme nota introdutória supracitada, os mecanismos afetos à solução de conflitos convivem, sendo sua aplicação condicionada pelo direito, o que corrobora o entendimento acima são as lições do ilustre professor Fernando Capez (2010, p. 49).

Dada a indisponibilidade dos interesses penais, a transação, forma de autocomposição, não era admitida em nosso sistema jurídico, A situação alterou-se no que concerne Às infrações de menor potencial ofensivo, esfera em que, agora, admite-se esta forma alternativa de pacificação social (CF, art. 98 I, regulamentado pelo art. 76 da Lei n. 9.099/95).

Mais adiante analisaremos cada instituto de forma estanque, pois a presença destes mecanismos consensuais de composição de conflitos vem alterando o panorama da justiça penal clássica, uma vez que esta é repulsiva a qualquer pactuação entre acusação e o agente criminoso.

A Colaboração premiada culmina na última mudança mais impactante neste cenário ao estabelecer um procedimento para aqueles que decidirem colaborar com o Estado-juiz, acordando seus termos e prêmios. Por sua importância, essa também ganha capítulo próprio, conforme segue.

Estas mudanças procederam-se já com um terceiro, imparcial, e suficientemente forte, que tomou para si a tarefa de solucionar os conflitos existentes no seio do grupo social. O Estado assume o pode-dever de dizer a solução do caso concreto, através da jurisdição.

2.1.3 Da jurisdição

No atual estágio da sociedade, onde se realiza distinção bastante clara acerca dos ilícitos cíveis e penais, a extensão de seus danos e a sanção proporcional a cada espécie de ato ilícito praticado, não se admite a aplicação de

qualquer sanção penal ao arrepio da realização do processo. Compete ao Estado estabelecer as normas de conduta, impondo limites à liberdade dos indivíduos. Ao lado desta competência, existe para o Estado o direito de punir as condutas violadoras das normas preestabelecidas, representando as duas faces do *ius puniendi* estatal.

Num primeiro momento a produção legislativa, na seara penal, corresponde ao exercício do direito de punir em um plano abstrato, uma vez que a previsão legal das condutas incriminadoras e suas respectivas sanções devem ser anteriores ao fato punível e atingir a todos, indiscriminadamente.

O Estado exerce a função jurisdicional somente quando provocado, substituindo a vontade das partes na solução dos conflitos, sendo sua decisão imutável, em regra, após o transcurso do processo penal, e também ressalva-se alterações favoráveis ao acusado, ou seja, *in dubio pro reo*.

Sintetizando o todo exposto neste item, cabe mencionar o ensinamento do ínclito professor Fernando da Costa Tourinho Filho, (2009, p. 6), ao se referir às limitações impostas ao direito de punir estatal:

Assim, pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen, nulla poena sine lege* – não há crime sem prévia definição, nem pena sem anterior cominação legal), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas previamente em lei, e sempre por meio dos órgão jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio* – nenhuma pena pode ser imposta senão pelo Juiz, nenhuma pena pode ser aplicada senão por meio do processo).

Com o ato transgressor dos bens jurídicos, tutelado pelo direito penal objetivo, emerge para o Estado o *jus perseguendi* ou *jus persecutionis*, essa pretensão punitiva tem sua gênese exatamente quando o dever de não realizar a conduta punível é inobservado.

Num primeiro momento a pretensão punitiva é exercida pela polícia judiciária ou investigativa, com a finalidade de colher elementos de informação suficientes quanto autoria e materialidade da conduta praticada, dando azo à justa causa para oferecimento da ação penal.

Assim, o *ius persecuendi in iudicio*, ou seja, direito de ação possui o condão de afastar a inércia da jurisdição e requerer que se diga o direito no caso concreto, ora preservando o direito de liberdade do indivíduo, *ius libertatis*, ora para concretizar o direito de punir do Estado, *ius puniendi in concreto*, com a cominação e aplicação da respectiva sanção penal, ou absolvição. Contudo, esta somente poderá ser alcançada por intermédio de um processo regular, liberto de nulidade, com a efetiva realização da observância do devido processo legal.

Faz-se necessária a observância de que a pena seja precedido de um processo, princípio este que tem sua gênese na Constituição Federal e ressoa em todo o ordenamento jurídico, em especial, nas leis processuais penais.

Comentando o princípio da *nulla poena sine iudicio*, a professora Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 40), assegura que:

Esse princípio pode ser encarado sob dois aspectos: a) proibição de autotutela do Estado; b) proibição de autocomposição (transação entre Estado e acusado, ou submissão voluntária deste).

Em que pese o entendimento da referida professora, o ordenamento jurídico admite a autocomposição em sede de Direito Penal, através da previsão de medidas despenalizadoras. Insta salientar a presença da autocomposição em outros ordenamentos jurídicos, conforme bem doutrina a professora Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 41).

Alguns ordenamentos jurídicos admitem a *submissão* dos acusados à pena pecuniária; caso de submissão é também o *plea of guilty* do direito inglês. Há também, no direito americano, a *bargaining*, autêntica transação entre a acusação e a defesa para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que a daquele que é imputado ao réu. No Brasil, o ordenamento vigente também contempla a transação em matéria penal, com base na previsão constitucional (Const., art. 98, inc. I), podendo o autor do fato submeter-se voluntariamente à pena não privativa de liberdade, antes mesmo da instauração do processo, por proposta do Ministério Público.

De acordo com o escólio da douta professora supracitada vislumbra-se que neste cenário a autocomposição fora institucionalizada pelo Estado jurisdição para que sirva, também, como meio para a solução, não só de lides cíveis, como

também em sede penal. Não se pode olvidar da análise do processo penal, por se tratar do meio pelo qual o Estado exerce seu poder jurisdicional.

2.2 Do Processo Penal

O processo possui papel impar na efetividade da norma penal, conforme a evolução dos institutos de solução de conflito, o Estado toma para si a função de dizer o direito. Cabe ressaltar a lição do professor Aury Lopes Júnior (2012, p. 85), que assevera esse desenrolar e consequente adoção do processo penal para a tutela desta espécie de conflito, senão vejamos.

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa ára os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – *o processo penal*.

Nesse sentido, deve-se enfrentar o tema para melhor compreender a vigente atuação estatal, por intermédio do processo penal, que se pretende pacificador do meio social.

Preliminarmente cabe conhecer sobre a evolução concedida à denominação atribuída ao processo penal.

2.2.1 Denominação

Preliminarmente cabe tecer breves considerações acerca da nomenclatura deste ramo do direito, a despeito da expressão “Direito Processual Penal” amplamente difundida. A doutrina mais abalizada apresenta a expressão “Direito Judiciário Penal”, que se trata de denominação mais antiga e em desuso, em virtude de ser ora mais ampla, ora menos ampla, na delimitação de seu objeto.

Assim, ressalta-se o escólio da professora Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 55-56).

A denominação *direito judiciário*, vinculada à designação romana do processo (*iudicium*) e ao seu principal sujeito (o juiz, o órgão judiciário), revelou, sem dúvida, um progresso no sentido da visão mais científica do objeto da nossa ciência. Tal locução, no entanto, mereceu a crítica de indicar demais (porque nem todo o judiciário é processual) ou indicar de menos (porque o juiz é apenas o sujeito imparcial do processo, que exige pelo menor mais dois sujeitos – os litigantes).

Podemos assim deduzir que deve prevalecer a denominação “Direito Processual Penal”, sob grande influência do direito alemão, como designativo mais atualizado e suficientemente correspondente à matéria que se pretende abranger. Neste sentido as lições do professor Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 10), esclarecem:

A expressão “Direito Judiciário Penal” é equivocada porque pode ser entendida como o ramo do direito que se ocupa apenas da Organização Judiciária ou, ao contrário, como o ordenamento referente a tudo que se refere ao Poder Judiciário. Sendo o “processo penal” o objetivo precípua desse ramo do Direito, mais adequada é a denominação *Direito Processual Penal*.

Quanto a posição enciclopédica do direito processual penal, em que pese parcela da doutrina afirmar que a *suma divisio* se encontra ultrapassada, trata-se de divisão do direito em ramos de forma meramente didática possibilitando ao discente uma melhor visão acerca do todo.

2.2.2 Posição enciclopédica

O direito é uno e indivisível, contudo, para fins didáticos, o direito é dividido em ramos como de uma árvore, neste sentido o direito processual penal integra o ramo do Direito Público interno, pois possui o Estado como uma de suas partes da relação processual.

Ao nos debruçarmos sobre o tema encontramos o entendimento do nobre professor Julio Fabbrini Marabete (2006, p. 10), que corrobora o alegado ao revelar o caráter público do Direito Processual Penal:

O Direito Processual Penal é um dos ramos do **Direito Público**, que se identifica pelo sujeito das relações por ele reguladas e pelas finalidades das suas normas. No processo penal, de um lado, um dos sujeitos é o Estado soberano, titular do interesse coletivo e que se situa numa relação de subordinação do particular, não atua, portanto, como Estado-súdito, como em suas relações comuns. De outro, a finalidade das normas processuais penais é obter a repressão dos delitos, ou seja, o exercício do *jus puniendi*, que constitui um dos fins essenciais do Estado. Não se pode negar, portanto, o caráter publicístico do Direito Processual Penal.

Em que pese parcela da doutrina sustentar a atual ausência de sentido da classificação acima exposta, em virtude da impossibilidade da alocação dos Direitos Coletivos *lato sensu*, cabe repisar se tratar de classificação meramente didática que possui o escopo de nortear o estudante quanto às vigas mestras desta espécie de direito e seus princípios correlatos.

2.2.3 Normas jurídicas processuais penais

Em âmbito doutrinário costumam-se realizar a classificação das normas jurídicas em dois grupos ou espécies, de um lado, as normas jurídicas de direito material ou substantivo, esta classe de normas incide diretamente nos fatos e atos do convívio em sociedade, por exemplo, pode ser avocado o art. 155, do Código Penal, que tipifica a conduta de subtrair coisa alheia móvel, e conseqüentemente lhe comina uma pena correspondente. Noutra vértice encontram-se as normas de direito formal ou adjetivo, estas normas por sua vez não possuem incidência direta ou imediata no convívio social, trata-se de uma classe de normas jurídicas cuja aplicabilidade se dá de forma indireta ou mediata, tendo como objetivo tutelar a forma de aplicação das normas jurídicas de direito material.

Há ainda quem se refira às normas formais, adjetivas ou processuais como normas de segunda graduação, pelos motivos acima citados, contudo parece que tal classificação não é a mais acertada por induzir a existência de uma hierarquia ou dependência das normas de direito processual àquelas de direito material, o que inexiste.

Quanto às normas processuais penais, insta demonstrar classificação quanto ao seu objetivo. Nesse sentido segue o entendimento da professora Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 99).

Costuma-se falar em três classes de normas processuais: a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares; b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais; c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo.

Por derradeiro há a tendência simplista de classificar as normas jurídicas com base na localização em determinados textos de lei ou codificações. Com base nesta classificação pode-se dizer que as normas jurídicas materiais ou adjetivas tratam sobre matéria de Direito Penal e as normas de fundo formal apresentam matéria de Direito Processual Penal.

2.2.4 Da autonomia e instrumentalidade do processo penal

Atualmente o direito processual penal, em razão dos argumentos aduzidos quanto à diferenciação do conteúdo de suas normas jurídicas, frente ao direito material que tutela, vem recebendo tratamento científico autônomo. Cabendo mais uma vez rechaçar a classificação que pretende vê-las como secundária, frente às normas jurídicas substantivas, vez que a autonomia de tratamento concedido pela dogmática afasta qualquer tentativa de hierarquia, subordinação ou inferioridade.

Assim, devidamente reconhecida a autonomia do processo penal em relação ao direito penal, cabe, contudo, ressaltar sua função instrumental ou ancilar em relação ao segundo. Nesse sentido, encontra-se o escólio do ilustre professor Edilson Bomfin Mougout, (2012, p. 31-32).

Portanto, o conteúdo das normas de uma e de outra espécie é diferente, e existe uma relação de instrumentalidade entre elas. O direito processual existe em função do direito material. Tem, assim, na expressão da doutrina, uma *função ancilar* (do latim, *ancilla-ae*, serve), quer dizer, dependente daquele, *em que sua autonomia no tratamento científico e sua separação como ente jurídico*. Isso não significa, contudo, conferir-lhe um papel subalterno ou inferior. Por isso, ao definir a forma como o direito material deva ser aplicado, o direito processual é seu instrumento.

Ainda, quanto a sua função, cabe destacar o fim último da jurisdição através do processo, que é a de pacificar o meio. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (1994, p. 12) declara:

E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo o do direito como um todo).
O processo é, nesse quadro, um *instrumento a serviço da paz social*.

Nota importante refere-se à influência decorrente da instrumentalidade do processo penal no direito penal material, vez que a face fragmentária do direito penal depende do processo penal, no sentido da acumulação de trabalho decisório dos tribunais pátrios. Nesse sentido cabe conhecer o conceito do direito processual penal, com o objetivo de delimitar seu âmbito de incidência no campo do direito, sendo múltiplos os conceitos, sem, contudo, se contraporem.

2.2.5 Conceito

A jurisdição somente pode ser exercida senão através do processo. É preciso que existam normas jurídicas, como visto, normas jurídicas formais, adjetivas, que regulem a atividade de dizer o direito, no caso concreto, com o escopo de realizar a pacificação social. Deste modo é possível conceituar o processo penal como um conjunto de normas e princípios que determinam a forma de incidência do direito penal material, tal como nos esclarece José Frederico Marques (2000, p 8):

O processo é uma das formas de se resolverem conflitos de interesses. A lei regula e tutela, no conteúdo de suas normas, esses interesses. Inaplicada a regra legal, violado está, por isso mesmo, o interesse nela garantido. O titular deste pode, no entanto, procurar restaurar o império da lei e, desta forma, fazer valer seu próprio interesse contra aquele que o violou.

Fixado o conceito de processo penal cabe ingressar no tema dos sistemas processuais penais, de forma pormenorizada.

2.3 Dos Sistemas Processuais Penais

Segundo a melhor doutrina, deve-se primeiro perquirir o que realmente consiste ser um sistema, para então, enfrentar o tema mais afundo. Nesse sentido Paulo Rangel (2011, p. 79), leciona que:

Assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa pena, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Os sistemas processuais penais são cindidos com fundamento na junção ou separação das funções existentes no processo, reconhecendo-se, então, um modelo inquisitivo, onde as funções processuais encontravam-se reunidas em uma única pessoa ou órgão. Noutra vértice o modelo acusatório, onde os poderes de acusação e julgamento encontram-se aquinhoados em pessoas ou órgãos distintos, e por fim, um modelo ou sistema que se pretende misto, conciliatório, ora inquisitivo, ora acusatório.

Passemos então a análise de casa sistema de forma a detalhar cada qual.

2.3.1 Do sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo encontra sua origem, segundo a maioria da doutrina, nos regimes monarquistas, estendendo-se até o século XVIII. O presente sistema fez frente à época das acusações privadas, realizadas por particulares, de forma que lhes fossem mais conveniente.

Assim, o Estado-juiz passou a concentrar não só a função de acusar em suas mãos, como ainda de investigar, defender e julgar. Deste modo o réu vislumbrava, na pessoa de seu acusador e julgador, também a pessoa de seu defensor.

Constituem traços característicos deste sistema: a completa ausência de imparcialidade do julgador, o início do processo *ex officio* via *notitia criminis* oferecida pelo magistrado, o caráter sigiloso e verbal do processo, a inobservância de qualquer preceito defensivo, como também o direito ao contraditório ou a ampla defesa. Pois, trata-se o acusado como objeto do processo, o que significa apontar a inexistência de tratamento do acusado como sujeito de direitos e garantias, frente ao Estado-juiz.

Quanto à gestão da prova Paulo Rangel (2011, p. 79), expõe seu vaticínio nos seguintes termos:

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação.

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido...

Por fim, outra característica marcante deste sistema é o valor atribuído à confissão do acusado, sendo assim intitulada como rainha das provas, sendo que uma vez adquirida a confissão do réu, ainda que por intermédio de tortura, a sentença condenatória era proferida sem a necessidade de se estender a dilação probatória.

Passa-se então ao sistema acusatório, senão vejamos.

2.3.2 Do sistema acusatório

Possuindo o escopo de se contrapor ao sistema inquisitivo, acima exposto, o sistema então acusatório, distribui as funções processuais outrora exclusivamente em poder do Estado-juiz.

A acusação é realizada por órgão diverso do julgador, ora pelo Ministério Público, ora pela própria vítima, o que implica garantir a imparcialidade do juiz, que somente atuará quando provocado via ação penal, e não mais *ex officio*.

Nesse sentido, faz-se emergir uma relação jurídica processual tridimensional entre autor do fato, acusador e juiz, sendo atribuída, à parte autora da ação penal, o ônus da prova.

O acusado, neste contexto, abandona a condição de objeto do processo e passa a ser considerado como sujeito de direito e garantias, gozando de todos os princípios corolários do devido processo legal ou penal.

Ainda, rechaçando as características do sistema inquisitivo, o processo adota um viés público escrito e formal, relegando o sigilo como regra, sopesando sua necessidade somente em casos excepcionais.

Com a evolução da legislação processual penal, surge um sistema misto, conforme passa-se a expor.

2.3.3 Do sistema misto

O sistema misto é bifurcado, sendo que, em fase preliminar, realizar-se-á as investigações com o escopo de encontrar elementos do crime. Esta fase alcunhou denominar-se de juízo de instrução, vez que era conduzida por um magistrado, pois assemelha-se ao sistema inquisitório com todas as suas peculiaridades.

Cabe repisar que neste contexto não há direito de defesa, impera o sigilo e o tratamento concedido ao acusado, como objeto das investigações, quedando perquirir qualquer manutenção de imparcialidade do juiz, que ao presidir as investigações, encontra-se contaminado por elas.

Já a segunda fase do sistema misto denomina-se judicial. Inicia-se com o oferecimento de ação penal pelo Ministério Público, que a esta altura é órgão distinto daquele que irá julgar o pedido.

Este segundo momento da sistemática mista assemelha-se ao sistema acusatório, havendo importantes mudanças da fase pretérita para esta, o que possibilita o exercício do direito de defesa pelo acusado.

Lecionando sobre o tema enfrentado o professor Paulo Rangel (2011, p. 83), aduz que:

Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.

A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas

pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.

Realizada a exposição das premissas básicas e características pontuais dos sistemas processuais penais, insta investigar qual sistema fora adotado pela legislação processual penal vigente para apontar seu procedimento, sempre com o objetivo de melhor conhecer o processo penal como um todo.

2.3.4 Do sistema processual penal vigente na legislação pátria

Estabelecidos os alicerces de cada instituto, cabe, então, à luz do ordenamento jurídico vigente, perquirir a escolha do legislador ordinário quando ao sistema a ser aplicado.

Em que pese o Código de Processo Penal possuir um texto que em sua redação originária tem um caráter inquisitivo, com a ocorrência paulatina de inúmeras alterações, vem ele ganhando fortes contornos do sistema acusatório, ademais com o advento da nossa magna carta de 1988.

Assim, a doutrina é firme em asseverar que o sistema vigente é o acusatório, contudo, com algumas pinceladas do sistema inquisitivo, vindo a doutrina cunhar a expressão 'sistema acusatório não puro.

Ciente da existência de duas fases, uma pré-processual e outra processual, vige, via de regra, princípios diferentes em cada fase, como por exemplo, o sigilo afeto ao inquérito policial, que é a publicidade do processo.

Também entendemos que não há como sustentar a existência de um sistema misto, vez que o magistrado não atua na colheita dos elementos de informação em fase não processual, sendo mais acertado o entendimento da adoção pelo sistema acusatório, nestes termos o magistério do professor Paulo Rangel (2011, p. 86), assim esclarece:

Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu um grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver

em desacordo com o que aquela estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada.

Apresentados os sistemas processuais e a adoção do sistema vigente no ordenamento jurídico pátrio, sendo assegurada a vigência de um sistema acusatório não puro pela maioria da doutrina, conforme acima exposto, cabe ainda, mencionar o interessante dispositivo da Lei 9.034/95, que, a despeito de se encontrar revogado, consiste em um fenômeno pertinente ao tema, sobre o qual passaremos a discorrer.

2.3.5 Antiga lei do crime organizado e sistema processual

A antiga Lei 9.034/95, antiga porque se encontra revogada, em sua totalidade, pela nova lei do crime organizado, Lei 12.850/13, continha em seu art. 3º disposições que permitia ao juiz diligenciar elementos de informação, em fase pré-processual, inclusive pessoalmente. Essa lei veio a sofrer fortes críticas pela doutrina especializada, já que o referido artigo possuía o condão de, ao menos nos casos de crime organizado, ressuscitar a figura do juiz inquisidor do sistema misto., o que torna o sistema acusatório já não puro mais contaminado ainda por outros sistemas, o que consistiria em uma patente violação ao sistema acusatório vigente., vilipendiando também a imparcialidade do magistrado quanto aos fatos por ele investigados e, via consequencial, o devido processo legal, concernente à doutrina do professor Paulo Rangel (2011, p. 88):

Assim, entendemos que a atuação do juiz, na Lei n. 9.034/95, afrontava o sistema acusatório, pilar de um Estado Democrático de Direito, onde a figura do juiz deve estar distante e separada das partes, resguardando, ao máximo, a sua imparcialidade. A imparcialidade é, assim, um elemento integrante e indispensável da estrutura do sistema acusatório, pois o juiz não deve imiscuir-se na atividade de colheita do material probatório antes de ter provocada sua jurisdição.

Contudo, antes mesmo de sua integral revogação pela Lei 12.850/13, o referido art. 3º da lei retromencionada fora objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 1570/2004 que tramitou perante o Supremo Tribunal

Federal, (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n. 1570/2004, Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004), ementada nos termos que segue:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)

Em que pese à superveniência de lei de hierarquia superior ter regulamentado a matéria, no sentido de afastar tal dispositivo legal, a decisão acima ementada é suficientemente clara quanto à violação dos princípios constitucionais e processuais penais da imparcialidade, devido processo legal, e ainda do sistema acusatório, firme no posicionamento de que a atribuição de investigar compete ao Ministério Público e as Polícias Federal e Civil.

Assim, ante a exposição dos pontos de maior relevância afeta a matéria passa-se a análise da justiça penal.

3 DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

O reconhecimento de uma justiça penal negocial, ou consensual, implica na certeza da existência de uma justiça penal clássica, conflitiva, um modelo de justiça penal dissuasório que afasta, de forma veemente, qualquer espécie de acordo em sede criminal, haja vista os direitos tutelados na seara penal.

Esta espécie de justiça penal pressupõe o exercício de todas as etapas previstas em lei, possuindo sua gênese na investigação, passando pelo possível reexame de decisões judiciais, até o derradeiro trânsito em julgado. Assim, a justiça penal consensual consiste na previsão de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e afasta a superação de todo o procedimento penal preestabelecido em lei, mitigando os direitos da acusação e do acusado, com vistas à melhor solução para o conflito penal, de forma mais célere.

Interessante o vaticínio do professor Cláudio Jose Pereira (2002, p. 85), conforme segue:

Entretanto, a atual visão empreendida pelo Direito, como o fim de buscar soluções alternativas aos conflitos sociais existentes, além do conhecido encarceramento, tem possibilitado uma recepção adequada da denominada negociação, no campo de soluções político-criminais, onde um controle social tutelado, além da esfera direta do Direito Penal tradicional, é identificado como solução adequada à determinada parcela dos delitos, configurando uma nova interpretação deste termo e dos valores a ele agregados.

Insta salientar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, previu a criação de Juizados Especiais Criminais, com a possibilidade de soluções consensuais aos casos penais de menor potencial ofensivo, *in verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – 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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento do recurso por turmas de juízes de primeiro grau.

A mudança do paradigma de unidade da justiça penal vem cedendo espaço para as soluções alternativas de conflitos penais, ou seja, a justiça penal consensual que, por hora, não ostenta postura contraposta à justiça clássica, mas procura conviver de forma harmônica, em prol de uma justiça penal mais eficiente.

A justiça penal negocial vem positivada em nosso ordenamento, tendo como marco inicial o advento da Lei 9.099/95, que passou a regulamentar tais mecanismos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que serão objeto de um estudo aprofundado a seguir.

Há ainda interessante posicionamento na doutrina que encontra subespécies neste campo da justiça penal, assim, transcrevo as lições do professor Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p.164-165).

Dentro do guarda-chuva “Justiça consensuada” é necessário distinguir quatro subespécies: (a) *Justiça reparatoria* (que faz por meio da conciliação e da reparação dos danos – juizados criminais; crimes ambientais-TAC); (b) *Justiça restaurativa* (que exige um mediador, distinto do juiz; visa a solução do conflito, que é distinta de uma mera decisão); (c) *Justiça negociada* (onde se encaixa a *plea bargaining*, tal como nos EUA – 97 % dos casos são resolvidos pela negociação, de acordo com o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, em entrevista para o Conjur) e (d) *Justiça colaborativa* (que é subespécie da Justiça negociada, caracterizando-se por premiar o criminoso quando colabora consensualmente com a justiça criminal).

Conforme visto, o fundamento de maior relevância é a busca do ideário de justiça, que por vezes o sistema penal clássico tem perdido em meio às formalidades, impostas para o seu desenrolar e desfecho.

Com o fito de completar o sistema vigente a justiça penal negociada consiste numa alternativa, conforme salienta Cláudio José Pereira (2002, p. 98).

A aplicação da justiça penal negociada, em termos como definida, acompanha a regulamentação jurídica e os ideais de justiça, em uma análise individuada dos casos em concreto, quando de eventual disponibilização na segunda hipótese, sob o crivo analítico jurídico de

preceitos a serem preenchidos, mas seguramente na última hipótese, alcançando os fins jurídicos a que se propõe.

Dentro deste espaço de consenso, no processo penal pátrio, existem aos mecanismos alternativos de solução de conflitos supracitados. Vindo a colaboração premiada compor este espaço, conforme veremos mais adiante de forma pormenorizada.

3.1 Princípios da Ação Penal Pública

O alcance do consenso passa pela observância de determinados princípios intrínsecos à justiça penal, dentre eles, os princípios da legalidade processual, da obrigatoriedade e oportunidade ou não obrigatoriedade afetos à ação penal pública.

Princípios norteadores da atuação do órgão de acusação, qual seja, o Ministério Público, que possui legitimidade ativa privativa para a propositura da ação penal pública, conforme estabelecido em nossa Constituição Cidadã.

Em grande parte a realização dos mecanismos de consenso, atravessa o caminho do Ministério Público e influencia sua atuação, nesse sentido, deixar de oferecer a ação penal, ou não, dependerá, por vezes, da efetiva satisfação por parte do agente criminoso dos termos do consenso. Assim, os estudos dos princípios afetos à ação penal pública, materializada através da denúncia, ganha relevo. Afinal, qual a significância correta de cada um dos princípios incidentes ao tema, qual se apresenta como regra, qual abrirá espaço para exceção no ordenamento, haja vista que a aplicação dos mecanismos de consenso, dentre eles, a colaboração premiada, passa pelo crivo da observância de um ou dois ou todos os princípios que se pretende perquirir.

O espaço de consenso está aberto, os mecanismos vigentes em plena aplicabilidade, logo é extremamente pertinente realizar uma análise destes princípios com o escopo de melhor conhecer a atividade ministerial, sob o enfoque de uma justiça penal negocial.

Da obrigatoriedade da persecução penal e a abertura de um espaço de consenso, donde a discricionariedade ganha espaço, denunciar ou alcançar

alternativas consensuais para a solução do conflito é uma nova questão que surge no dia a dia do promotor de justiça.

3.1.1 Princípio da legalidade processual

É preciso buscar um conceito firme, robusto, do princípio que aqui se pretende discorrer, ao passo que confrontar o princípio da legalidade como sinônimo da obrigatoriedade, por parte do Ministério Público, de exercer a ação penal sempre que haja indícios de autoria e materialidade, frente ao princípio da oportunidade, sob a égide de uma discricionariedade subjetiva, não é suficiente no enfrentamento do tema. Assim, a melhor doutrina aponta a necessidade de realizar a separação do princípio da legalidade, do princípio da obrigatoriedade, para, então, realizar uma compreensão correta do que vem a ser o princípio da oportunidade, em prol da realização do consenso.

Vestibularmente, o princípio da legalidade, ou princípio da legalidade processual, possui substancialmente a mensagem de submissão dos atores do processo penal a lei positivada.

Conforme, Vinicius Gomes De Vasconcellos (2015, p. 43).

Inicialmente, importante frisar a necessidade de se perceber que, de um lado, há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal – especialmente daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal.

Nesse sentido, qualquer atuar, por qualquer órgão, deve estar pautado em lei, que ganha um colorido especial, quando se falar em supressão do direito de liberdade, com a imposição de uma pena, através do processo penal ao realizar o *ius puniendi* estatal.

A legalidade processual prevê a obrigatoriedade para o exercício da ação penal pública, por parte de seu titular. Prevê, ainda, situações em que a obrigatoriedade, como regra e excepcionada pela oportunidade, num convívio harmônico, não violador do ordenamento jurídico processual penal, sempre sob o manto da legalidade.

Nas lições de Vinicius Gomes De Vasconcellos, (2015, p. 46), pode-se alcançar um conceito de legalidade nos seguintes termos

Pensa-se que o *princípio da legalidade*, impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar. Ou seja, tanto na esfera penal material quanto processual, embora trazendo consequências distintas, tal princípio tem como essência a vinculação da aplicação do poder punitivo – e portanto, da atuação dos atores da justiça criminal – aos preceitos definidos em lei.

Fixados os termos em que se entende mais acertado o conceito de legalidade processual, afastando-o como significativo idêntico do princípio da obrigatoriedade, cabe então realizar o estudo do princípio da obrigatoriedade afeto à ação penal pública.

3.1.2 Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade incidente na ação penal pública pauta a atuação do Ministério Público. Independentemente, da origem dos elementos da justa causa, seja ela, consubstanciada através de inquérito policial, investigações realizadas por outros órgãos, elementos de informações oferecidos pela própria vítima do injusto penal e, ainda, investigações de autoria do próprio Ministério Público, há que se aferir a existência de elementos suficientes para realização do princípio da obrigatoriedade e oferecimento da ação penal.

Luiz Wanderley Gazoto (2003, p. 63), lecionando sobre o princípio em comento, assevera seu conteúdo, conforme segue:

De modo geral, a doutrina processualista penal, muito embora explique o significado do “princípio da obrigatoriedade”, não nos dá um conceito nítido. Normalmente, compreende-se por princípio da obrigatoriedade o que, deduzido de regras do processo penal brasileiro, determina que o Ministério Público exercite a ação penal pública sempre que esteja diante de indícios de materialidade e autoria criminal.

Em suma, ao tomar conhecimento da suposta prática de um fato criminoso, ao conhecer os elementos de informação e adotando o posicionamento, no sentido de existirem elementos suficientes de autoria e materialidade, consubstanciados em justa causa, o oferecimento da denúncia, peça processual que possui o escopo de iniciar uma ação penal em juízo, deve, obrigatoriamente, ser dirigida ao juízo competente. Corolário deste dever de iniciar a ação penal encontra-se o dever de não desistir de recurso interposto, caso seja este oferecido por parte da acusação.

Contudo, não há o dever de sustentar acusações que, em juízo, após a instrução se tornaram inviáveis, por exemplo, em virtude da insuficiência probatória, devendo assim, nesse caso, a acusação requerer a absolvição do acusado, sem incorrer em qualquer violação ao princípio sob análise.

Esboçando o presente entendimento o professor Vinicius Gomes De Vasconcellos, (2015, p. 47-48) assevera:

Trata-se de deduzir pretensão acusatória, mas, como tal, não obriga o Ministério Público a perseguir incessantemente a condenação do acusado, já que inexistente o dever necessário de recorrer de uma absolvição ou impreterivelmente requerer a condenação em razões finais.

Assim, desde já importante notar que a exclusão de fatos que carecem de justa causa para a propositura de ação penal, tal como crimes bagatelares e insignificantes, ou a inexistência de provas suficientes para seu oferecimento não questionam o princípio da obrigatoriedade, pois a insignificância conduz à atipicidade e, portanto, à não existência de um crime, sendo ilegítima a persecução penal.

Por derradeiro, vislumbra-se não se tratar de um princípio, cuja incidência seja absoluta, que não comporte ressalvas ou condicionantes. As condições da ação, sejam elas positivas ou negativas, e os elementos de informação, colhidos em fase pré-processual, possuem este condão de, em determinados casos, inviabilizarem a propositura da ação penal.

Conforme, supracitado, sob a égide da legalidade processual, os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade podem conviver, sendo o princípio da oportunidade uma exceção legal ao princípio da obrigatoriedade, onde, neste

caso, restará inviolável, mantendo sua vigência intocada pela hipótese de sustentação legal, no caso do princípio da oportunidade.

Passa-se, então, a análise do princípio da oportunidade, que também se encontra insculpido sob a denominação de princípio da não-obrigatoriedade, excepcionado o princípio da obrigatoriedade, conforme segue.

3.1.3 Princípio da oportunidade ou não obrigatoriedade

Traçado o conceito do princípio da legalidade processual, apontando seu verdadeiro alcance, a submissão a lei, e rechaçando sua identidade com o princípio da obrigatoriedade. É plenamente possível assegurar que o princípio da oportunidade vige no atual sistema processual penal como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade respeitando o todo previsto em lei. Nesse cenário cabe expressar um conceito acerca do princípio da oportunidade, traçado pelo eminente Vinicius Gomes De Vasconcellos (2015, p. 48):

A oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previsto em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador.

Portanto, há uma regulamentação das hipóteses de oportunidade, assim as manifestações do Ministério Público, sejam para realizar o princípio da obrigatoriedade ou da oportunidade, estará em exata consonância com o princípio da legalidade.

Caberá à lei, em virtude do princípio da legalidade, por razões de política-criminal, estabelecer as hipóteses de incidência do princípio da oportunidade, e assim, permitir a não obrigatoriedade do exercício da ação penal e a realização dos espaços de consenso no processo penal.

Não há uma discricionariedade ilimitada por parte do Ministério Público quanto ao não oferecimento da ação penal, mas sim situações legalmente reguladas para tanto.

Nesse sentido, Vinicius Gomes De Vasconcellos (2015, p. 51) assim discorre:

Tal panorama se desenharia a partir da definição objetiva e taxativa em lei das hipóteses em que, embora houver lastro mínimo necessário de materialidade e autoria de fato punível, o órgão acusador estatal possa se abster, motivadamente, de iniciar a persecução penal, conforme critérios legalmente especificados de cunho utilitário, político-criminal, econômico, entre outros, ou seja, que vão além da mera verificação da existência de fato capitulável em tipo penal e de provas mínimas para embasar uma denúncia. Portanto, afigura-se a possibilidade de um cenário de *oportunidade legalmente regulada*.

Ante todo o exposto, cabe analisarmos os mecanismos afetos ao espaço de consenso aberto, através do princípio da oportunidade, criando alternativas para a solução dos conflitos. Não há mais um único meio resultante em condenação ou absolvição, mas sim é possível, através do consenso oportunizado pela lei, alcançar outras resoluções e pacificar o meio social.

Nesse sentido, a Lei 9.099/95, inova o ordenamento jurídico dando ênfase às soluções alternativas aos casos criminais, conforme se passa a investigar mais atentamente.

3.2 Juizados especiais criminais lei 9.099/95

A doutrina elenca vários motivos para a criação dos Juizados Especiais Criminais, o Estado-juiz precisava, na década de noventa, oferecer uma nova roupagem a justiça penal.

O avanço da criminalidade de baixo potencial ofensivo provocava um verdadeiro congestionamento no poder judiciário, dando causa à morosidade das decisões que, na maioria das vezes, era alcançada pelo instituto da prescrição retroativa, afastando assim, a prestação jurisdicional célere e efetiva.

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho (2000, p.1) afirma:

Os constituintes de 1988, impressionadas com o número astronômico de infrações de pouca monta a emperrar a máquina judiciária sem nenhum resultado prático, uma vez que, regra geral, quando da prolação da sentença, ou os réus eram beneficiados pela prescrição retroativa, ou absolvidos em virtude da dificuldade de se fazer a prova, e principalmente considerando a tendência do mundo moderno de se adotar um Direito Penal mínimo, procuraram medidas alternativas que pudesse agilizar o processo, possibilitando uma resposta rápida do Estado à pequena criminalidade, sem o estigma do processo, à semelhança do que ocorria com a legislação de outros países.

Ainda, o aumento na população carcerária, que continua em expansão até hoje, deixava evidente a necessidade dos atores da justiça penal atribuírem maior dedicação aos crimes de maior monta, e exigia que o Estado desafogasse o poder judiciário.

Precipuamente alguns estados-membros da federação, em seu âmbito de jurisdição, se arvoraram em legislar a criação de Juizados Especiais Criminais, conforme Nereu José Giacomolli (2009, p. 15).

Antes da Lei 9.009/95, os Estados de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Paraíba, através de leis estaduais, criaram Juizados Especiais Criminais. A abrangência da Lei 1.071, de 11 de julho de 1990, do Estado do Mato Grosso do Sul, era maior que a da Lei 9.099/65, pois incluía os crimes dolosos com pena de reclusão de até um ano, e detenção de até dois anos, os crimes culposos e as contravenções penais. No entanto, o STF declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais criadoras de Juizados Especiais Criminais antes do advento da Lei Federal.

Assim, com o escopo maior de desburocratizar para ser célere e eficaz é que surge a Lei 9.099/95, trazendo em seu bojo a abertura dos espaços de consenso na justiça penal, através de seus mecanismos, que mais adiante passaremos a analisar.

Nesse sentido, o escólio Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 24) esclarece:

A Carta Constitucional deu margem a importantes inovações em nosso ordenamento jurídico penal e processual penal, aproveitando-se a experiência de instrumentos jurídicos já utilizados em vários países, como os Estados Unidos e Itália, destinados à desburocratização e simplificação da Justiça Penal. Deu-se resposta à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, possibilitando-se uma solução rápida para a lide penal, que pelo consenso das partes, com a pronta reparação dos danos sofridos pela vítima na composição, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, que por um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações penais de menor gravidade na hipótese de não se lograr ou não ser possível aplicar uma ou outra daquelas medidas inovadoras.

Em que pese a natureza do mecanismo de consenso, seja a composição civil, a transação penal, ou a suspensão condicional no processo, por ordem da lei instituidora dos Juizados Especiais Criminais, o que se extrai deste novo paradigma é que, em busca de soluções para a justiça penal, o consenso entre as partes se revelou uma alternativa, que para alguns ostenta também o peso de solução para a criminalidade, tomada como de menor potencial ofensivo, noutra vertice, trata-se apenas de uma alternativa.

Sob a égide de uma principiologia voltada à prolação de decisões céleres, surgem então, em sede processual penal com papel de protagonistas, os princípios da oralidade, informalidade, economia processual, e do consenso, que podem ser sentidos através da previsão e aplicação de um procedimento mais enxuto, com outro instrumento de investigação, audiências preliminares, possibilidade de acusação oral, bem como através das medidas de consenso.

Lecionando sobre o tema o professor Nereu José Giacomolli (2009, p. 61) assim discorre:

Paulatinamente, o sistema tradicional passou a admitir soluções consensuadas, como forma alternativa de solução dos casos criminais, “ficando a resolução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade ou relevância”. Os perigos são as derivações à privatização da jurisdição no âmbito criminal, após penosa conquista da exclusividade da jurisdição estatal criminal.

Trabalhadas as linhas preliminares e a apresentação do contexto da justiça criminal, que fomentou a gênese da Lei 9.099/95, ainda, as alternativas oferecidas pelo legislador aos problemas então vigentes. Cabe agora conhecer de forma pormenorizada os instrumentos que se apresentam gestores de uma justiça penal em que o consenso ganha espaço como solução aos casos penais.

3.2.1 Composição civil

O presente instituto jurídico-penal encontra-se insculpido na Lei 9.099/95, em seu art. 74, *caput* e em seu parágrafo único, vejamos seu teor conforme segue:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Trata-se verdadeiramente de um instituto de autocomposição, cabendo as partes envolvidas, autor do fato e vítima, alcançarem um acordo satisfativo para ambos. É disponível ao réu o dever de indenizar, ao passo que o aceite do acordo também o é.

Contudo, esta autocomposição se realiza em juízo, o que a eleva a uma espécie de autocomposição processual, uma vez que é imprescindível a realização de alguns requisitos, para que seja válida e produza os efeitos determinados por lei.

Consistindo, em regra, em uma forma de solução do conflito criminal, via autocomposição processual, como explanado, a composição civil dos danos requer forma escrita e homologação judicial.

Insta destacar que neste momento o juiz se encontra em uma posição especial, passando de mero espectador do diálogo entre as partes, para atuar como um facilitador do acordo, garantindo a não ocorrência do desequilíbrio entre as partes, evitando a ocorrência do injusto, sob pena de não homologação daquilo que

venha a ofender a lei e a justiça, nesse sentido assevera Nereu José Giacomolli (2009, p. 101-102):

A função do magistrado no JECrim não é a de mero homologador da composição dos danos, mas sim de um verdadeiro mediador-condutor do processo de aproximação do autor do fato e da vítima, para que esta obtenha a imediata reparação dos danos. O juiz não ocupa a posição ordinária processual de um terceiro acima das partes, que dita verticalmente uma decisão, mas de um sujeito que atua num plano horizontal, numa perspectiva dialogal, condutor do consenso.

Ainda, quanto aos requisitos, superada a forma e o papel extraordinário do juiz na persecução da autocomposição, torna-se imprescindível a intimação do ilustre Ministério Público para participar do ato, haja vista os efeitos que se pretendem produzir.

No mesmo sentido, com fulcro na observância do devido processo legal, faz-se necessária a presença do defensor do autor do fato, seja particular ou dativo, se for o caso, pois, a ciência, daquilo que se pretende pactuar, garante a ausência de vícios da vontade, conforme se depreende do ilustre trabalho do professor Nereu José Giacomolli (2009, p. 102):

Segundo o art. 5º, LV, da CF, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. A ciência das partes dos reais efeitos da composição civil, depende de uma orientação apropriada e eficiente, tanto pelo juiz, Ministério Público, quanto pelos advogados. Por isso, já nos mandados de intimação deverá constar a necessidade de comparecimento na audiência preliminar, acompanhados de advogado (art. 72). Compete ao juiz, diante do não-comparecimento de advogado, proceder à nomeação de um profissional habilitado para garantir a defesa técnica e o equilíbrio entre os sujeito, mesmo restrito ao ato.

Superados os requisitos, passa-se à análise dos efeitos produzidos pela autocomposição processual, uma vez homologado o acordo entabulado entre as parte opera-se a renúncia do prazo recursal e a impossibilidade de rediscussão da composição civil em qualquer juízo, ressalvadas as composições partidas que em

seu ato compositivo já teria excepcionado matéria a ser discutida em outro âmbito de jurisdição.

Quanto aos efeitos penais, a composição civil dos danos surtirá efeitos a depender da iniciativa da ação penal pública. Expressamente, já no parágrafo único do artigo em comento, tratando-se de ação penal privada ou ação penal pública condicionada, importará renúncia ao direito de queixa-crime ou ao direito de representação.

A que se reparar consistir uma exceção ao Código Penal, que determinada que, realizada a composição dos danos, tal fato não implicará renúncia ao direito de queixa.

Damásio de Jesus (2009, p. 53).

A homologação do acordo civil acarreta renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único). Aplica-se o princípio da autonomia da vontade. O ofendido, voluntariamente, dispõe de suas garantias constitucionais. Na ação penal privada, constitui exceção a regra da nossa legislação criminal, uma vez que o art. 104 do CP determina que a reparação do dano não implica renúncia tácita ao direito de queixa.

Ao passo que, em que pese não contrariar com redação explícita do artigo estudado, tratando-se de ação penal pública incondicionada, a composição civil dos danos poderá ser sopesada como arrependimento posterior.

Damásio de Jesus, (2009, p. 52).

1ª) tratando-se de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, o acordo civil conduz à extinção da punibilidade; 2ª) cuidando-se de crime de ação penal pública incondicionada, o acordo civil, havendo reparação integral do dano, permite a aplicação do arrependimento posterior (CP art. 16), atenuando-se a pena imposta na transação penal.

Assim, em sede de ação penal privada e de iniciativa condicionada à representação, a composição civil, levada a cabo, consiste em uma autocomposição processual impeditiva do exercício do direito de ação, por parte do ofendido, em virtude de sua renúncia, para o Ministério Público que restará obstado ante a ausência de representação.

Por derradeiro, obstaculizado o exercício da ação penal, diante da presença da composição civil, nas espécies de ação penal descritas no parágrafo único do artigo, resta ao juiz, já no ato homologatório, declarar extinta a punibilidade do autor do fato.

Realizado o estudo acerca da composição civil dos danos, devemos nos ater ao próximo instituto previsto dentro do espaço de consenso inaugurado pela Lei 9.099/95, a transação penal.

3.2.2 Transação penal

A transação penal é mais um mecanismo integrante do espaço de consenso na justiça penal, espécie do gênero conciliação determinada pela Constituição da República, com previsão na Lei 9.099/95, possui o escopo de conciliar as partes, em relação ao caso criminal instaurado.

Coube ao art. 76, da Lei 9.099/95, disciplinar a aplicação da transação penal, senão vejamos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

A melhor doutrina, ao tecer excelsos comentários acerca do tema enfrentado, assegura que a previsão do instituto fora influenciada pelo direito penal europeu, mais especificamente pelo direito penal italiano e pelo direito penal norte-americano, Nereu José Giacomolli, (2009, p. 115) assim expõe:

Já se tem afirmado que o *patteggiamento* italiano é filho da *plea bargaining*. Conseqüentemente, a transação criminal brasileira, ao receber a influência do sistema italiano, por via indireta, foi influenciada pela *plea bargaining*.

Tratar-se de um acordo quanto à aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, realizado entre acusação e autor do fato, requerendo homologação judicial para que surta seus efeitos legais, em caso de cabal cumprimento dos termos pactuados.

Ao nosso sentir parece haver uma contradição quando se aduz ser o instituto da transação penal uma fórmula despenalizadora pura e simples. O que se pretende é transacionar uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa, espécies do gênero sanção penal, à luz de um desfecho extremamente célere ao caso penal. Tão pouco descarcerizadora, uma vez que rechaçada a transação, em alguns casos poderia o autor do fato ser beneficiado com a suspensão condicional do processo, com a suspensão da pena, ou ainda, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no ato da condenação, não vindo assim ingressar no sistema carcerário.

Nesse sentido, a que se observar, quanto à natureza jurídica da transação penal, as lições do professor Nereu José Giacomolli (2009, p. 120).

A verdadeira índole da transação criminal emerge quando se analisa o ato processual pelos diversos prismas de atuação dos sujeitos nele envolvidos, bem como seus efeitos. Segundo Carnelutti, a transação é um ato complexo, uma espécie do gênero autocomposição, efetuada pelas partes.

Por sua vez, Alcalá-Zamora y Castillo refere que a palavra autocomposição se decompõe em *auto* – realizada por obra de um dos litigantes –, e em *composição* – solução, resolução, ou decisão do litígio –, diferentemente da solução tomada por um juiz no final do processo.

O juiz, mesmo que não possa modificar o acordo criminal, analisa a presença dos requisitos legais e individualiza a sanção, pois o direito de punir pertence a ele, e não às partes. Assim, a transação criminal não representa uma autocomposição pura do litígio, como ocorre no processo civil.

Esboçados os entendimentos acerca da natureza jurídica da transação penal, cabe ressaltar a manutenção do instituto frente aos princípios processuais penais constitucionais., afastando qualquer violação desta espécie de princípio, haja vista o caráter não absoluto deles frente à autonomia da vontade do autor do fato, que ciente dos efeitos da transação e de forma livre, aceita o acordo, mitigando-os por assim dizer, menciona-se as lições do professor Damásio de Jesus (2009, p. 60).

- **Princípios do estado de inocência, do contraditório, da busca da verdade real e da ampla defesa**

O instituto da transação inclui-se no “espaço de consenso”. De modo que esses princípios não devem ser considerados absolutos e sim relativos,

abrindo espaço para a adoção de medidas que, em determinado momento, são de capital importância para o legislador na solução de problemas, como da criminalidade, economia processual, custo do delito, superpopulação carcerária etc. A aceitação, pelo autuado, de uma pena menos severa, encerrando-se o episódio, encontra fundamento como expressão da autonomia de sua vontade e como livre manifestação de defesa. Ele, voluntariamente, abre mão de suas garantias constitucionais.

Insta destacar ser majoritário o entendimento de ser incabível a aplicação da transação penal para os crimes, cuja ação penal seja de iniciativa privada. Assim, ante o preenchimento dos requisitos exigidos por lei, o autor do fato possui direito subjetivo de lhe ser ofertado a transação penal por parte do Ministério Público, que somente poderá deixar de oferecê-la de forma motivada quanto à ausência dos requisitos. Sendo caso de recusa imotivada, caberá ao juiz aplicar por analogia o art. 28, do Código de Processo Penal, com a consequente remessa dos autos para o Procurador Geral de Justiça.

Logo, a palavra “poderá” expressa no *caput* do art. 76, da Lei 9.099/95, deve ser tomada como um dever, ante o supracitado.

Uma vez realizada a proposta de transação penal, por parte do autor da ação penal, cabe ao autor do fato, sua adesão aos termos da proposta, realizar contraproposta ou recusa, conforme Fernando da Costa Tourinho Filho, (2000, p. 102).

Feita a proposta, não só pode haver recusa como uma contraproposta quanto à forma de pagamento, tal como permitido pelo art. 50 do CP. Nada impede, como uma solução em face da omissão do legislador, que na proposta ministerial fique consignado que o descumprimento da pena restritiva de direito implicará convolação em multa, cujo valor deverá, de logo, ficar estabelecido. Afinal de contas, transação é acordo...

Em caso de aceite, o juiz especial homologará o acordo entabulado entre as partes, não podendo majorar a pena imediatamente imposta, mas sim atenuá-la em caso de excesso, haja vista sua qualidade especial de tutor do equilíbrio entre as partes.

Aceita e homologada a transação, esta não implicará em assunção da culpabilidade pelos fatos imputados ao acusado, ou seja, a sentença não condena o

autor dos fatos, tampouco possuirá o condão de gerar reincidência, efeitos civis, lançar o nome do autor dos fatos no rol dos culpados, não ocasionará maus antecedentes, obstando somente a realização de nova transação dentro do prazo de 05 (cinco) anos, exigindo-se, assim, o registro da sentença homologatória.

Por fim, vencido mais um mecanismo realizador do consenso no processo penal, que de forma célere permite a aplicação imediata da pena, frente à não resistência do autor dos fatos, passa-se então ao estudo do instituto da suspensão condicional do processo.

3.2.3 Suspensão condicional do processo

Dentre o rol “conciliação”, cunhado pela nossa Carta Cidadã, encontra-se a suspensão condicional do processo, também denominada “*sursis*” processual ou antecipado. Com o advento da Lei 9.099/95, o instituto fora previsto no art. 89 da referida lei, *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presente os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Preliminarmente, é preciso ressaltar que a suspensão condicional do processo ultrapassa a barreira dos crimes de menor potencial ofensivo, para, à luz do *caput* do art. 89, da Lei 9.099/95, retrotranscrito, arvorar-se sobre a criminalidade de médio potencial ofensivo.

A suspensão condicional do processo consiste em uma transação processual, na busca de um conceito para este instituto Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 245) descreve:

A suspensão condicional do processo, também denominada *sursis* processual, consiste, assim, em sustar-se a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça

a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa à revogação do benefício.

Com base em permissão legal, para os crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, preenchidos os requisitos de caráter objetivo e subjetivo, é possível suspender, parar e obstar o curso do processo penal, sob condições pactuados com o acusado, que deverá cumpri-las dentro de um período de tempo fixado, para que, ao final deste período de prova, sua punibilidade seja extinta, provocando-se, assim, o fenômeno da despenalização e conseqüente descarcerização.

O Ministério Público possui o dever de propor a suspensão, somente podendo não proceder desta forma quando os requisitos não estiverem cabalmente preenchidos, com base em expressa fundamentação.

O acusado pode recusar a proposta de suspensão e pretender ir até o final do processo, caso tenha esperança de ver sua absolvição declarada, pode, ainda, realizar uma contraproposta ou, simplesmente, aceitar a suspensão nos termos ofertados pela acusação.

Resta patente ser o presente instituto mecanismo de resolução dos casos criminais através do consenso, assim Julio Fabbrini Mirabete, (2000, p. 245) escreve:

É mais uma espécie de transação processual, autorizada por expressa disposição da Constituição Federal (art. 98, I) e fundada no denominado “espaço de consenso” em área processual penal, atenuando-se os princípios da obrigatoriedade da ação penal, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. É possível, com o consenso do acusado, que exerce uma faculdade dispositiva a respeito das citadas garantias, evitar a instrução, o debate do mérito da causa e a aplicação da sanção penal com a aceitação das condições obrigatórias e facultativas impostas com a suspensão do processo.

Assim sendo, o presente instituto despenalizador corolário da Constituição, não há que se falar em inconstitucionalidade do mecanismo de consenso processual que busca gerar efeitos penais e processuais penais

Nesse sentido, corroborando o todo aduzido, afirma Nereu José Giacomolli (2009, p. 200-201).

Há sustentação de constituir-se a suspensão condicional do processo em um ato processual bilateral de postulação, com efeitos de direito processual penal, e material; uma espécie de transação processual despenalizadora, autorizada constitucionalmente; um ato discricionário do Ministério Público sobre a *res deducta in judicio*; uma transação processual e não penal, que implica disponibilidade da ação penal, como manifestação da oportunidade regrada.

Ao Aproximar-se da decisão homologatória da transação, a decisão que homologa acordo da suspensão processual também não gera nenhum efeito penal. Neste contexto, apresentada a Lei 9.099/95, que introduziu o espaço de consenso em sede processual penal, através dos mecanismos acima expostos, quais sejam, composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, que à sua maneira procuram solucionar a crise existente no processo penal clássico, instaurando um novo paradigma denominado justiça penal negocial ou consensual. Para tanto, ao realizar a necessária mitigação de algumas garantias processuais penais, através do consenso do autor dos fatos, passa-se a análise das propostas tendentes a expandir ainda mais o espaço de consenso, em que a colaboração premiada vem sendo aplicada.

3.3 Tendências Expansionistas dos Espaços de Consenso

Neste tópico pretende-se abordar algumas tentativas, obstadas ou ainda em curso, de cunho legislativo, com o objetivo de alterar e inovar a legislação vigente para introduzir em nosso ordenamento jurídico outros mecanismos de consenso. Certo de que tais mecanismos possuem o condão de expandir o espaço de consenso então vigente, sendo desnecessário, por hora, perquirir sua viabilidade ou efetividade social e jurídica.

Vislumbra-se que tais proposições legislativas talvez sequer alcancem a sua existência no ordenamento jurídico, cabendo apenas mencioná-las, a título de conhecimento do trabalho legislativo que vem sendo realizado nesta seara da ciência jurídica.

3.3.1 Projeto de emenda a constituição n. 230/00

Este projeto de emenda à Constituição tem por objetivo acrescentar ao art. 129 da Constituição da República o inciso X, cujo teor passo a transcrever

Art. 1º- O art. 129 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art.129.....
.....

X – Negociar a pena de indiciados em Inquérito Policial e/ou denunciados em ações penais em curso, podendo fazer acordo, transigir, desistir da ação penal, conceder imunidade para que estes confessem detalhes de crimes, apontem cúmplices, desde que preenchidos os requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar.

A previsão legislativa tem por finalidade instituir, no ordenamento jurídico pátrio, a *plea bargaining*, concedendo ao Ministério Público ampla discricionariedade quanto a ação penal.

Segundo a justificativa da ementa, em virtude do avanço da criminalidade organizada, o Estado precisa de meio hábeis e eficazes para o combate a esta espécie de criminalidade que açoita o próprio Estado.

Sob influência da aplicabilidade do *plea bargaining* no sistema jurídico penal e processual penal norte-americano e pela eficácia deste mecanismo no dismantelo da máfia italiana. Entende-se que o mecanismo em questão seria suficientemente contundente em combater os crimes perpetrados por agentes organizados que, ainda segundo a justificativa da emenda, encontram-se às sombras da ineficiência estatal.

A presente emenda à Constituição se encontra arquivada, sendo apenas crível salientar que o Estado, através poder legislativo, não é indiferente ao problema e ao enfrentamento desta questão, via ampliação do espaço do consenso em sede processual penal, por intermédio da importação do fenômeno do *plea bargaining*, que deverá, caso aprovada, ser objeto de regulamentação via lei complementar.

3.3.2 Novo código de processo penal – projeto de Lei n.156/09 e o novo código penal – projeto de Lei n. 236/12

Existe uma tendência internacional de introduzir espaços de consenso e seus mecanismos na seara penal com a finalidade de se alcançar um processo penal mais célere e combativo aos casos penais.

Conforme o todo supracitado o Brasil não é exceção a esta tendência expansionista. A própria Constituição Federal em seu art. 98 e, conseqüentemente, a Lei 12.850/13 são efeitos deste fenômeno. Assim, o projeto de Emenda à Constituição, acima exposto, possui o objetivo de introduzir ~~de~~ o instituto do *plea bargaining* no ordenamento jurídico vigente.

Os projetos de lei 156/09 e 236/12, respectivamente possuem como meta introduzir um novo Código Penal e um novo Código de Processo Penal, ou seja, uma reforma global na tutela da criminalidade e com ela a previsão de uma forma simplificada de procedimento.

Com eventual aprovação, publicação e vigência dos referidos diplomas, seria possível, através da assunção da culpa pelo acusado, a imediata aplicação da pena mínima cominada em abstrato no tipo penal, denominando-se tal prática de procedimento sumário. Neste sentido, para aqueles crimes definidos em lei, a aplicação imediata da pena seria cabível, sem, contudo, se levar a cabo um processo penal clássico, que dispensaria a produção de provas ante a confissão do acusado, em prol de uma celeridade na solução do conflito.

Insta salientar que tais projetos encontram-se em tramitação nas respectivas casas legislativas, podendo tais dispositivos serem afastados e não lograrem êxito em seu ingresso no ordenamento jurídico. Contudo, o presente tópico tem por objetivo revelar que a tendência expansionista de solucionar os conflitos penais, através das soluções alternativas, existe também em âmbito nacional, através dos projetos de lei aqui aduzidos.

Neste cenário vislumbra-se necessário o estudo acerca dos princípios pertinentes que norteiam o Direito Processual Penal, sem, contudo, ter o objetivo de esgotar a matéria neste trabalho.

4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

A doutrina sustenta diversos significados para a palavra princípio, havendo uma clara referência aos conceitos de fonte, origem, base e alicerce, possuindo como escopo estabelecer os cânones, valores informadores de toda a atuação do sistema jurídico-normativo.

Certo da dissidência dos juristas quanto à correta distinção entre regras e princípios, ao nosso sentir, o melhor entendimento sobre o conteúdo do tema se depreende do vaticínio daqueles que vislumbram a exequibilidade de decompor o ordenamento jurídico vigente em princípios e regras fixando, assim, distinções entre tais fenômenos, devendo apenas guardar similitudes quanto a serem espécies do gênero norma jurídica. Nesse sentido cabe transcrever o escólio do douto professor André Estefam (2013, p. 120), ao enfrentar o tema:

Pode-se dizer que os princípios, ao lado das regras, são espécies do gênero *normas jurídicas*, uma vez que ambos estabelecem comandos deônticos.

Os princípios são a “expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio”.

Sendo crível apontar as características diferenciadoras entre as duas figuras, princípios e regras, para que se possa defini-los e alcançar o seu verdadeiro significado, limite e conteúdo.

Os princípios consistem em um fundamento para as regras o que possui o condão de elevar hierarquicamente sua posição frente às demais regras do ordenamento. Possuem proeminente grau de abstração o que lhes permite uma aplicação imediata, a cada caso particularmente, podendo revelar a incidência de um princípio em um número indefinido de casos, o que vem a ser denominando de poliformia.

Cabe, ainda, ressaltar importante função abstraída do estudo do conteúdo dos princípios, qual seja sua capacidade impeditiva de se produzirem retrocessos no ordenamento jurídico vigente, à luz das garantias individuais conquistadas ao longo da história das civilizações.

Quanto ao tema insta salientar os ensinamentos do ínclito professor Andre Estefam (2013, p.122).

Os princípios, Ademais, fixam padrões (*standards*) de justiça.

Eles possuem uma eficácia impeditiva de retrocesso: uma vez sendo dada execução a uma norma constitucional, o legislador não pode voltar atrás. Podemos apontar, como exemplo, a mudança, de interpretação decorrente do art. 366, do CPP. Desde 1996, o dispositivo impede que o processo penal siga sem a certeza de que o acusado tem efetivo conhecimento de sua existência e do teor da acusação contra si elaborada. Trata-se de concreção do princípio constitucional da ampla defesa, que somente passou a ser adotado a partir do mencionado ano. De certo, qualquer tentativa de revogar a regra atual e retomar o sistema anterior (que permitia o seguimento de um processo criminal sem o conhecimento real do acusado) seria considerada inconstitucional, já que representaria evidente retrocesso.

Por força do escalonamento hierárquico-normativo do ordenamento jurídico pátrio, alocando a Constituição Federal como a norma fundante de todo ordenamento e fonte de orientação da toda produção e interpretação legislativa, coube a nossa Constituição Cidadã de 1988, insculpir, em seu bojo, um extenso rol de princípios processuais penais expressos e implícitos. Trata-se de garantias individuais de todo cidadão em face do Estado-juiz no exercício do direito de punir, o *ius puniendi* estatal, vez que tais princípios possuem a nobre missão de preservar o *status libertatis* do cidadão frente à desenfreada e arbitrária punição.

Nesse sentido, corroborando o todo alegado e acrescentando robustez ao trabalho, faz-se significativo transcrever as linhas traçadas pelo professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 36), acerca do tema:

Mas, embora seja possível visualizar os *princípios constitucionais* como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às *regras jurídicas*, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seu comando, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros em possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito e de

Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento do direito alheio.

Nesta toada não resta dúvida quanto à importância dos Tratados Internacionais que dispõem sobre Direitos Humanos e, mais especificamente, sobre matéria refletida na seara do Direito Penal e do Direito Processual Penal, com posição hierárquica de suprallegalidade ou possuindo status de emenda à Constituição, tais dispositivos normativos requerem a obrigatoriamente sua observância pelo legislador ordinário e judiciário quando do trato com a matéria.

Assim, todo o Código de Processo penal deve ser interpretado e aplicado à luz dos princípios fundamentais e decorrente dos compromissos assumidos em âmbito internacional.

Realizada uma breve introdução acerca do tema cabe perquirir individualmente os princípios informadores do processo penal.

4.1 Princípio do Devido Processo Legal

Com previsão constitucional no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua-se de forma explícita, que nenhum cidadão terá sua liberdade constrangida, senão após a observância esmerada do devido processo legal, ou penal, conforme caso. Está aqui traduzido o pilar do direito processual penal, consistindo fundo matriz dos demais princípios.

Assim, conforme bem destaca o douto professor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 64), o princípio em estudo tem suas raízes ligadas à legalidade, e busca garantir o efetivo cumprimento da lei:

O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal.

Percebe-se então que, além de ser um princípio orientador de toda a relação processual, representa também a união de todos os princípios do sistema criminal brasileiro.

O princípio do devido processo legal, na realidade é, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio regente de todo Estado Democrático de Direito, vez que ambos se conversam de maneira íntima e harmônica. Ainda, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana este possui dois enfoques, onde o primeiro, num aspecto objetivo, tem o sentido de se buscar a preservação e a manutenção de um mínimo existencial. Já um segundo aspecto, possui viés subjetivo, refere-se mais aos sentimentos inerentes dos seres humanos, mas especificamente, a respeitabilidade e a autoestima, conforme podemos observar do trabalho do professor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 63), que entende:

Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV da CF. Sobre o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência.

Podemos notar com isso que essa ligação encontra uma fundamentação constitucional, com a ideia de garantir ao ser humano, condições para manutenção de tal status. Desta maneira percebemos que ambos os princípios são norteadores dos demais, uma vez possuem a finalidade de garantir os procedimentos e sua correta aplicação dentro do nosso atual ordenamento jurídicos, para evitar desde nulidades, até mesmo uma grave violação aos direitos humanos.

Concluir com isso, que todos os princípios estudados, são fundamentais, não somente para a continuidade correta na seara criminal, mas também o direito como um todo.

Além das características trazidas pela ideia que se tem de “princípio”, podemos acrescentar que tanto o princípio do devido processo legal, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, são os dois princípios mestres, basilares, fundamentadores e primordiais para nosso ordenamento jurídico.

4.2 Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência é também conhecido como princípio da não culpabilidade, ou ainda, princípio da presunção de não culpa, sendo indiferente quanto ao significado do conteúdo do princípio em comento.

O referido princípio tem fundamento internacional no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prevê que todo o homem é considerado inocente até o reconhecimento de sua culpa, após a observância do devido processo penal, requisito indispensável à sua condenação.

Em sede de previsão normativa, cabe ainda salientar que o princípio em estudo se encontra insculpido na Declaração Universal de Direitos humanos, na Convenção Européia para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e, por fim, na Convenção Americana de Direitos Humanos, todos, guardadas as devidas proporções quanto à redação do texto legal, expressam, ao mesmo tempo, a repulsa de um tratamento de presunção de culpa sem a necessidade de uma dilação probatória para essa finalidade.

Percebe-se que pode ter significados distintos o referido princípio, dentro de um papel internacional, quais sejam de estabelecer garantias do réu perante o Estado, bem como a manutenção da presunção de inocência durante o processo penal. Por fim conclui-se que este princípio é destinado não somente ao réu, mas também de igual forma ao detentor da competência de julgamento do caso em concreto.

Nada obstante essa previsão legal, a Constituição Federal, prevê uma ampliação do direito previsto internacionalmente, uma vez que art. 5, inciso LVII da mesma Constituição determina que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, senão vejamos:

Art. 5º, LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A Carta Maior é terminantemente clara ao determinar que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o marco delimitador, o qual poderá afastar o estado de inocência que todos os seres humanos gozam. Desta forma, deve o

acusado não ser declarado culpado, mas somente o poderá, quando uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, o fizer, desde que observados os demais princípios e garantias individuais insculpidas dentro da ação penal.

Derivam outras duas regras deste princípio, quais sejam o *in dubio pro reo* e a regra de tratamento.

4.3 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório se resume em ciente e participação, como uma garantia de conhecimento e da possibilidade de influência no ato decisório, meio pelo qual o permitirá as partes do processo influir para a formação do convencimento do juiz.

Ainda, o princípio do contraditório, conjuntamente observado com o princípio da ampla defesa, consagrou-se como a âncora de todo o processo.

Em observação ao artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, que determina aos litigantes, tanto nos procedimentos de cunho judicial quanto administrativos, bem como aos acusado de maneira geral, lhe serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, incluindo os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Podemos observar que o princípio em comento contém em seu íntimo direitos distintos capazes de desdobramentos, quais sejam o direito à informação, quanto no direito à participação, sendo assim, obrigatória tanto a informação às partes, quanto reação desta informação.

Lecionando acerca do princípio em comento, cabe transcrever as lições do professor Edilson Mougenot Bonfim (2012 p. 69) acerca das espécies de contraditório:

- a) *Contraditório real*, assim se denomina o que se efetiva no mesmo tempo da produção probatória, como ocorre, por exemplo, durante a inquirição de testemunhas em juízo. Nessa oportunidade, confere-se imediatamente à parte contrária a possibilidade de reperguntas.
- b) *Contraditório diferido*, o que ocorre posteriormente à produção de prova, ou seja, quando das alegações, debates, requerimentos e impugnações ulteriormente efetuadas pelas partes. Desse modo, em caso de impossibilidade de efetivação do contraditório real, pela natureza da prova (interceptação telefônica, busca e apreensão, etc.) ou pela natureza do procedimento (inquérito policial), ou ainda pelo momento em que se realiza (ex.: exame perinecropsóptico em um morto, sem que se tenha ainda determinada a natureza jurídica da morte e/ou suspeita de autoria), deve ser garantido às partes o contraditório diferido em respeito ao art. 5º. LV, da Constituição Federal.

Desta forma, percebe-se que o dito princípio tem mais de uma função, qual seja a ciência do conteúdo das acusações, bem como a manifestação de sua irresignação quanto às imputações a ele elencadas. Sua ausência poderia resultar não somente em uma insegurança jurídica, mas também em uma verdadeira anarquia do sistema judiciário, tendo em vista que não se tem processo sem partes e a ciência é o que legitima a vida do procedimento.

Diante de tais informações podemos ainda notar que o próprio texto legal determina que não pode haver uma reação às informações de maneira formal, já que encontra-se em debate um dos bens mais primorosos do Direito, qual seja a liberdade.

Assim, o Código de Processo Penal, em seu art. 261, prevê que mesmo diante da ausência ou do interesse em manifestar-se quanto ao que lhe é imputado, o artigo mencionado impõe a exteriorização de um defensor, classificado como defesa técnica.

Nota-se ainda, que nos casos de procedimento de júri, o juiz, ao notar que o réu encontra-se indefeso, ou seja, a atuação do procurador do acusado é realizada somente de maneira formal como defensor, lhe possibilita a nomeação de outro causídico, conforme disposição do art. 497, V do Código de Processo Penal.

Ante o todo exposto passemos ao princípio da ampla defesa.

4.4 Princípio da Ampla Defesa

Com previsão constitucional, cito art. 5º, LV da Magna Carta, parece que a ampla defesa, sob o prisma do acusado, é vista como um direito que lhe é posto, porém sob o enfoque contrário, ou seja, interesse geral, podemos entender que o princípio da ampla defesa é uma garantia. Tal princípio encontra íntima relação com o princípio visto anteriormente, sendo através deste, o seu meio de manifestação. Podemos ir além, ao entender que um não é originário do outro, porém se complementam de maneira tão próxima que podem ser confundidos.

Segundo a doutrina, a ampla defesa pode ser subdividida em dois aspectos. O primeiro deles é o aspecto positivo, onde se caracteriza pela real utilização dos meios e modos de produção, ou esclarecimentos ou ainda, confrontação de elementos de prova que ligam-se com a materialidade da conduta tipificada. O segundo aspecto, ou negativo, pode ser consistido em uma não ação, ou seja, a não realização de uma determinada conduta, podendo consistir a não produção de elementos probatórios que prejudiquem a defesa do réu.

Desta maneira, o princípio em tela, permite que se trate de maneira desigual o acusado, com o intuito de se garantir a observância do princípio da igualdade, insculpido no nosso ordenamento pátrio. Assim, aos acusado são outorgados vários privilégios para que a igualdade seja encontrada, não somente no plano formal, mas sim no plano material da norma, encontrando, com isso, uma real aplicação dos direitos e garantias previstas.

A ampla defesa pode ainda compreender tanto a defesa técnica, a qual é realizada por um profissional com competência para tanto, ou seja, encontrar-se devidamente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, como a auto defesa, a qual é exercida pelo próprio acusado e em momentos cruciais do processo. Este último diferencia-se do que precede.

Embora a ampla defesa não possa ser ignorada pelo doutor julgador do caso, ela é disponível, já que não há como se obrigar o acusado, que exerça direitos, como o interrogatório, nem tão pouco obrigá-lo a acompanhar a instrução processual.

4.5 Princípio da Verdade Real

Vigorava no âmbito cível, da verdade formal, na qual consistia resumidamente em que os autores levavam ao conhecimento do juiz os fatos e o material probatório. Por outro lado, a verdade material, consiste em uma verdade absoluta, inquestionável, inatingível sobre os fatos em questão. Diante de tal quadro, começou-se a perceber que a dita realidade a ser atingida pelo Estado era uma perseguição sem fim, tornando-se em um ato irritado, vazio, principalmente por ficar justificada a atuação, por parte do Estado, em cometer abusos e ou arbitrariedades por parte dos portadores do poder para se chegar a esta verdade real. Entretanto, para o processo penal, tem se admitido a impossibilidade de alcançar a verdade absoluta ou inquestionável. A prova que acabava por ser produzida em juízo, mesmo que robusta, era incapaz de dar a duto julgador do caso concreto, o juízo de certeza.

Percebeu-se assim que somente poderia haver uma aproximação, maior ou menor, com relação aos fatos que pesam contra o acusado. Desta maneira, há que se buscar, não a verdade real dos fatos, mas sim uma maior ou menor exatidão dos fatos, buscando com isso, uma proximidade com a realidade que contenha, ao máximo, a veracidade.

Faz-se pertinente trazer à baila as lições do ínclito professor Edilson Mougenot Bonfim (2012 p. 73), acerca do tema:

O dever de produção de provas não é apenas das partes, portanto. Havendo interesses maiores em discussão, as provas são produzidas em favor da sociedade. Para tanto, além das próprias partes, também o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo.

Nesse sentido, insta conhecer o princípio do promotor natural, conforme segue.

4.6 Princípio do Promotor Natural

Como o princípio do juiz natural, o princípio em questão se assemelha em ideologia, onde tem o investigado o direito de ser acusado por um órgão que

seja imparcial e designado de maneira prévia, usando a mesma idéia da proibição dos tribunais de exceção.

Tal princípio não se encontra previsto de maneira expressa no texto maior, mas possui suas raízes nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Em análise ao art. 128, § 5º, I, “b” da Constituição Federal, conclui-se que tal dispositivo legal, fundamenta a utilização de um acusador imparcial, já que não se torna possível a alteração do órgão acusatório por motivos particulares, mas sim, por casos expressos na lei, sempre observando a inamovibilidade.

Sobre o princípio, assim diz Edilson Mougenot Bonfim (2012 p. 396):

O fundamento a tal vedação é o disposto no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será processado senão pela autoridade competente.

Veda-se, também, a atuação de acusador *ad hoc*. As atribuições do Ministério Público somente poderão ser exercidas por integrantes de carreira (art. 129, § 2º), não mais se permitindo o chamado procedimento penal de ofício, ou a designação de promotor *ad hoc* para determinado ato, feita pelo juiz, nas hipóteses de falta ou impedimento do representante do *parquet*.

Cabe salientar que parte da doutrina tem sustentado que a violação do princípio do promotor natural é capaz de provocar nulidade absoluta.

4.7 Princípio da Não Autoincriminação

O artigo 5º, LXIII da Constituição Federal, preceitua que o preso não é obrigado a produzir provas contra si mesmo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Logo, o direito ao silêncio, previsto constitucionalmente, apresenta-se de forma clara e objetiva e em decorrência ao *Nemo tenetur se detegere*.

Nada mais é que uma modalidade de autodefesa passiva, que pode ser realizada ou utilizada por meio a inação, ou seja, a inatividade do investigado ou acusado, sobre quem recaí a conduta ou imputação de algo.

Em outras palavras, consiste na vedação de uso de qualquer medida coercitiva ou intimidatória aos sujeitos passivos nas ações penais e até mesmo nas investigações procedimentais.

O princípio do “Nemo tenetur se detegere”, também possui previsão internacional na Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Artigo 8, nº 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas:

[...]

“g” direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

De sua análise, abstraímos que a Convenção Americana traz em sua dicção que tais direitos são os mínimos, entendendo assim, o “Nemo tenetur se detegere” como um mínimo e não o contrário, cabendo ainda um aumento dos direitos dele decorrentes, porém jamais a sua redução.

No mesmo íterim, o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, em seu art. 14.3, “g”, faz menção similar ao acima estudado.

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO

Em virtude do surgimento da colaboração premiada, novo mecanismo atuante dentro do espaço de consenso no processo penal, espaço esse inaugurado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, e demais leis subseqüentes até a derradeira Lei 12.850/13, produziram sensível mudança na atuação do órgão.

Com vista aos princípios afetos a ação penal pública, cujo tema fora enfrentado no capítulo anterior, que possui como seu titular privativo o órgão ministerial, cabe expor as origens do Ministério Público, sua previsão Constitucional e legal no ordenamento jurídico pátrio e alienígena, seus princípios regentes e estruturantes, sua feição e atuação no processo penal brasileiro, em se tratando de justiça penal clássica e na justiça penal consensual e/ou negocial.

É sabido da importância do papel do Ministério Público nesta seara do direito, conforme brevemente supracitado, assim ante aos novos mecanismos de solução de conflitos penais, deve-se perquirir como se dá sua atuação quando da utilização dos presentes mecanismos de combate a nova criminalidade.

Nesse sentido, realizada esta breve introdução ao tema, passa a abordá-lo conforme segue.

5.1 Terminologia

Sustenta a doutrina que o substantivo “ministério” e o adjetivo “público” expressam, em que pese uma variação semântica, um caráter serviçal aos interesses da sociedade de cunho estatal, do exercício de uma função em prol dos interesses do grupo social. Também a que se ressaltar a origem latina dos verbetes, nesse sentido se apresenta o escólio do professor Emerson Garcia (2014, p. 49), conforme segue.

O substantivo ministério deriva do latim ministerium, minister, indicando ofício de servo, função servil ou somente ofício, mister, cuidado, ocupação ou trabalho. O adjetivo que o acompanha, por sua vez, pode ser analisado sob um aspecto subjetivo, denotando a ideia de instituição estatal, ou objetivo, no sentido de interesse geral ou social.

Na doutrina é comum a utilização do designativo “*parquet*” ao se referir ao órgão ministerial, a expressão possui origem francesa e traduz em seu significativo como era exercida de forma prática e fática no dia a dia da profissão dos representantes do órgão na França.

Explicando a adoção do termo retrotranscrito para o universo jurídico Emerson Garcia (2014, p. 49) assevera que:

A transposição do vocábulo para o meio jurídico deve-se ao fato de que os representantes do Ministério Público (*agents du roi*), em sua origem, postularem aos juízes de pé, sobre o assoalho: daí a distinção entre *magistrature debut* (de pé) e *magistrature assise* (sentada).

O fato de não postularem do chão, mas sim em pé do mesmo “*parquet*” em que se encontrava o juiz, tinha o condão de prestigiar e fortalecer os membros deste órgão, fato de relevância ímpar já que tal modo de atuação transfigurou-se em sinônimo do próprio órgão, independentemente de sua atual configuração.

O eminente professor Hélio Tornaghi (1976, p. 277-278), acerca do tema leciona que:

O Ministério Público constituiu-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; membro do Ministério Público não se dirigia aos juízes no chão, mas de cima do mesmo estrado (*‘Parquet’* – palavra que tornou-se sinônimo da própria Instituição Ministério Público).

Ante os apontamentos acerca da terminologia conferida ao órgão de acusação, resta inevitável também efetuar comentários sobre sua origem, desde seu exórdio remoto, passando pela famosa experiência francesa, até sua atual configuração.

5.2 Breve Origem Histórica do Ministério Público

A origem do Ministério Público na história é objeto de controvérsia na doutrina que se pretende arvorar-se no estudo do tema.

Alguns doutrinadores asseveram que o Ministério Público possui uma origem remota com mais de 04 (quatro) mil anos, outros tantos apontam a antiguidade clássica como marco inicial da instituição ou, ainda, o direito francês como período histórico mais preciso. Em que pese tal celeuma não encontrar corrente majoritária ou minoritária na doutrina e que, se assim fosse, tal assertiva esvaziaria seu embasamento com a descoberta de novos fatos acerca do tema. Parece-nos que a questão reside em reconhecer, nos agentes estatais, diferentes da pessoa do governante de ontem, o exercício de funções afetadas ao Ministério Público de hoje.

Aponta-se a origem mais remota do Ministério Público ao Egito através dos funcionários reais, denominados magiaís, cuja função consistia em castigar os revoltosos, resguardar os pacatos cidadãos tomados como justos e corretos de acordo com a verdade, e tutelar ainda os interesses da viúva e do órfão.

Percorrendo, a antiguidade clássica, observa-se vários agentes estatais exercendo a função de acusação na Grécia antiga, Roma e Esparta, o que equivale sustentar a origem remota do Ministério Público, nestes períodos. Acerca do tema segue as lições do professor Emerson Garcia (2014, p. 49-50):

Dentre os antecedentes remotos, costuma-se indicar o funcionário real do Egito conhecido como magiaí, que tinha a função de denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos; o funcionário grego denominado de thesmotetis ou desmodetas, cuja principal atribuição – que não era a de acusador, múnus que recaía, em inúmeros povos da antiguidade, sobre as vítimas do crime ou seus familiares – era velar pela correta aplicação das leis; os advocatus fisci e os Procuratores Caeseris, que, apesar de não atuarem na persecução penal, que era de iniciativa do ofendido ou do povo em geral, tinha o dever, respectivamente, de defender o Estado romano e o tesouro do Caesar; os éforos, de Esparta, que, embora juízes, exerciam o ius accusationis e deveriam manter o equilíbrio entre o poder real e o poder senatorial.

Neste ponto cabe investigar o período em que a doutrina possui mais segurança em asseverar a origem da instituição. A figura dos procuradores do rei no Direito Francês, através da Ordenança de Felipe IV, em 1302, é apontada como o primeiro diploma legal a tratar desta carreira, prevendo a vedação de tutelar

qualquer outro interesse senão as do governo, senão os do rei. Tendo sua consolidação com a revolução francesa, atribuindo ao órgão uma estrutura a contento de suas atribuições.

Nesta altura cabe transcrever as lições do douto professor Paulo Rangel (2009, p. 117/-18).

Nesse caso, a origem mais precisa da instituição está no direito francês, na figura dos *procureurs du roi* (procuradores do rei), nascendo e formando-se no judiciário francês.

Foi a **Ordenança** de março de 1302, de **Felipe IV**, chamado de o **Belo**, Rei da França, o primeiro diploma legal a tratar dos Procuradores do Rei.

A origem, assim, mais aceita e bem delimitada do Ministério Público se dá no Direito Francês que, com o advento da Revolução Francesa, em 1789, deu uma estrutura mais adequada à instituição.

Assim, expostas as origens históricas dos presentantes do órgão e da instituição propriamente dita, passando pela sua gênese remota e antiga, é necessário traçar a experiência brasileira quanto à previsão e vigência do Ministério Público em nosso ordenamento jurídico.

5.3 O Ministério Público no Brasil

Investigar a história do Ministério Público no Brasil é também realizar um estudo da legislação vigente desde a descoberta oficial do Brasil em 1500, até a contemporaneidade. Assim, em virtude de o Brasil perdurar por longo período como colônia de Portugal o órgão possui origem comum a do colonizador.

Em virtude de questões políticas e da relação colono- colonizador, coube às Ordenações Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603 traçarem os primeiros contornos jurídicos do país.

As Ordenações Afonsinas de 1446 não se referiram ao órgão ministerial, contudo, sua citação revela-se importante por ter sido o primeiro conjunto de leis aplicáveis em solo tupiniquim. Diferentemente das Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas de 1521 foram o primeiro diploma legal que prestou-se a posicionar a figura do promotor de justiça e delimitar sua função. Nelas a função de

acusar, no âmbito criminal, foi entregue ao Ministério Público e seus presentantes, retirando a função acusatória de um cenário de desordem e de menor importância.

Nesta toada, as Ordenações Filipinas de 1603, continuam a prever a figura do promotor e designa-o sob a alcunha de promotor de justiça da casa de suplicação, cabendo ressaltar as lições do ínclito professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 60-61):

Não se desconhece, contudo, que, no Brasil, durante longo período, vigoraram as ordenações reais de Portugal e, dentre elas, mais especificamente as *ordenações filipinas*. É possível identificar, nesse corpo legislativo, as figuras do *promotor de justiça* e do *solicitador de justiça*, que atuavam junto as *Casas de Suplicações*, mas que, entretanto, não tinham uma estruturação orgânica. Foi exatamente com essa feição que, antes da independência, o Ministério Público era conhecido em nosso país.

O primeiro diploma legal genuinamente brasileiro, que reverenciou a instituição do Ministério Público, é datado de 1609 que tinha por objeto disciplinar a composição dos membros do Tribunal da Relação do Brasil, cabendo a um dos desembargadores membro do referido tribunal assumir a função de promotor de justiça.

Na sequência, em 1832 entra em vigor o Código de Processo Penal do Império, que lecionava acerca de quem poderia ocupar o papel de promotor de justiça e suas funções, respectivamente em seus arts. 36 e 37. Asseverava que todo aquele que fosse eleitor poderia ser jurado e poderia ser promotor de justiça, requerendo como requisito que fossem conhecedores das leis vigentes.

Nesta época, aquele que possuísse uma boa situação econômica poderia ser eleitor, conseqüentemente, jurado e promotor de justiça, o que provocava a elitização do exercício destas faculdades, afastando a carreira do acesso de todos os cidadãos, e ainda, distanciando-os dos problemas de seus tutelados, ranço imperial que ainda persiste no exercício de alguns profissionais.

É a lição do professor Paulo Rangel (2009, p. 120):

Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada e, conseqüentemente, essas pessoas é que podiam ser promotoras de justiça. Vejam que a elitização do cargo vem do Império, por

isso a dificuldade de alguns promotores entenderem bem o papel do Ministério Público à luz da Constituição atual. Há uma certa distância entre alguns membros do Ministério Público e uma parcela determinada da sociedade, em especial a marginalizada pelo abismo social.

Apresentado o tratamento legislativo, concedido ao Ministério Público, até então cabe procurar o tratamento constitucional da matéria desde o advento da primeira Constituição de 1824 até a Constituição Cidadã, vigente desde 1988.

5.4 O Ministério Público nas Constituições

Neste tópico será abordado o tratamento concedido ao órgão ministerial por cada constituição, sucessivamente, culminando da Carta Magna vigente. Importante perquirir, independente das funções conferidas ou retiradas, a evolução do Ministério Público como instituição, sua presença e seu perfil constitucional, observando eventuais progressos ou retrocessos no tratamento do tema.

A primeira Constituição nacional é datada de 1824, fruto do poder imperial, via decreto de seu governante, o imperador, ao arrepio da aprovação por uma assembléia nacional constituinte, a referida constituição se quedou silente quanto ao tema.

Assim, além da previsão de um poder moderador, conferido ao imperador sob os demais pseudo-poderes, a brancura das páginas desta Carta Magna quanto a não previsão do órgão ministerial são objetos de críticas, ao passo que consiste em um instrumento avesso ao progresso, quando muito de objeto de estagnação do país, senão, como para muitos, veículo de retrocesso ferrenho.

A segunda constituição com data de 1891 tomou-se apenas a incumbência de regular a nomeação do Procurador Geral da República.

Conforme se observa na obra do professor Paulo Rangel (2009, p. 123).

A segunda Constituição brasileira é inspirada no modelo norte-americano, inaugurando a República Federativa liberal e sendo promulgada em 24 de fevereiro de 1891, porém apenas tratando quanto ao Ministério Público, da nomeação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República,

dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, no título referente ao poder judiciário (art. 58 §2º), sem tratar de sua institucionalização.

Cabe ressaltar importante feito de Campos Sales no âmbito infraconstitucional, através do Decreto 848/1890, de sua autoria, que trouxe os primeiros contornos ao Ministério Público no Brasil, como instituição.

A Constituição de 1934, a terceira na história do nosso país, foi a responsável por institucionalizar o Ministério Público, concedendo-lhe um título específico para o tratamento da matéria. Insta destacar a previsão da estabilidade para os membros do órgão, normatização do ingresso na carreira, ainda cabe ressaltar a introdução de instrumento de tutela coletiva.

Paulo Rangel (2009, p. 126), destacando a importância e o contexto da alocação do Ministério Público em sede constitucional, escreve:

Surge, sob o prisma constitucional, a presença do Ministério Público na sociedade brasileira em um momento conturbado politicamente, pois não só o cenário internacional, com a subida ao poder de Mussolini na Itália, Stálin na União Soviética e Hitler na Alemanha, mas também com os movimentos ocorridos no interior do exército brasileiro como o tenentismo; as greves e reivindicações operárias no Rio de Janeiro, São Paulo.

Ao passo que com a Constituição de 1937, ao suprimir liberdades individuais, fragilizou o Ministério Público, quedando-se apenas em oferecer tratamento a admissão e destituição do cargo de Procurador Geral da República, dissipando a instituição.

Conforme assegura o respeitável professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 65).

No entanto, com o golpe de 1937 e a instalação do Estado Novo, foi outorgada nova Carta Constitucional, que fez referência ao Ministério Público, colocando-o no capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal. Como se poderia esperar de um estado totalitário, a nomeação a demissão (*ad nutum*) do procurador-geral estavam a cargo do presidente da República. Nesse período, como observa, com acerto, Marcelo Pedroso Goulart, houve um retrocesso na organização da instituição, com perda da autonomia e independência.

Importante destacar que a referida Constituição, ao alocar citação pífia ao Ministério Público, em capítulo reservado ao poder judiciário, faz com que a instituição perca sua independência e autonomia como órgão, vez que se encontrava, naquela conjuntura, atrelado ao poder judiciário. Obstaculizando a qualquer espécie de atuação do Ministério Público na defesa de direitos individuais ou coletivos, onde vige o regime ditatorial o Ministério Público é rechaçado anulado por completo.

Eis que surge o ano de 1946, e com ele uma nova Constituição, a quinta em solo brasileiro.

Com a redemocratização do país o Ministério Público renasce como instituição, ostenta título próprio concedendo-lhe novamente autonomia de independência, desvinculando-lhe do poder judiciário.

Novamente o ilustre Pedro Henrique Demercian (2009, p. 65), ressalta que nem tudo foi avanço com a constituição em comento, conforme se transcreve.

Em 1946 foi promulgada a Constituição Federal, com inspiração eminentemente democrática, que dedicou ao Ministério Público maior magnitude. Apesar disso, o procurador-geral da República era nomeado e demissível, *ad nutum*, pelo presidente da República (CF, art. 126) e não era escolhido dentre os ministros do Superior Tribunal Federal, o que, na visão de Pontes de Miranda, representava a própria deturpação da figura do *chefe do parquet*, que se tornava, assim, um mero agente político do governo.

A presente constituição perdurou até 1964 quando houve a ruptura do então regime democrático e a instauração do regime ditatorial. Logo em 1967 surge a sexta Constituição do Brasil.

Em virtude do todo supracitado, quanto a incompatibilidade do Ministério Público na vigência do regime militar, excepcionando o período democrático então vigente, o Ministério Público retorna a compor o capítulo destinado ao poder judiciário de forma subordinada a ele, nesse sentido Paulo Rangel (2009, p. 131) sustenta:

A Constituição de 1967 colocou o Ministério Público no capítulo atinente ao Poder Judiciário em posição de subordinação, regulamentando o ingresso na carreira com provas e títulos, abolindo, assim, os concursos internos, dando maior transparência à admissão de novos integrantes da carreira.

Logo em 1969 fora promulgada Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que, devido a sua extensão, foi considerada uma nova constituição, sendo assim a sétima Constituição brasileira.

Com o advento desta nova Constituição o Ministério Público deixou de integrar o capítulo do poder judiciário, sendo alocado no capítulo atinente ao poder executivo, que por sua vez e, novamente, lhe era subordinado. Houve também retrocessos em aspectos importantes, cabendo citar, a lastimável perda de sua independência funcional e pode-se também assegurar o seu enfraquecimento quanto à inamovibilidade de seus membros.

Pedro Henrique Demercian (2009, p. 66) expõe a prejudicialidade frente a vinculação do órgão ministerial ao poder executivo:

A idéia de Ministério Público ainda estava vinculada à concepção de “Estado em Juízo”, quer como advogado da União, que como titular da ação penal, visto, de qualquer forma, como apêndice do governo em juízo.

A política do procurador-geral continuava vinculada ao pensamento do governo e, além disso, a própria titularidade da ação penal estava sujeita a grandes incertezas, até porque era definida na referida Lei Complementar e, portanto, não revestida da mesma rigidez e importância de um regra constitucional.

Até aqui foram sete as Constituições vigentes no país, cada uma a seu modo, tratou o tema como o poder constituinte, ou o imperador, melhor lhe parecia fazer.

Do absoluto silêncio, aos avanços da previsão da instituição, a atribuição de uma face como organismo estado, dotado de princípios, garantias e competências, até eventual retrocesso, ante a total incompatibilidade com os regimes autoritários, e novos ares com a redemocratização do país.

É com a retomada da democracia, através de um novo texto constitucional, que rechaçou, veementemente, o regime militar que a ordem

Constitucional de 1988 se apresenta, e com ela um novo Ministério Público, cujo tema de relevância ímpar requer tópico próprio, conforme segue.

5.5 O Ministério Público na Constituição Federal de 1988

Sem dúvida, ao percorrer a história de todas as Constituições anteriores, perquirindo acerca do tratamento concedido ao Ministério Público, percebe-se que é na Constituição Federal de 1988 que o órgão ganha maior amplitude. Enquanto que a Constituição de 1934 possui o mérito de lançar os primeiros contornos ao órgão, coube a Constituição atual lhe conferir a necessária robustez como órgão.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2009, p. 139) atesta que:

Destarte, na história constitucional brasileira, o Ministério Público teve sua primeira e efetiva disciplina na Constituição de 1934, como antes nos referimos, porém a grande conquista mesmo seria alcançada com a “*Constituição Cidadã*” de 1988, fruto do amadurecimento político do País e das novas necessidades sociais, razão pela qual o Ministério Público era uma criança que passou à fase da adolescência.

Conforme o todo supracitado, o Ministério Público por diversas vezes esteve vinculado a outros poderes, ora ao Poder Judiciário, ora anexo ao Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988 tratou desta prejudicial vinculação, alocando o Ministério Público em título e capítulo próprios, concedendo-lhe tratamento amplo quanto à atribuição, funções típicas, configuração como órgão em nível estadual e na União, conferindo-lhe vedações e prerrogativas.

Cabe ressaltar a concessão da autonomia político-administrativa, que desvincula a instituição de qualquer função do poder estatal. A consequência desta ausência de vinculação possibilita, ao órgão traçar seus próprios caminhos, desenvolver a política de atuação com discricionariedade, à luz de suas atribuições constitucionais.

Nesse sentido se apresenta o escólio do professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 70).

Não se desconhece que a Constituição deu ao Ministério Público autonomia político-administrativa, reservando-lhe, *ipso facto*, o poder de dirigir e administrar os assuntos de sua própria competência.

Na prática, isto significa que a instituição não se submete a qualquer outro poder do Estado, assumindo, na inter-relação com outros entes da administração, plena independência para gerir o próprio destino e atuar, na formação do seu convencimento, com liberdade e livre de interferências externas.

A doutrina assevera que o próprio constituinte originário tomou para si a tarefa de conceituar o órgão, prevendo ser o Ministério Público uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica. Assim, a previsão da permanência da instituição no ordenamento jurídico revela a vontade do poder constituinte de não extingui-lo da ordem jurídica, mas sim de incluí-lo no rol das cláusulas pétreas.

Lecionando sobre este aspecto do Ministério Público o professor Valter Foleto Santin (2007, p. 199) leciona que:

O Ministério Público é o órgão estatal, permanente, pelo qual o Estado manifesta a sua soberania, composto por um corpo de normas (estatutos) e um fim a realizar no meio social, destinado à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É uma instituição jurídica fundamental, perene. Ela extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade

Ao Ministério Público se lhe atribui função essencial ao exercício da função jurisdicional, em que pese a não atuação do órgão, em todas as ações que tramitam perante o judiciário.

A referida característica possui o escopo de conceder ao poder judiciário maior legitimidade na confecção normativa a ser aplicada em cada caso. Por força das funções que lhe são conferidas, cabe ao Ministério Público atuar como parte ou como fiscal da lei, tutelando a correta observância do princípio da legalidade, que conforme já exposto se apresenta aplicável na seara material e processual.

Novamente cabe mencionar as lições do ínclito professor Valter Foletto Santin (2007, p. 200).

A participação instrumental do Ministério Público, essencial ao exercício da jurisdição, representa o meio processual para aprimorar e legitimar a atuação do Judiciário nas causas em que são discutidos os direitos sociais e individuais indisponíveis, inclusive para preservar a imparcialidade do julgador, que deve ser neutro e inerte.

Assim, vê-se que o Ministério Público transfigura-se, na Constituição Federal de 1988, em advogado da sociedade, abandonando a figura do advogado do Estado, em decorrência de todas as atribuições que lhe foram previstas.

Neste cenário cabe analisar os princípios institucionais afetos ao órgão e insculpidos em nosso texto constitucional.

5.6 Os Princípios Institucionais do Ministério Público

Os princípios constitucionais institucionais possuem por escopo garantir o correto exercício das atribuições conferidas ao Ministério Público. Trata-se do trinômio da unidade, indivisibilidade, que é consectário lógico do primeiro e da autonomia funcional e administrativa. Cada qual com a sua finalidade e âmbito de incidência, procuram garantir ao órgão maior segurança jurídica quanto a sua existência e realização do texto maior.

Cabe ainda ressaltar as prerrogativas afetas aos representantes do órgão, quais sejam inamovibilidade, vitaliciedade e a irredutibilidade dos vencimentos, que possuem, por escopo, preservar a ídima convicção do órgão afim de não comprometer sua própria autonomia.

Realizada uma breve introdução ao tema, vislumbra-se crível realizar a observância de cada princípio institucional de forma pormenorizada, com a finalidade de desvendar sua significância e atual abrangência no ordenamento jurídico pátrio.

5.6.1 Unidade

Preliminarmente cabe realizar uma ressalva quanto à proximidade do conceito do princípio da unidade com o princípio da indivisibilidade, em que pese o segundo ser corolário do primeiro, a doutrina assegura significados estanques para cada qual não sendo o melhor entendimento assegurar uma identidade conceitual dos princípios em comento.

Realizada a presente ressalva cabe então explicitar seu conceito e conteúdo. O princípio da unidade, em suma, expressa que todos os presentantes do Ministério Público fazem parte de um único órgão, sob um comando administrativo também de caráter singular comum a todos, sobressaindo-se, ainda, as questões de divisão orgânica do órgão.

Contudo, seu conteúdo não se encontra totalmente percorrido ante as linhas supracitadas, o presente mandamento constitucional requer observância do legislador infraconstitucional, sob pena de que a eventual reforma venha a desconfigurar a unidade do órgão.

Sustentando o presente entendimento encontra-se o posicionamento do professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 79).

Esse princípio do Ministério Público, portanto, é pleno de significação e aplicabilidade, como, aliás, atestou, em seu voto vencido, o eminente ministro Sepúlveda Pertence, e indica para o legislador infra-constitucional os parâmetros para a estruturação da *instituição*, que, não se duvida, deve ser plasmada no critério da hierarquia. Isso não significa, naturalmente, que as leis organizadoras da atividade do *parquet* não possam estabelecer os critérios por meio dos quais a unidade e independência serão efetivadas.

Fixados os preceitos do princípio em comento cabe adentrar o estudo do princípio da indivisibilidade, conforme acima exposto, corolário deste princípio, sem, contudo, com ele se confundir.

Senão vejamos o princípio da indivisibilidade.

5.6.2 Indivisibilidade

Certa a unidade do órgão, a não divisibilidade decorre desta, conforme ressaltado, os referidos princípios possuem conceitos próximos, mas não idênticos.

A indivisibilidade esta afeta a possibilidade de substituição do membro do Ministério Público do por outro, dentro das hipóteses previas em lei, a depender da existência de interesse público devidamente motivado, nunca de forma arbitrária.

Caso haja a substituição do membro da instituição, tal fenômeno poderá realizar-se qualquer prejuízo da continuidade das funções exercidas pelo órgão, ainda que estejam em curso.

Lecionando acerca do tema o professor Emerson Garcia (2014, p. 121) assevera que.

O princípio da indivisibilidade está intimamente entrelaçado com o da unidade. Por força do princípio da unidade, desde que observada a sistemática legal, um membro do Ministério Público poderá substituir ao outro quando tal se fizer necessário (v. g.: nos casos de licença, férias, impedimento, suspeição etc.), o que em nada comprometerá o exercício da atividade ministerial, inso porque os atos praticados devem ser creditados à Instituição, não ao agente que os praticou. Por esse motivo, é corrente, na elaboração das peças processuais, que o autor seja indicado como sendo o Ministério Público, não o Promotor ou o Procurador de Justiça que as preparou e assinou. Muitos, no entanto, situam essa característica no âmbito do princípio da indivisibilidade.

Nesse sentido, não há que se falar em representante, ou que o ato fora praticado em nome do membro da instituição, mas sim, à luz do princípio em comento, vislumbra-se a figura do presentante que atua como se órgão fosse, o que possibilita a alternância do individuo em preterição da eficiência, no exercício das funções do órgão ministerial.

Cabe conhecer o último princípio constitucional institucional afeto ao Ministério Público, o princípio da autonomia funcional e administrativa

5.6.3 Autonomia funcional e administrativa

O princípio objeto deste tópico se apresenta também na doutrina sob a denominação de independência funcional ou administrativa. Esta tem a finalidade de proteger a atuação dos membros do Ministério Público de eventuais retaliações de indivíduos contrariados com o exercício das funções ditas como típicas do Ministério Público.

Nesse sentido são livres os membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, para melhor exercer a função que lhes confiou o texto maior, restando apenas vinculados às suas consciências, à Constituição e às Leis.

Encontrando-se ilícitas quaisquer espécies de sanção decorrente do correto exercício das atividades, expondo o tema enfrentado o douto professor Emerson Garcia (2014, p. 123) afirma que:

De acordo com o princípio da independência funcional, aos membros do Ministério Público são direcionadas duas garantias vitais ao pleno exercício de suas funções: a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais; b) não podem ser responsabilizados pelos atos em que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial.

E incabível, no regular exercício da atividade ministerial, a imposição de barreiras quanto ao conteúdo dos atos praticados em sede processual ou extraprocessual. Há hierarquia, contudo, somente em âmbito administrativo.

Cabe repisar que o referido princípio fora uma conquista insculpida na Constituição vigente, que conforme supracitado antes da vigência do texto maior a regra era a dependência, a não autonomia.

Com a nova configuração também surge a necessidade da autonomia, uma vez que de nada valeria uma atuação condicionada à política de outros órgãos, segundo nosso passado recente, em que se apresentava o Ministério Público, apensado ao Poder Executivo ou Judiciário.

Sem dúvida os princípios expostos são um fenômeno da nova ordem constitucional de 1988, representam um avanço em sua configuração, destoando ou afigurando-se das experiências do Ministério Público da ordem jurídica vigente em outros países.

Destarte insta procurar, através do direito comparado, o atual perfil do Ministério Público no ordenamento jurídico internacional, sem, contudo, esgotar a matéria, resta pertinente expor a vida ministerial em alguns países do mundo.

5.7 O Ministério Público no Direito Comparado

Presente tópico pretende expor o perfil do Ministério Público em alguns países, suas características, garantias e prerrogativas. Nesse sentido, busca-se apresentar aqueles que de certa forma possuem conexão com o tema.

Além do Ministério Público português, donde adveio o primeiro perfil da instituição em solo nacional, cabe investigar o fenômeno ministerial na Itália onde o instituto da colaboração premiada teve ampla aplicação e sucesso naquele ordenamento jurídico.

Ainda, pelo fato de se ter no consenso uma ferramenta de solução de grande parte dos conflitos penais nos Estados Unidos da América, via *plea bargaining*, é que a instituição ministerial norte-americana integra o rol do Ministério Público no direito comparado.

Realizada a exposição de motivos da confecção do rol que se pretende estudar, passemos ao tema.

5.7.1 O Ministério Público em Portugal

As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, cada qual à sua maneira, previram a atuação de um agente público que vinha a ser um embrião da figura do promotor de justiça.

Vestibularmente, como Procurador do Rei, detinha ele atribuições quanto à tutela dos cofres públicos, e se assemelhava a um advogado do Estado. Mais adiante o Procurado de Justiça da Casa de Suplicação surge com funções criminais.

O eminente doutrinador Emerson Garcia (2014, p 57) lecionando sobre o tema expõe:

As ordenações Filipinas, de 1603, em seu Livro I, dispunham sobre o “Procurador dos Feitos e da Coroa” (Título XII), o “Procurador dos Feitos da Fazenda” (Título XIII), o “Promotor da Justiça da Casa de Supplicação” (Título XV) e o “Promotor da Justiça da Casa do Porto” (Título XLIII).

Cabe repisar que todas as Ordenações foram aplicadas no Brasil, sendo paulatinamente afastadas à luz da evolução política e legislativa brasileira.

Hodiernamente o Ministério Público Português possui fundamento constitucional, como o brasileiro, estabelecendo a hierarquia entre os membros da carreira e a composição do órgão, concedendo ao profissional da instituição a alcunha de magistrado do Ministério Público.

Lecionando acerca do tema, escreve Paulo Rangel (2009, p. 153):

O Ministério Público Português (que será abreviado por MPP) está disciplinado no art. 219 da **Constituição da República Portuguesa** (abreviada por **CRP**), promulgada em 02 de abril de 1976, onde se estabelece a subordinação hierárquica entre seus membros. O Procurador Geral da República é nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do governo (*cf.* art. 133, m, da **CRP**), e os mesmos da instituição recebem a denominação de magistrados do Ministério Público (*cf.* art. 219, 4 c/c 220, 2, ambos da **CRP**).

Em que pese a terminologia concedida pela Constituição Portuguesa, aos promotores de justiça de lá não significa que eles possuam funções judicantes ou exerçam qualquer função típica da magistratura, contudo possuem todas as mesmas prerrogativas concedidas aos juízes portugueses. Como no Brasil o Ministério Público português é tido como órgão afeto à administração da justiça.

Assim, traçados as linhas básicas ao tema, vislumbra-se necessário iniciar o estudo da instituição italiana.

5.7.2 O Ministério Público na Itália

O órgão ministerial na Itália detém assento constitucional incumbindo-lhe, de forma obrigatória, o exercício da ação penal o que também encontra fulcro na Constituição italiana.

Na Itália o Ministério Público não é uma instituição autônoma estanque de qualquer outro poder. Ele encontra-se anexo ao poder judiciário que por sua vez possui duas espécies de magistrados, aqueles que exercem as funções propriamente judicantes e aqueles que serão dotados de funções típicas do Ministério Público.

Insta transcrever a exposição do tema pelo ilustre professor Emerson Garcia (2009, p. 63).

O Poder Judiciário italiano, de forma singular, congrega os magistrados que desempenham atividades essencialmente judicante e aqueles que exercem atribuições inerentes às funções próprias do Ministério Público, estando todos sujeitos a um único estatuto e ao poder disciplinar de um mesmo órgão, o Conselho Superior da Magistratura.

Nesse sentido é plenamente possível e legal que magistrados, no exercício de funções típicas do órgão ministerial, realize investigações criminais sem que haja violações a direito e garantias individuais dos agentes criminosos.

Cabe ressaltar, uma vez que afeto ao tema deste trabalho, as investigações realizadas por determinado grupo de magistrados ficou conhecida como Operação Mãos Limpas e grupo anti-Máfia.

O grupo de magistrados no exercício das atividades investigativas, afetas ao Ministério Público, combatia, à época, o crime organizado e a corrupção dos agentes públicos.

Na exposição do tema Paulo Rangel (2009, p. 147/148) esclarece:

O papel desempenhado na Itália, através da chamada **Operação Mãos Limpas** (grupo de magistrados de Milão, liderado pelo Juiz Antonio di Pietro, que iniciou, em fevereiro de 1992, investigação nos casos de corrupção em instituições públicas e financiamentos ilegais aos partidos políticos, além de lavagem de dinheiro), não pode ser confundido, como

normalmente o é, com a investigação do grupo **anti-Máfia** de Palermo, onde atuavam diversas facções, e em Nápoles, território da Camorra.

Por derradeiro cabe ressaltar que as funções mais relevantes do Ministério Público italiano são atribuições na seara penal, onde vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ante o todo exposto passa-se ao tópico seguinte.

5.7.3 O Ministério Público nos Estados Unidos da América

O Ministério Público norte-americano é demasiadamente diverso do órgão nacional, correspondente à sua estrutura, possui um caráter eminentemente político. Em virtude desse caráter da instituição seus membros não ingressam na carreira via concurso público, mas sim via pleito eleitoral, onde são escolhidos seus membros. Decorre também deste regime, adotado pelo órgão ministerial americano, a não concessão de um vasto rol de garantias aos detentores do cargo.

Emerson Garcia (2014, p. 69/70) quanto ao enfrentamento do tema expõe:

Nesse país, a Instituição apresenta uma organização eminentemente política, não sendo contemplado o recrutamento de seus membros por meio de concurso público ou mesmo a concessão de maiores garantias aos ocupantes dos cargos. Em grande parte dos Estados da Federação (cinquenta no total), os integrantes do Ministério Público, ou melhor, da estrutura organizacional que mais se aproxima dos moldes dessa Instituição no Brasil, são escolhidos por meio de eleição.

Nesse sentido o chefe do *Department Of Justice*, órgão equivalente ao Ministério Público brasileiro, é o Procurador-Geral, *Attorney General*, que nomeado pelo Presidente da República deve ser sabatinado e aprovado pelo Senado Federal.

Contudo, quanto às atribuições conferidas à instituição norte-americana é semelhante às conferidas pela Carta Magna ao órgão nacional.

O combate à criminalidade é conferido ao *Department of Justice*, dentre outras funções como, por exemplo, a defesa das liberdades públicas e a tutela do meio ambiente.

Novamente, o ínclito professor Emerson Garcia (2014, p. 71) testifica que:

A atividade finalística do Parquet norte-americano é essencialmente voltada ao combate à criminalidade. Neste particular, a Instituição ocupa uma posição de preeminência entre os demais órgãos que desenvolvem atividade semelhante: a) detém a titularidade da ação penal, com a peculiaridade de que o sistema americano acolhe o princípio da oportunidade, o que autoriza a realização, em larga escala, de acordos com os réus, que são posteriormente homologados pelos órgãos jurisdicionais; b) ante a liberdade de negociação com a defesa, pode suprimir acusações e atenuar penas; c) pode realizar investigações sigilosas e surpreender a defesa na audiência preliminar; e d) dirige a atividade de inúmeros órgãos de repressão à criminalidade, como o Federal Bureau of Investigation (FBI) e o Drug Enforcement Administration (Departamento de Repressão às Drogas). Enfim, não obstante as críticas, o Parquet norte-americano tem sido um eficaz instrumento de combate à criminalidade.

Destarte o tema deste trabalho monográfico, conforme asseverado acima, a concessão da função de combate à criminalidade é objeto de similitude entre os órgãos. Contudo, vê-se que em virtude da alternância dos princípios regentes da ação penal pública adotado como regra, no Brasil pelo princípio da obrigatoriedade e no sistema norte-americano pelo princípio da oportunidade, opera-se grande mudança no sistema de justiça penal.

É possível da simples interpretação da citação supracitada que, com a adoção do princípio da oportunidade, abre-se um enorme campo para a justiça penal negocial, ou consensual, de forma a possibilitar ao Ministério Público, de forma discricionária, mas não arbitrária, lançar mão, ou não, conforme o caso, da ação penal pública em juízo.

A barganha via *plea bargaining* é um instituto amplamente aceito no ordenamento jurídico norte-americano, sendo aplicado na maioria dos casos penais.

Neste aspecto encontra-se o vaticínio do professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 247):

No sistema norte-americano, de outra parte, cerca de 90 a 95% das condenações provêm da *Justiça Negociada*. São variadas as formas de *plea*

negotiation, que admitem a aplicação de simples uma sanção penuniária ou, ao reverso, longas penas privativas da liberdade.

O que se realiza no Brasil não é o referido instituto com todos os contornos do instituto americano, porém o que ocorre é uma abertura de um campo de consenso em que se vê legítima a aplicação de mecanismos que busquem a efetivação da justiça e a pacificação social através de uma solução consensual para os casos penais.

Enfim, exposto de forma breve as experiências ministeriais no direito alienígena, Portugal, Itália e Estados Unidos da América e, de certa forma, em virtude de sua atuação, tema, cabe realizar o estudo da atuação do Ministério Público brasileiro, em sede processual penal, na justiça penal e na resolução de seus casos.

Destarte, vamos ao tema.

5.8 As Funções do Ministério Público no Processo Penal

Neste tópico busca-se traçar linhas básicas para que se possa melhor compreender e adentrar ao tema do Ministério Público na Justiça Penal Consensual.

Conforme já citado, cabe repisar que o reconhecimento de uma justiça penal consensual passa pelo inevitável reconhecimento de uma justiça penal clássica dissuasória.

Restringindo a pesquisa ao tema, não se pretende expor todas as nuances do processo penal, mas sim as principais funções exercidas pelo Ministério Público neste campo da ciência do direito.

Assim, a atuação ministerial no processual penal possui sede constitucional. Coube ao constituinte originário atribuir a legitimidade privativa ao Ministério Público da propositura da ação penal, atribuindo-lhe, também, o domínio de todo o procedimento, por óbvio sob a observância da Constituição e das demais leis afetas ao tema.

É atribuição do órgão ministerial atuar durante toda a persecução penal, seja na fase pré processual, podendo inclusive, realizar investigações criminais, na fase processual, e ainda, durante a execução da pena do reeducando requerendo o que entender de direito.

Uma vez iniciada a persecução penal, realizada as investigações criminais de praxe, perquirindo-se a existência de elementos indiciários suficientes de autoria e materialidade da existência do delito, que em caso positivo, com fulcro no princípio da obrigatoriedade, cabe ao Promotor de Justiça apenas o dever de deflagrar a ação penal em desfavor do suspeito.

Lecionando sobre o tema Pedro Henrique Demercian (2009, p. 160) aduz que:

A demanda, no campo penal, como já mencionado anteriormente, é sempre *necessária* e a sua propositura incumbe, em caráter privativo e de obrigatoriedade, ao Ministério Público – órgão de representação da sociedade –, que, mesmo em face da iniciativa subsidiária, tem o dever de, a qualquer tempo, retomá-la como parte principal (art. 29 do CPP).

Foi nesta toada que a justiça penal consensual passou a ganhar seu espaço no processo penal.

Os mecanismos de consenso previstos em nosso ordenamento possuem sua orbita em torno da ação penal e seus princípios reitores e corolários. Deixar de oferecer denúncia e não iniciar a ação penal em virtude da concessão da transação penal e um deles.

O presente aspecto foge do sistema binário vigente no processo penal clássico, que possuía como solução para o conflito o cominha da condenação, ou da absolvição, no entanto, com as inovações legislativas que se procederam vislumbra-se que transacionar ou suspender é solução melhor do que morosamente litigar.

Com o arrimo no todo exposto cabe perquirir a atuação do Ministério Público ante a esse novo fenômeno da justiça penal.

5.9 O Ministério Público na Justiça Penal Consensual

Motivo crucial para se adotar mecanismos consensuais, é vestibular reconhecer um processo clássico moroso e pouco eficaz, capaz de dar ensejo a uma sensação de impunidade propagada pela mídia de massa e/ou utilizada como instrumento de entretenimento das multidões.

Assim, na busca de uma justiça penal efetiva, que realize expectativas de eficiência quando aos casos penais é que surgem soluções alternativas dos conflitos.

Conforme se depreende das lições do douto professor Pedro Henrique Demercian (2009, p. 246):

É nesse contexto que se insere a chamada *Justiça Consensual*. Há uma tendência mundial na busca do *processo de resultados*, que tem por escopo: (a) solução ágil e eficaz de litígios; (b) a desburocratização da Justiça Penal; (c) a aproximação dos operadores do direito, notadamente magistrados e promotores de justiça do seu consumidor, buscando, mais do que a mera solução de controvérsias submetidas à apreciação do Judiciário, a verdadeira resolução do conflito, o fato gerador da controvérsia.

Assim, em virtude do monopólio ministerial quanto à ação penal pública é que seu papel nesta seara deve ser investigado.

Conforme supracitado, em capítulo próprio, enfrentando os princípios incidentes na ação penal pública é possível asseverar que vige como regra o princípio da obrigatoriedade. Contudo, sob a égide da legalidade processual, com a produção legislativa no sentido de inovar o processo penal clássico, com fulcro no seu reconhecimento como moroso e não eficaz, é que surgem os mecanismos de consenso.

Por sua vez o princípio da não obrigatoriedade, ou da oportunidade, ganha previsão legal mitigando o princípio retrotranscrito, facultando ao promotor de justiça, ante à luz do preenchimento dos requisitos, transacionar, suspender ou pactuar colaboração com o acusado, conforme o caso. Passa a viger um rol de opções durante a persecução penal globalmente conceituada para que o promotor de justiça alcance a melhor solução.

É preciso que o Ministério Público esteja apto a utilizar os mecanismos de consenso que a lei lhe faculta, segundo o caso concreto, com o escopo de efetivar não somente uma condenação propriamente dita, mas realizar preceito normativo que melhor atenda os anseios de justiça, que pode se apresentar como hipótese de oportunizar não oferecimento da ação penal como prêmio em colaboração.

6 COLABORAÇÃO PREMIADA

A possibilidade de colaboração com a justiça *lato sensu*, mediante a oferta e o recebimento de alguma espécie de premiação não é ideia nova, tampouco recente em nosso ordenamento jurídico, em que pese se tratar de tema na ordem do dia, devido sua nova roupagem e aplicação no desbarato da criminalidade de grande vulto.

Ostentando diversas denominações em cada ordenamento jurídico em que é previsto, sob o crivo da discricionariedade do legislador ordinário, a colaboração premiada, como gênero, a muito vem prevista em nosso ordenamento jurídico, tendo como marco as Ordenações Filipinas de 1603.

É certo que a própria confissão espontânea, o arrependimento eficaz e o posterior, insculpidos no Código Penal de 1940, são espécies deste gênero, consistindo evidente incentivo à prática colaborativa, sendo, inclusive, objeto de premiação através da redução da reprovabilidade do ilícito penal. Sendo possível colaborar com a justiça, sem, contudo, delatar alguém, o que não mais justifica o uso dos referidos termos como sinônimos, havendo na verdade uma relação de gênero e espécie entre os institutos da colaboração premiada e da delação premiada

Ainda, insta destacar que com a ampliação do rol de prêmios e a possibilidade da realização da negociação em qualquer tempo, a colaboração ganha um colorido diverso das previsões anteriores.

Assim, realizada esta breve introdução cabe enfrentar o tema, senão vejamos.

6.1 Denominação

A colaboração premiada possui diversos designativos, sem, contudo, influírem em seu significativo e em seu conteúdo base. Alicerçado no devido rigor técnico, entendemos mais acertada a denominação “colaboração premiada” ou “colaboração processual premiada” em detrimento da impropriedade das demais denominações.

Em vista do supracitado, é possível colaborar, sem, no entanto, delatar, assim, os referidos termos não serão tratados como sinônimos neste trabalho, pois com o advento da Lei 12.850/13 não mais o são.

Resta patente a relação de gênero e espécie entre o conteúdo dos termos, uma vez que o instituto da colaboração premiada não se resume à mera *delatio*, sendo mais abrangente do que a delação premiada propriamente dita.

Entendimento este que é corroborado pelo rol de incisos do art. 4º da Lei 12.850/13, em que se podem classificar as espécies de colaboração premiada à luz do resultado produzido.

Ainda, etimologicamente, a colaboração guarda em si um conceito de auxílio, cooperação, co-participação, ao passo que delatar revela-se no sentido de imputar, dedurar, incriminar.

Transcorridos os referidos argumentos, logo, colaboração criminal premiada; colaboração espontânea; colaboração processual; colaboração processual premiada; colaboração com a justiça; confissão delatoriana; chamamento do correu; réu colaborador; arrependido; delação premiada e delação premial são utilizadas pela doutrina com a finalidade de designar o instituto em que o réu, confessando, colabora com a justiça e, ao fazer isto, goza, em contrapartida, da expectativa de receber uma sanção premial.

Devem-se preterir de plano as expressões “arrependido e réu colaborador”, pois nem todo agente criminoso arrependeu-se e nem todo colaborador é réu à luz da melhor técnica.

Por fim, ante todo o exposto, parcela da doutrina contrária à aplicação do instituto, vem adotando a expressão “delação” com o escopo de fomentar um sentimento de repulsa ao ato de delatar e da figura do delator.

Ainda, os críticos do instituto, por entenderem que não há uma relação de paridade de armas entre os agentes da negociação, acusação e acusado, expressam por denominar o instituto de “extorsão premiada”, já pautados no fundamento de que a colaboração premiada é um instrumento antiético, alcunham a expressão “traição premiada” ou “traição bonificada”.

Assim, a denominação engendrada é capaz de revelar o entendimento pela relação de gênero e espécie, ou não. E a posição, favorável ou contrária, à aplicação do mecanismo de consenso, daquele que se pretende arvorar-se acerca do tema.

Interessante observar que com a evolução da legislação penal, conforme será abordado, com a gênese do Código penal de 1940, é possível enxergar a figura do agente colaborador, mas não delator, por exemplo, o réu

confesso ou beneficiado pelo arrependimento posterior; com o advento da Lei de Crimes Hediondo, dá-se origem naquela hipótese de um agente colaborador necessariamente delator; e finalmente com a Lei 12.850/13 o instituto é fragmentado sendo factível colaborar, sem, contudo, delatar.

Superado o presente tópico, insta perquirir a evolução histórico-legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

6.2 Breve Evolução Histórico-normativa da Colaboração Premiada no Ordenamento Jurídico Pátrio

A colaboração premiada encontra sua gênese em nosso país através das Ordenações Filipinas, de 1603 com vigência até o ano de 1830.

O texto normativo previa que todo aquele que colaborasse com o rei, para que outro fosse levado ao cárcere, seria perdoado e que em virtude de sua colaboração seria anistiado de seu crime.

É nesse contexto, durante a vigência da referida norma, que Joaquim Silvério dos Reis delata Joaquim José da Silva Xavier – Tiradentes, sob o prêmio de que lhe perdoassem suas dívidas com a Fazenda Pública. O que culminou na aplicação da pena capital para Tiradentes, vindo a lhe transformar num mártir do episódio conhecido como A Inconfidência Mineira.

Mais tarde na década de 90, em virtude do avanço da criminalidade, o legislador ordinário, atendendo o clamor popular, passou a editar leis mais severas em busca de uma de segurança pública mais efetiva à população.

Nesse intuito a colaboração premiada foi pulverizada em diversos textos legais daí em diante, o que para muito somente foi capaz de vulgarizar o instituto que à época carecia de maiores esclarecimentos.

É nesse contexto sócio-criminal que já na vigência da ordem constitucional de 1988 entra em vigor a Lei. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, prevendo em seu art. 7º o acréscimo do parágrafo 4º no art. 159 do Código Penal, conforme segue:

Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço de resgate:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

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

O presente artigo do Código Penal prevê o crime de extorsão mediante sequestro, sendo que a Lei 8.072/90, através do seu art. 7º acresceu o § 4º e com ele a possibilidade da delação premiada para essa espécie de crime. Trata-se de crime que essencialmente deve ser praticado por quadrilha ou bando, em que um dos agentes criminosos venha a informar o fato à autoridade, possibilitando o resgate da vítima.

Em caso de colaboração eficaz o juiz aplicará a causa de diminuição de pena, prevista no parágrafo do artigo supracitado, como prêmio pela colaboração na facilitação de soltura da vítima.

Nesse sentido, segue o entendimento do professor Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.180).

A Lei dos Crimes Hediondo (Lei n. 8.072/90), em seu art. 7º, introduziu um parágrafo (§ 4º) no art. 159 do Código Penal, cuja redação estabelecia uma minorante (causa de diminuição de pena) em favor do coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante seqüestro praticado por quadrilha ou bando que denunciasse o crime à autoridade, facilitando, assim, a libertação do seqüestrado. Dessa forma, *premiava-se* o participante *delator* que *traísse* seu comparsa com a redução de um a dois terços da pena aplicada. Por essa redação, para que fosse reconhecida a configuração da cognominada “delação premiada” era indispensável que a *extorsão mediante seqüestro* tivesse sido cometida por *quadrilha ou bando* e que qualquer de seus integrantes, denunciando o fato à autoridade, possibilitasse a libertação da vítima.

Cabe ressaltar que em virtude do balizamento da redução de um a dois terços, o juiz quando da sentença aplicaria o *quantum* da redução com vista na efetividade da colaboração prestada nos autos, ou seja, quanto mais efetiva for a colaboração maior a redução da pena, sendo pouco relevante menor a redução, em caso de irrelevância o juiz poderia deixar de aplicar o prêmio.

A lei de Crimes Hediondos também inovou o ordenamento jurídico ao prever em seu art. 8º, parágrafo único uma redução de pena ao agente colaborador que denunciasse o bando ou a quadrilha, conforme segue:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

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.

Trata-se de prever a aplicação do dispositivo consensual para aqueles integrantes de quadrilha ou bando que se dediquem a prática de Crimes Hediondos, cujo rol constitui objeto principal da lei em comento, e não meramente ao crime de quadrilha ou bando basicamente.

Crível destas os ensinamentos do professor Ricardo Antonio Andreucci (2010, p. 174):

Essa causa de redução de pena somente se aplica ao crime de bando ou quadrilha para a prática de crimes hediondos e assemelhados, ou seja, o disposto no referido parágrafo único aplica-se somente ao *caput* art. 8º e não ao tipo penal básico do art. 288 do Código Penal.

Assim, a legislação dos crimes atrozos instituiu a colaboração premiada em duas ocasiões pontuais, vestibularmente, alterando o Código Penal de 1940 para anexá-lo ao Crime de Extorsão mediante Sequestro e, em seguida, para todos os crimes hediondos praticados por quadrilha ou bando.

Em 1995 entra em vigor a Lei 9.080/95, acrescentando o parágrafo 2º, no art. 25, da Lei 7.492/86 e o parágrafo único, na Lei 8.137/90, conforme segue.

Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:

Nesse sentido, a Lei 7.492/86 que define os Crimes contra o Sistema Financeiro nacional passou a vigorar em seu art. 25, acrescido do parágrafo segundo, o qual passa-se a transcrever.

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado).

[...]

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou participa 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.

Com fundamento na Constituição Federal de 1988 a presente lei tem por escopo combater as práticas ilícitas que violem o bem jurídico por ela tutelado, conforme norma explicativa do que vem a ser o sistema financeiro nacional para fins de tutela criminal.

A lei pretende beneficiar o agente colaborador, coautor ou partícipe, que voluntariamente revela, através da confissão, toda a trama delituosa.

Insta salientar que a causa de diminuição de somente será concedida naqueles crimes praticados por quadrilha ou em concurso de agentes contra o sistema financeiro nacional.

Por trama delituosa entende-se que a colaboração, neste caso, abrange a delação de coautores e partícipes, bem como a organização da quadrilha o *modus operandi* e o *iter criminis*, na perpetração do fato criminoso.

Entendemos que em virtude do prêmio ser balizável em seu *quatum*, ou seja, redução de um a dois terço, o magistrado à luz do caso concreto quando da concessão do referido proveito pode, motivadamente, com base na eficiência das informações reveladas, sopesar quantitativamente a fração da redução a ser aplicada.

A Lei 8.137/90 que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também teve sua redação original alterada pela Lei 9.080/95, com o objetivo de prever o instituto da colaboração premiada, em seu art. 16, parágrafo único, conforme passa-se a expor:

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. 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 pena reduzida de um a dois terços.

Muito em virtude das alterações possuírem diploma legislativo comum, é possível vislumbrar a similitude dos textos legais, desde a necessidade do crime ser praticado por quadrilha ou em concurso de agentes, até a espécie do prêmio ofertado, qual seja, causa de diminuição da pena nos mesmos moldes.

Assim, aplica-se o todo aduzido sobre a colaboração na lei de crimes contra o sistema financeiro, na lei de crimes contra a ordem tributária e econômica e contra o consumidor.

No ano seguinte, em 1996 é publicada a Lei 9.269 que possui o fito de dar nova redação ao parágrafo quarto, do art. 159 do Código Penal, de 1940 que fora acrescentado pela lei de Crimes Hediondos. Transcreve-se:

Art. 1º O § 4º do art. 159 do Código Penal passa a vigorar com a seguinte redação:

[...]

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

Emendada a redação do texto normativo, através do diploma legal supracitado, é patente a intenção do legislador ordinário em ampliar o espaço de consenso no sentido de aplicar o mecanismo da colaboração para apenas dois agentes em concurso, não mais requerendo incita a figura da quadrilha.

O que parece ter acompanhado as alterações realizadas pelas legislações pretéritas, que previram o instituto para o criminoso em concurso de agentes.

Lecionando sobre o tema Cezar Roberto Bitencout (2012, p.181), se posiciona no seguinte sentido:

Posteriormente, a Lei n. 9.269/96 ampliou as possibilidades da “traição premiada” ao conferir ao § 4º a seguinte redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. A partir dessa nova redação, tornou-se desnecessário que o crime de extorsão tenha sido praticado por quadrilha ou bando (que exige a participação de, pelo menos, quatro pessoas), sendo suficiente que haja *concurso de pessoas*, ou seja, é suficiente que dois participantes, pelo menos, tenham concorrido para o crime, e um deles tenha delatado o fato criminoso à autoridade, possibilitando a libertação do seqüestrado. Enfim, com essa retificação legislativa de 1996, iniciou-se a proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidade organizada, ainda que, contrariando esse discurso, o último diploma legal referido tenha afastado exatamente a necessidade de qualquer envolvimento de possível organização criminosa.

Neste cenário, esposadas as razões da alteração da redação da norma penal incriminadora, bem como indicadas as mutações realizadas com o fito de ampliar o alcance da concessão da colaboração premiada cabe analisar o próximo diploma legal, na ordem cronológica de ingresso no ordenamento jurídico.

Eis que em 1998 entra em vigor a Lei 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, sendo o instituto da colaboração premiada previsto logo no artigo inaugural da lei, em seu parágrafo 5º, conforme segue:

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

[...]

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

Esta legislação, diferentemente das que lhe precederam, traz um rol de prêmios e detalha os resultados que a lei espera produzir.

Assim, o juiz, quanto aos prêmios, no ato do julgamento, fazer incidir um causa de redução de pena, a substituição do regime inicial de cumprimento de pena, deixar de aplicar a pena, o que equivale dizer tratar-se do instituto do perdão judicial, causa extintiva da punibilidade do agente e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A razão da expansão dos benefícios premiais tem a ver com o raciocínio custo-benefício realizado por aquele que possui a intenção de colaborar. Até a legislação em estudo, havia apenas a oferta unitária de uma minorante, logo a iminência do cárcere, como pena, era certa e com ele as prováveis execuções capitais, promovidas aos dissidentes da criminalidade organizada, ou não, também.

A ampliação do rol dos prêmios possui um caráter fomentador, tendo como mensagem principal a ideia de que colaborar poderia ser compensatório ao colaborar, pois o afastaria da clausura e de uma possível vitimização por parte de seus ex-comparsas.

Insta, ainda, ressaltar a previsão legal de que a colaboração pode ser realizada a qualquer tempo, o que por si só amplia ainda mais a possibilidade de que o instituto venha ser pactuado entre acusado e agente criminoso.

Tecendo comentários acerca do tema guerreado o nobre professor Renato Brasileiro (2014, p. 342) expõe que:

Descarte, ante a nova redação do art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98, desde que aferida sua eficácia objetiva, é possível que a colaboração premiada seja celebrada durante toda a persecução penal – fase investigatória e fase judicial –, assim como na fase de execução penal. Tratando-se de norma mais benéfica para o colaborador, este novo regramento acerca da possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada a qualquer tempo pode retroagir para beneficiar condenados por lavagem de capitais, mesmo que a decisão condenatória tenha transitado em julgado antes da vigência da Lei nº 12.683 /12.

Asseverados a *ratio* das inovações mais relevantes, prevista pela lei de lavagem de capitais, é possível avançar no tema e conhecer cronologicamente a próxima lei a tratar do tema.

A Lei 9.807/99 estabelece normas para a organização do programa de proteção às vítimas de crimes, testemunhas ameaçadas ou coagidas, para o ato de depor, inclusive aos colaboradores da justiça.

Em verdade os dispositivos desta lei tomam a matéria em duas frentes, a primeira quanto ao instituto da colaboração em si, requisitos da colaboração, resultados condicionados à eficácia das informações e prêmios ofertados, e a segunda, a lei trata das medidas especiais que podem ser deferidas ao colaborar, a depender do caso concreto e do momento processual, com o espoco de lhe preservar a integridade física, psicológica e vida.

Cabe ressaltar o todo previsto no art. 15 e seus parágrafos da referida lei, e expressar as formas de tratamento do colaborador:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos;

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

Tendo em vista a Lei 12.850/13 tratar do assunto, o tema será retomado em momento oportuno, quando tratarmos dos direitos do colaborador em tópico próprio.

Seguindo no combate à criminalidade de grande potencial ofensivo, a nova lei de tráfico de droga, Lei 11.343/06, não foi omissa quanto à previsão do mecanismo consensual. Assim, a colaboração premiada, em sede de combate à atividade de mercancia de entorpecentes, encontra seu fundamento no art. 41, cabendo sua transcrição:

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.

O presente artigo mantém todo o tratamento do instituto aduzido pelas demais leis anteriores, devendo a colaboração ser voluntária e eficaz na identificação dos demais agentes do crime, ou na recuperação do produto do crime.

Contudo, a previsão da colaboração para os crimes tipificados na Lei de tóxicos não fora tão generosa quanto aos prêmios frente à tendência ampliativa que se apontava nas leis anteriores.

Apenas prevendo como prêmio uma causa de redução de pena de um a dois terços, haja vista o alto grau de periculosidade e o número de pessoas envolvidas com esta espécie de delito, a aplicação do referido instituto, nesta configuração premial, é coisa rara na prática.

À luz somente do crime de tráfico *lato sensu*, praticado em concurso de pessoas, resta inviável pactuar acordos desta espécie, ainda, em virtude da pena de grande monta e de ficar a colaboração sob a expectativa de eficácia para, então, cominação do *quantum* a reduzir da pena aplicada.

A recente Lei 13.260/16 que tem por objetivo disciplinar a figura típica do terrorismo, em que pese não ter previsto disciplina alguma para a colaboração premiada, faz referência à Lei 12.850/13, estipulando a aplicação da colaboração lá prevista com todo o seu procedimento para os crimes aqui tipificados.

Nesse sentido coube ao art. 16, do referido diploma legal, fazer remissão à lei de organização criminosa que melhor disciplina a matéria, conforme segue.

Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei.

Haja vista a Lei 12.850/13 ser tratada de forma detalhada nos demais tópicos, não a abordará neste momento para que se evitem repetições desnecessárias.

Por fim, cabe ressaltar que foram introduzidos, no ordenamento jurídico pátrio, os Tratados Internacionais de Palermo e Mérida, através dos Decretos n. 5.015, de 12 de março de 2004 e n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006,

respectivamente, este último trata em seus arts. 26 e 37 sobre o incentivo da previsão da colaboração premiada no ordenamento jurídico interno, dispondo, ainda, sobre os resultados almejados, e esboçando, ao crivo do sistema jurídico de cada país, os possíveis prêmios a serem concedidos.

Em suma, trata-se de instituto com diversas facetas, cada qual sob a égide da legislação que lhe dá previsão no ordenamento jurídico, podendo-se asseverar a existência de microssistemas de colaboração premiada, na legislação pátria como um todo, guardadas as devidas similitudes e diferenças.

6.3 Da Teoria do Diálogo das Fontes na Colaboração Premiada

Ao fim da digressão histórico-normativa, conforme o todo supracitado, é possível realizar um compêndio de leis vigentes que dispõem sobre a colaboração premiada no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, Lei 7.492/86, art. 25, § 2º; Lei 8.137/90, art. 16, parágrafo único; Lei 8.072/90, art. 8º, parágrafo único; Lei 9.269/96, que alterou o art. 159, § 4º, do Código Penal de 1940; Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º; Lei 9.807/99, art. 13/14; Lei 11.343/06, art. 41 e Lei 12.850/13, nesse sentido, ante a multiplicidade de fontes que tratam da mesma matéria, faz-se pertinente verificar a incidência da Teoria do Diálogo das Fontes na aplicação do presente instrumento consensual.

Trata-se de uma teoria idealizada pelo jurista alemão Erik Jaime e que fora introduzida e difundida no ordenamento jurídico pátrio pela douta professora Cláudia de Lima Marques. Em que pese ser o trabalho da nobre professora voltado para o campo consumerista e civilista, resta patentemente possível a aplicação da teoria em comento à seara criminal por se tratar de uma ferramenta de hermenêutica.

Em apertada síntese, o diálogo das fontes prega a complementaridade das normas do ordenamento com o fito de preservar uma visão unitária de todo o sistema, dialogando sobre tudo para que se evite antinomias na aplicação do direito. Assim, cabe ao magistrado do caso, ao individualizar a norma penal escolher aquela que melhor dialoga com o caso, concedendo-lhe a melhor solução.

Nesse sentido, cabe expor o trabalho da professora Cláudia de Lima Marques (2007, p. 91), quanto às espécies de diálogos possíveis:

- a) Em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*.
- b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*).
- c) Os *diálogos de influência recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de um determinada lei sofrem influências da outra.

Preliminarmente cabe ressaltar que a Lei 9.807/99 – Lei de Proteção aos Colaboradores - era tomada como uma lei geral na aplicação da colaboração premiada, frente às demais leis afetas ao tema, o que se revelava posicionamento sufragado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, com o advento da Lei 12.850/13 a lei retrotranscrita cede seu lugar de lei geral a *novatio legis*, uma vez que a lei de organizações criminosas vai além na disciplina do tema prevendo o necessário procedimento de pactuação da colaboração assunto não abordado pelas legislações pretéritas que apenas previam o instituto em seu aspecto material.

As normas atinentes ao tema devem se complementar naquilo em que forem compatíveis, conforme supracitado, em um diálogo de coerência ocorrendo à aplicação simultânea das leis. Podendo através da aplicação dessa teoria sustentar a incidência do requisito da voluntariedade para todas as colaborações, em detrimento da espontaneidade prevista em algumas leis.

Ao passo que não há dúvidas que os direitos do colaborador previsto na Lei 12.850/13 se aplicarão a qualquer espécie de colaboração, independentemente do diploma legal em que esteja prevista, certo de que o mesmo entendimento se aplica ao procedimento da colaboração.

Assim, entendemos que qualquer colaboração, independente de sua previsão legal, e em relação a qualquer crime, para obtenção de qualquer prêmio, deve ser imprescindível para o ato a presença de um defensor, em observância ao princípio constitucional da ampla defesa, via defesa técnica. O que revela a aplicação da teoria do diálogo das fontes quanto a colaboração premial.

Neste vértice, insta salutar conhecer minuciosamente o instituto da colaboração premiada propriamente dita.

6.4 Colaboração Bilateral, Unilateral e Delação: Âmbito de aplicação e Delimitação dos Institutos premiais

A bilateralidade ou unilateralidade da colaboração com a justiça fica a cargo da presença ou ausência de termo de colaboração previamente pactuado entre as partes, colaborador e Ministério Público, ou colaborador e Delegado de Policial, sempre com vistas ao órgão de acusação.

O requerimento das partes, expresso no art. 4º da lei de organizações criminosas, induz a necessidade do acordo e a observância de uma colaboração bilateral. Noutra vértice as colaborações unilaterais consistem em confissão somada à cooperação com a persecução, sem, contudo, requerer um pacto pretérito para a prática do ato e o conseqüente deferimento do prêmio.

Conforme já ressaltado a atual Lei 12.850/13 implicou uma correta cisão entre os institutos consensuais, fazendo com que a denominação etimológica dos termos compreenda conteúdo jurídico distinto para cada instituto.

Cabe repisar que o termo ‘colaboração premiada’ expressa um sentimento de apoio, cooperação, concurso de desígnios, co-participação na busca de um denominador comum. Ao passo que delatar contém o desígnio de inculpar, incriminar, achacar, acusar.

O legislador ordinário, ao tratar do assunto na lei acima mencionada, utilizou de forma correta o designativo “colaboração premiada”, dispondo da melhor técnica jurídico-processual, conforme se depreende do art. 3º da referida lei, senão vejamos:

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

I – colaboração premiada;

Delatar, ou seja, imputar à alguém a autoria de um fato típico revela-se um ato incerto da colaboração, contudo, a recíproca não é verdadeira, uma vez que, à luz dos resultados pretendidos pela lei, por exemplo, art. 4º, inciso IV, da Lei 12.850/13, é cabalmente possível colaborar, sem, contudo, delatar quem quer que seja, conforme segue.

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:

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

O que se depreende do exposto é que hoje vige no ordenamento jurídico uma relação de gênero e espécie entre os institutos atribuindo a colaboração, instituto mais amplo, uma posição de gênero, tendo a delação como espécie.

Assim, é possível doutrinariamente sustentar a existência de subespécies da colaboração premiada, quais sejam, delação premiada ou chamamento de corrêu; colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização; colaboração preventiva; colaboração para localização e recuperação de ativos e colaboração para libertação de pessoas. Nesse sentido, encontra-se o trabalho do professor Luiz Flávio Gomes (2014), que sustenta as espécies de colaboração premiada:

1ª) *delação premiada ou chamamento de corrêu*: é a destinada à identificação dos demais coautores e/ou partícipes da organização criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas (art. 4º, inciso I, da Lei 12.850/13);

2ª) *colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização (da burocracia)*: é a colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa... (art. 4º, inciso II, da Lei 12.850/13);

3ª) *colaboração preventiva*: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, inciso III, da Lei 12.850/13);

4ª) *colaboração para localização e recuperação de ativos*: visa à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, inciso IV, da Lei 12.850/13);

5ª) *colaboração para libertação de pessoas*: tem por finalidade a localização da vítima (de um seqüestro, por exemplo) com sua integridade física preservada (art. 4º, inciso V, da Lei 12.850/13).

Fixados por ora a delimitação de cada qual, tema importante a ser enfrentado diz respeito a quais crimes se podem aplicar o instituto da colaboração premia *lato senso*.

A doutrina ancorada na lei de proteção a testemunhas assegura que todo e qualquer crime pode ser objetivo de colaboração, haja vista a lei em comento não especificar quais crime, o que induz entender a possibilidade da ampliação de sua incidência.

Nesse sentido, cabe expressar as lições do ínclito professor Andrey Borges de Mendonça (2013, p. 6-7):

De qualquer sorte, a par das hipóteses previstas expressamente para utilização da colaboração premiada, a jurisprudência já asseverou que, com base na Lei 9807, a colaboração premiada é possível de ser aplicada para qualquer tipo penal. Nesse sentido já decidiu o STJ. Porém, deve-se ter cautela para não banalizar o instituto, utilizando meios de obtenção de prova para infrações sem gravidade, o que poderia afrontar o princípio da proporcionalidade.

Assim, segundo o referido autor, a aplicação do instituto é dilatada, porém deve ser balizada aos crimes graves, afastando, assim, a colaboração nos crimes de menor monta à luz do princípio da proporcionalidade.

Nessa altura apresenta-se importante conhecer o conceito fornecido pela doutrina para o instituto da colaboração premiada.

6.5 Conceito da Colaboração Premiada

Conforme se depreende de sua nova roupagem, é possível conceituar a colaboração premiada como uma técnica especial de investigação concernente a toda colaboração realizada pelo agente criminoso, mediante acordo prévio, ou não, de forma voluntária, assistido por advogado, a qualquer tempo, que confessando sua responsabilidade, contribui com a persecução penal mediante o recebimento de alguma espécie de prêmio, em caso de corroboração de suas declarações.

Cabe salientar que colaborador é aquela pessoa que tem contra si inaugurada a persecução penal, independentemente de sua condição, seja como,

suspeito, indiciado, acusado, réu ou reeducando, em virtude de poder vir a colaborar a qualquer tempo, sob pena de suas declarações se revestirem do manto de testemunho simples tal qual o de qualquer outra pessoa que tenha conhecimento e possa testemunhar os fatos.

Nesse sentido, alguns doutrinadores sustentam se tratar de um testemunho especial, qualificado, ante as razões supracitadas, assim, se apresenta o trabalho do professor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 324), conforme segue:

Processualmente, somente tem sentido falarmos em *delação* quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator.

Ainda, com o fito de melhor conceituar o instituto da colaboração premiada, cabe ressaltar o conceito apresentado pelo professor Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 513).

Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma *técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente e eficazes para a consecução de um dos objetivos previsto em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.*

Os conceitos aduzidos buscam fixar as características do fenômeno da colaboração premiada, tal qual instituída na lei de organizações criminosas, importante destacar que a colaboração deve se submeter vestibularmente ao princípio da autonomia da vontade daquele que colabora, em seguida, da imprescindível assistência técnica de advogado e, por fim, como uma baliza essencial para a concessão do prêmio a observância da regra de corroboração, que irá mensurar a eficácia ou ineficácia das declarações prestadas e conseqüentemente o deferimento ou indeferimento do prêmio ofertado.

Certo de que tais aspectos serão objeto de estudo pormenorizado, a seguir há que se procurar conhecer a natureza jurídica da colaboração premiada.

6.6 Natureza Jurídica da Colaboração Premiada

Devido à importância do tema não devemos nos furtar ao enfrentamento da natureza jurídica da colaboração premiada como gênero. Assim, a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada não é una, revelando diversas facetas, cabendo sustentar uma natureza penal, à luz dos prêmios ofertados, outra processual penal, quanto sua alocação no campo probatório, bem como aspectos civis por tratar-se de negócio jurídico processual, materializando-se em um contrato jurídico, um acordo de colaboração entre acusação, em grande parte, e o agente criminoso.

Nesse sentido cabe adentrar ao tema perquirindo seu perfil, penal-material, conforme segue:

6.6.1 Natureza jurídica da colaboração premiada à luz do direito penal: prêmios

Somente cabe falar em natureza jurídica penal, ou material, à luz dos prêmios estipulados em lei. Assim, o rol de prêmios revela especificamente a diversidade da natureza jurídica em que a colaboração premiada pode se revestir somente em sede jurídico-penal.

Preliminarmente cabe esclarecer que coube à lei de organizações criminosas ampliar o rol dos prêmios, até então previstos na legislação passada. Neste ínterim, com o fito de abranger todos os resultados premiais e, conseqüente, as demais sanções premiais previstas nas legislações pretéritas é que se tomará por base a referida lei e seus prêmios, devidamente expressos no art. 4º, §§ 3º, 4º e 5º, *in verbis*:

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:

[...]

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por

igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

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

Conforme supracitado o primeiro prêmio insculpido no artigo em comento é o perdão judicial, assim a colaboração premiada ganha status de causa extintiva da punibilidade, conforme previsão do Código Penal pátrio, uma vez produzido o resultado pactuado, será extinta a punibilidade do agente através da concessão desta espécie de prêmio.

Para melhor conhecer o instituto do perdão judicial resta importante realizar a citação dos ensinamentos do professor Guilherme Nucci (2014, p. 551):

É clemência do Estado para determinadas situações expressamente prevista em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvam a infração penal. Trata-se de uma autêntica *escusa absolutória*, que não pode ser recusada pelo réu.

Segundo o entendimento retromencionado o perdão judicial somente é aplicado quando previsto em lei de forma expressa para determinado tipo penal, em obediência a determinados requisitos, como no caso a regra de corroboração e aos critérios subjetivos balizadores da concessão dos prêmios pelo magistrado.

Importante destacar o regramento contido no § 2º, do art. 4º, da Lei 12.850/13, facultando ao Ministério Público e à autoridade policial, cada qual em momentos distintos, requerer ao magistrado a concessão do perdão judicial do colaborador, sob o crivo da relevância das informações, ainda que este prêmio não tenha sido objeto de acordo anterior entre as partes.

Entende-se que a dilação dos prêmios, como exposto, para além do pactuado, em sede de acordo de colaboração, somente deve ser realizada em benefício do réu ante a vinculação das partes ao conteúdo do acordo e em respeito ao princípio da boa-fé.

O próximo e segundo prêmio ofertado pela lei de organizações criminosas é uma causa de redução de pena, uma minorante, a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena, sempre no caso em que a colaboração via corroboração restou patentemente efetiva para o resultado proposto.

À luz do supracitado *caput* do art. 4º, o texto menciona apenas um patamar máximo de decréscimo de pena, ou seja, 2/3 (dois terços), sendo silente quanto à fixação de um patamar mínimo, diferentemente do realizado pelas legislações anteriores que enfrentam o tema, por exemplo, Lei 8.072/90, art. 8, parágrafo único; Lei 7.492/86, art. 25, § 2º; Lei 8.137/90, art. 16, parágrafo único, e ainda do Código Penal art. 159, § 4º, com redação dada pela Lei 9.269/96.

Sendo certo que a expressão “até” exprime a existência da necessidade de um balizamento do *quantum* redutor, a ser motivadamente alcançado pelo magistrado, à luz do caso concreto, afastando posição de que a redução apenas poderia ser executada em 2/3 (dois terços).

Revela-se função da doutrina em enfrentar o tema buscando fornecer um piso mínimo a ser aplicado quando da mensuração da pena, tendo em vista rechaçar a prolação de decisões teratológicas, quando da aplicação de patamares irrisórios que, por via de consequência, amesquinharia as colaborações e os próprios colaboradores.

Nesse sentido entende-se que a teoria do diálogo das fontes, acima mencionada, é suficientemente capaz de resolver a celeuma apresentada, no sentido de valer-se das demais leis de colaboração para aplicar a redução em um piso mínimo de 1/3 (um terço).

Assim se apresenta o escólio dos professores Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva num trabalho em conjunto (2015, p.169/170):

Entende-se também que as outras legislações de delação premiada podem complementar a Lei 12.850/13. Veja-se que o artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas (LOC) reza que o juiz poderá, em razão do acordo de colaboração (alcançando um dos resultados elencados), reduzir a pena em até 2/3, não fixando, portanto, um patamar mínimo de redução da pena (o que poderia levar ao absurdo de o juiz poder reduzir a pena em apenas 1 dia, por exemplo).

Salienta-se que todas as outras leis que trata do instituto da delação premiada trazem um patamar mínimo de redução da pena (qual seja: 1/3).

Desta forma, para se manter a coerência do sistema, é necessário que haja complementação da Lei 12.850/13 pelas demais normas especiais sobre o instituto, devendo o quantum mínimo de redução da pena ser também de 1/3 na LOC (lei de organizações criminosas).

Contudo, há posição contrária na doutrina que entende que o patamar da redução pode alcançar o *quantum* de 1/6 (um sexto), por se tratar do menor nível insculpido no Código Penal, tendo como um de seus expoentes o professor Renato Brasileiro (2014, p. 528), conforme segue:

a) **diminuição de pena:** ao contrário de outros dispositivos legais referentes à colaboração premiada, que preveem a diminuição da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), o art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, faz referência apenas ao máximo de diminuição de pena – 2/3 (dois terços) – sem estabelecer todavia, o *quantum* mínimo de decréscimo da pena. Ante o silêncio do dispositivo legal e, de modo a se evitar uma redução irrisória (v.g., um dia ou um mês), que poderia desestimular a vontade do agente em colaborar com o Estado, parece-nos que deve ser utilizado como parâmetro o menor *quantum* de delimitação de pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto).

Deve ser perfilhada a primeira corrente que assevera ser de 1/3 (um terço) o crivo de menor declínio de pena, ainda, com base no todo exposto, à luz do princípio da especialidade das leis, caberia as demais leis instituidoras da colaboração tutelar o tema em detrimento da aplicação do Código Penal., sem, contudo, perder de vista que o critério de 1/3 (um terço) se faz presente na colaboração vigente no bojo do próprio Código penal, em seu art. 159, § 4º, com redação dada pela Lei 9.269/96, devendo-se ter em vista o antecedente da redução, ou seja, de que se trata de um prêmio em decorrência de uma colaboração com a justiça e não de uma mera causa de diminuição de pena.

Entende-se que o presente posicionamento, à luz da teoria do diálogo das fontes, ou ainda, da aplicação do princípio da especialidade das leis, deve ser justaposto ao § 5º do art. 4º que prevê uma causa de redução de pena, após a sentença de “até” metade, sem, contudo, expressar *quantum* mínimo de redução.

O terceiro prêmio que pode alcançar a efetiva colaboração com a justiça é a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Importante ressaltar que a substituição de penas possui regramento no Código Penal, exigindo a observância de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, à luz da pena fixada, no caso em concreto e em definitivo.

Nessa toada é importante esclarecer que tais requisitos não incidirão nesta espécie de substituição, porque não se trata de concessão de um benefício em relação à pena aplicada propriamente dita, mas sim, em relação aos resultados produzidos, que são prêmios decorrentes de uma colaboração, sendo cabível apenas sustentar a aplicação do art. 43 do Código Penal, quanto às espécies de penas restritivas.

No sentido de corroborar o até aqui alegado, importante trazer à baila os argumento do professor Renato Brasileiro (2014, p. 528), sobre o tema:

b) **substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:** como o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, refere-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem fazer qualquer remissão ao disposto no art. 44 do Código Penal, o ideal é concluir que esta substituição deverá ser feita independentemente da observância de tais requisitos;

Esvaziado o *caput*, do art. 4º, da Lei 12.850/13, passa-se a análise do quarto prêmio ofertado pela lei em seu § 3º, que consiste suspender o prazo para a oferta da peça inaugural da ação penal ou suspensão do processo e, conseqüentemente, dar causa à suspensão da prescrição, o que induz sua alocação neste tópico. Entende-se não se tratar de um prêmio por excelência, uma vez que o preceito normativo contido no texto legal é meio para a obtenção da corroboração do prêmio propriamente dito.

A suspensão possui o escopo de dilatar os prazos processuais penais e penais, prescrição, para que se consiga obter outros elementos de prova, no intuito de preencher o todo alegado pela colaboração, assim a própria ordem de concessão deste prêmio, antes da realização da regra de corroboração.

Insta salientar que o presente prêmio poderia ser alocado como um dos efeitos imediatos da celebração do pacto de colaboração com a acusação e,

devidamente homologado pelo magistrado competente, ao lado do deferimento de medidas de proteção aos agentes colaboradores e seus respectivos familiares. Assim, a presente medida é benéfica ao colaborador e, somente a ele, no sentido de lhe fornecer um lapso de tempo mais dilatado para amearhar um maior número de elementos de prova que possuem o condão de trilhar o caminho da concessão do prêmio.

Nesse sentido, Renato Brasileiro (2014, p. 529), analisando o escopo desta espécie de premiação assevera que:

Daí a importância do art. 4º, § 3º, da Lei nº 12.850/13, que permite que o prazo para oferecimento da denúncia ou o próprio processo, *relativos ao colaborador*, seja suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. Esta paralisação da persecução penal está restrita ao colaborador, não devendo abranger os demais investigados (ou acusados) para que não haja um prolongamento indevido das investigações (ou do processo).

O quinto prêmio que se tem referência encontra-se previsto no art. 4º, § 4º, incisos I e II, da Lei 12.850/13, trata-se de sanção premial que possui por sua finalidade o não oferecimento da acusação, denúncia, contra os atos, em tese, praticados pelo colaborador.

Consistindo a presente regra em uma exceção legal ao princípio da obrigatoriedade da promoção da ação penal. Segundo salientado em capítulo próprio a legalidade processual é responsável por impingir o princípio da oportunidade, pontualmente, em exceção ao princípio da obrigatoriedade, numa convivência harmônica do sistema. Como no caso da transação penal, o prêmio realiza o princípio da oportunidade de solucionar o conflito penal através de um mecanismo de consenso.

Nesse sentido, além dos requisitos comuns aos demais prêmios, este super prêmio requer a realização de outros dois requisitos, exigindo-os presentes de forma cumulativa, concomitante, para sua concessão, quais sejam:

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:

[...]

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a presta efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Assim, a não liderança da organização criminosa, a precedente colaboração em detrimentos das demais, e sua efetividade, devem se fazer presente para a concessão do prêmio de, a *contraio sensu*, consiste em proceder com o arquivamento dos fatos.

Contudo é possível vislumbrar que os requisitos precisam ser corroborados para o fim de perfazerem a concessão do benefício legal. Eis que a doutrina sustenta que deve se proceder à suspensão da investigação ou processo, até efetiva corroboração.

Socorrendo-se mais uma vez da teoria do diálogo das fontes é pertinente buscar na lei que prevê o instituto da leniência os fundamentos da concessão da decisão, concessiva do benefício como causa extintiva da punibilidade do agente criminoso.

Nesse sentido, sustentando o até então discorrido, cabe trazer a lume o escólio do professor Renato Brasileiro (2014, p. 529-530), acerca do tema:

Apesar do legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito matéria a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Diante do silêncio da nova Lei de Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, da Lei n. 12529/11, que prevê que o cumprimento do acordo de colaboração premiada acarreta a extinção da punibilidade do colaborador. Como se trata, a concessão do perdão judicial, de decisão declaratória extintiva da punibilidade, tal decisão estará protegida pela coisa julgada, o que importa no reconhecimento da imutabilidade do comando que dela emerge. Por consequência, este dispositivo deve ser utilizado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo

colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo. Daí a importância de o não oferecimento da denúncia previsto no art. 4º, § 4º, ser precedido do sobrestamento da persecução penal inserido no art. 4º, § 3º, a fim de verificar a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador.

Por fim há ainda a possibilidade de pactuar-se a progressão de regime conforme se encontra previsto no art. 4º, § 5º, da lei de organizações criminosas que assevera que:

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:

[...]

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

O primeiro apontamento que se faz pertinente diz respeito à ausência de indicação de qualquer espécie de regime e seu *quantum*, assim, realizando uma interpretação favorável ao colaborador, uma vez silente, à lei cabe a concessão de regime de qualquer estágio mais gravoso para um mais benéfico, ou seja, do regime fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto.

No mesmo sentido, a dispensa de requisitos objetivos quer expressar que se poderá, a título de premiação, conceder a progressão de regime, independentemente do *quantum* da reprimenda já cumprida. Restando ainda indiferente tratar-se de crime, cuja natureza seja hedionda, ou não.

Entende-se que, em virtude da ausência de qualquer crivo objetivo, para a concessão da progressão de regime, seria possível o deferimento do benefício da progressão do regime fechado para o aberto, de forma direta.

Contudo, deve-se, em observância ao critério subjetivo, quanto ao comportamento carcerário do colaborador, ou ainda, diante das condições subjetivas do agente, que à luz do caso em concreto pode ser obstaculizada, o deferimento do benefício.

Acerca do tema cabe ressaltar o escólio do douto professor Renato Brasileiro (2014, p. 530):

Com o objetivo de incentivar a colaboração premiada, a Lei nº 12.850/13 também passou a prever que, na hipótese de a colaboração premiada ser posterior à sentença, será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos *objetivos* (art. 4º, §5º). De se notar que o dispositivo legal sob comento ressalva apenas os requisitos *objetivos*. Por consequência, mesmo que a colaboração premiada posterior à sentença seja objetivamente eficaz para a consecução de um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º, a progressão de regimes ainda depende da observância dos requisitos *subjetivos*, ou seja, ao bom comportamento carcerário do condenado.

Nesse sentido, ante o todo exposto, resta patentemente demonstrada a natureza jurídica penal-material da colaboração premiada, assumindo diversas facetas à luz do prêmio pactuado e efetivamente aplicado. Em sua maioria os prêmios alcançam a pena do colaborador, ora para afastá-la por completo, através do perdão judicial, ora diminuí-la ou acelerar seu cumprimento, via progressão de regime.

Veja-se que a finalidade de todas essas espécies prêmios são fazer com que o colaborador tenha uma relação distinta com o cárcere e que a adoção de uma posição em colaboração com a justiça pode vir a ser proveitosa para o agente criminoso.

Assim, excedido o presente tema, vislumbra-se pertinente conhecer a natureza jurídica processual do instituto da colaboração premiada

6.6.2 Natureza jurídica da colaboração premiada à luz do direito processual penal: meio de obtenção de prova

Há divergência na doutrina quanto à natureza jurídica processual penal do instituto da colaboração premiada, contudo com fulcro no art. 3º, inciso I, da Lei 12.850/13, nos posicionamos a favor da corrente que entende ser a colaboração premial um meio de obtenção, pesquisa ou obtenção de prova, e não meio de prova.

Nessa toada cabe transcrever o artigo retromencionado:

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

I – colaboração premiada;

Assim, cabe de forma precípua o que vem a ser meio de prova e meio de obtenção de prova. O primeiro (meio de prova) é aquele elemento de prova que por si só oferta ao magistrado, gestor da prova, conseqüentes probatórios utilizáveis de forma direta e incisiva em sua produção jurisdicional, vê-se que a motivação da decisão se pautará diretamente neste meio de prova.

Lecionando o que vem a ser meio de prova, cabe ressaltar a arguta lição do professor Edilson Bonfim Mougenot (2012, p. 315):

Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes.

Não podemos confundir meio com sujeito ou com objeto de prova. A testemunha, por exemplo, é sujeito, e não meio de prova. Seu depoimento é que constitui meio de prova.

Muito em virtude da regra de corroboração sustentar o entendimento de que a colaboração do agente criminoso é meio de prova que possui o condão, conforme conceito aduzido acima, de per si sustentar uma decisão não se encontra de acordo com o texto legal.

O meio de obtenção de prova possui destinação de fonte dos meios de prova, os meios de pesquisa não terão incidência direta na decisão do julgador, possuem a finalidade de informar a atividade probatória dentro da persecução penal, para que se possa lograr êxito em realizar a aquisição dos meios de prova, que por sua vez gozarem de capacidade probatória para embasar a decisão a ser proferida nos autos.

Exemplificando o tema, insta pedagogicamente mencionar a lição do professor Renato Brasileiro (2014, p. 312), conforme segue:

A colaboração premiada funciona como importante técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova. Por força dela, o investigado (ou acusado) presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova. Por exemplo, se o acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou seqüestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova.

O Supremo Tribunal Federal também tem se posicionado neste sentido, que a nosso ver é o entendimento correto, à luz do já citado acima devidamente combinado com o art. 4º § 16, da lei de organizações criminosas.

É possível assegurar, diante o todo exposto, que a colaboração do agente criminoso é meio de obtenção de prova, que submetida à regra de corroboração, pode se convalidar em meio de prova e assim consubstanciar o resultado produzido e dar ensejo a aplicação da sanção premial.

Em sentido contrário, entender a colaboração como meio de prova, é sustentar que ela por si só pode produzir efeitos nas decisões e afastar a regra de corroboração, atribuindo valor quase que absoluto ao depoimento do agente criminoso, e obrigando que o delatado produza provas que afaste as declarações oferecidas.

Por derradeiro, a colaboração premiada também se aloca como categoria de negócio jurídico processual pactuado entre os atores processuais, acusação e agente criminoso, tendo o juiz papel fundamental nesta relação processual que possui o escopo de produzir efeitos processuais, e ainda, por requerer homologação de seus termos.

Assim, passemos a análise desta face da natureza jurídica da colaboração.

6.6.3 Natureza jurídica da colaboração premiada como um negócio jurídico processual: existência, validade e eficácia

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, esta é a primeira ressalva a ser feita. Os prêmios pactuados em

sede de colaboração somente serão atribuídos ao colaborador, não sendo extensível a qualquer outro agente, sendo, assim, conforme se observará infra, elemento essencial na observância da correta aplicação do princípio constitucional, da individualizada da pena.

Ainda, de forma vestibular, antes de alocar o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual, devemos nos ater no seu significado como fenômeno jurídico e discorrer sobre o seu plano de existência, validade e eficácia.

Insta também salientar que é patentemente possível colaborar com a justiça, sem, contudo, realizar um acordo prévio de colaboração, ou seja, sem pactuar seus termos com o douto Ministério Público e consequente homologação judicial.

Pois, então, o que se entende por negócio jurídico e por negócio jurídico processual, segundo os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 397), é possível conceituar o negócio jurídico conforme segue:

Em linguagem mais simples, posto não menos jurídica, seria a *declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente.*

Depreende-se que o negócio jurídico possui como sua base o elemento volitivo, conforme supracitado a “declaração de vontade”, realizando-se a devida transposição, a colaboração sempre deve ser realizada quando exista o *animus* de colaboração como antecedente, e a efetiva colaboração como consequente.

Seguindo o conceito acima exposto, antes de adentrar na análise de seus pressupostos de existência, validade e eficácia, resta necessário delimitar o que vem a ser o fenômeno jurídico do negócio jurídico processual.

Em apertada síntese, o presente instituto pode ser conceituado como uma declaração de vontade que, em observância aos pressupostos comuns ao negócio jurídico propriamente dito, tem por objeto produzir efeitos processuais, diferentemente do negócio jurídico por excelência que ostenta o escopo de surtir efeitos de ordem material.

Tendo em vista que a colaboração pressupõe um agir cooperativo entre acusação e acusado, que de forma voluntária, ou seja, liberta, dotada do *animus* de colaborar com a persecução penal que é, sem dúvida, uma atividade processual, é que se pode conceber a colaboração nestes termos.

Assim, é lícito ressaltar que o acordo de colaboração tem sua gênese pautada na autocomposição que está inserida no campo da justiça penal consensual.

Fixadas as premissas básicas ao tema, cabe iniciar o estudo quanto aos seus elementos essenciais de existência, validade e eficácia. O plano de existência pode ser subdividido em outros elementos essenciais. O primeiro deles é a declaração de vontade que deve alcançar o plano de conhecimento da outra parte, cabe destacar que somente a manifestação de vontade expressa é apta a indicar a intenção de colaborar, já que é vedado interpretar o silêncio no sentido de que o réu deseja produzir provas contra si, em virtude da sistemática processual penal. Em seguida, encontra-se a figura do agente emissor da vontade que, segundo a lei em comento, entende-se como o agente criminoso *lato senso*, vez que a colaboração pode ser pactuada a qualquer tempo.

E por último, encontra-se a forma necessária ao ato, forma pela qual se exterioriza a declaração de vontade, conforme se depreende do art. 6º, *caput*, da Lei 12.850/13, *in verbis*: Art. 6º: “O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:”

Assim, uma vez existente o negócio jurídico processual penal, passa-se à análise dos elementos de validade.

Existem pressupostos gerais de validade, que de certo modo adjetivam o plano da existência, asseverando que não basta à manifestação de vontade esta é imprescindível a liberdade e boa-fé; que o agente emissor da vontade seja capaz e legítimo para o negócio; o objeto deve ser lícito possível e determinado e, por fim, que a forma seja adequada à realização do negócio jurídico.

Quanto à manifestação da vontade cabe ressaltar os ensinamentos dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 415):

A autonomia privada, conceito umbilicalmente ligado à noção de liberdade negocial, é a pedra de toque de toda a *teoria do negócio jurídico*.

Traduz a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, respeitados ditames mínimos de convivência social e moralidade média.

Nesta toada exige-se a capacidade e legitimidade para o negócio, comumente requer que a capacidade pessoal seja plena, ou seja, livre da necessidade de representação ou assistência.

Afastando-se a aplicação do instituto da colaboração aos menores infratores, por lhes faltar capacidade de consentir em âmbito penal e pela ausência de prêmios compatíveis com o regime menorista.

Quanto a legitimidade esta deve ser vista em relação à pessoa que possui contra si inaugurada a persecução penal, uma vez que a confusão quanto ao agente criminoso pode vir a reduzir suas declarações a mero testemunho.

A licitude e a possibilidade do objeto em sede de colaboração premiada decorrem de lei, assim qualquer outra pactuação de prêmio que não seja previsto em lei, sob o crivo do princípio da legalidade, não poderá ser objeto de negociação por carência de possibilidade para a prática do ato.

Assim, restaria patentemente ilícito e impossível pactuar o perdão judicial de um terceiro criminoso, ou, por exemplo, o regresso a primariedade ou bons antecedentes quando seja o agente criminoso reincidente e portador de maus antecedentes, dentro do período determinado em lei.

Por fim, quanto aos elementos de existência requer perquirir quanto a forma que exige ser prescrita, ou seja, determinada por lei, ou não defesa, não vedada por lei, permitindo-se a pactuação de forma livre ao privilegiar a autonomia da vontade.

Em sede de colaboração premiada a lei determina que o acordo seja conforme se depreende do art. 6º e seus incisos, da Lei 12.850/13, senão vejamos:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Importante destacar, ainda, que a presença do advogado do agente criminoso, na confecção do acordo é essencial ao ato, fazendo-se com que ao final das tratativas este lance sua assinatura no termo do acordo como elemento de validade do todo teor do contrato.

Em relação à forma insta salutar transcrever o escólio dos nobres doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 426):

Note-se, ainda, que, por força do *princípio da liberdade da forma*, os negócios formais ou solenes não são a regra em nosso Direito.

Em tais casos, quando a norma legal impõe determinado revestimento para o ato, traduzindo em uma forma especial ou em uma indispensável solenidade, diz-se que o negócio é *ad solemnitatem*. É o caso do *testamento* (negócio jurídico unilateral), para o qual a lei impõe determinada forma (pública, cerrada ou particular), não reconhecendo liberdade ao testador para elaborá-lo de acordo com a sua vontade.

A homologação do acordo também constitui ato de validade, sem o qual este não estará apto a produzir seus efeitos, carecendo-lhe de validade para tanto, cabo ao juiz competente homologar os termos do acordo da que então a colaboração possa produzir seus efeitos.

Ultrapassado o plano da validade adentra-se o plano da eficácia do negócio jurídico processual penal que vem a ser o acordo de colaboração premiada insculpida na lei de organizações criminosas.

A eficácia em suma diz respeito à capacidade de produzir os efeitos jurídicos que se espera da celebração do acordo, do contrato de colaboração premiada.

Nesse momento os efeitos da colaboração são decompostos em duas categorias de efeitos, os de caráter imediatos e mediatos. Os primeiros compõem o rol do art. 5º, intitulados direitos do colaborador sendo lhes deferidos, conforme o caso, em decorrência do ato homologatório e independentemente de sua eficácia.

Dentre os direitos do colaborador encontra-se, por exemplo, a possibilidade deste usufruir das medidas de proteção aos colaboradores que, sendo o caso, serão estendidas aos seus familiares.

As sanções premiaias em sua grande parte podem ser alocadas como efeitos mediatos, já que sua concessão se submete a regra probatória de corroboração, à luz do negócio jurídico processual penal, pode se falar que o deferimento do prêmio está sob modo ou encargo.

Lecionando sobre o tema encontra-se o vaticínio dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2012, p. 501):

Modo ou encargo é determinação acessória acidental do negócio jurídico que impõe ao beneficiário um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior.

(...)

Encargo é peso atrelado a uma vantagem, e não uma prestação correspectiva sinalagmática.

Por derradeiro, vê-se que o acordo de colaboração premiada, além de sua natureza jurídica penal-material, à luz dos prêmios deferidos, possuem também uma natureza jurídica processual penal, consistindo meio de obtenção de prova e, por fim uma natureza de negócio jurídico processual penal, percorrendo todos seus elementos essenciais de existência, validade e eficácia, visando assim à produção de efeitos em sede processual penal.

Assim, cabe explorar o valor probatório do acordo de colaboração premiada.

6. 7 Valor Probatório: Regra de Corroboração

O valor probatório da colaboração processual é bastante debatido pela doutrina e pela jurisprudência na busca de uma correta apreciação das informações, prestadas pelo colaborador à luz de todo o conjunto probatório amealhado, ou seja, o tema central a ser conhecido é encontrar em que momento a colaboração será suficientemente eficaz, corroborada pelos demais elementos de prova, para então produzir o resultado desejado pelas partes e ser passível de premiação.

Inicialmente há dois extremos que devem ser rechaçados de plano, o primeiro, se refere ao ledô engano de não atribuir qualquer valor probatório às declarações prestadas pelo colaborador, amesquinhando-as em mera *notitia criminis*.

Noutra vértice consiste a realização de valoração absoluta as declarações prestadas e que somente à sua presença nos autos seria fundamento suficiente para sustentar a prolação decisão de mérito contrária ao acusado. Assim, é correto afirmar que as informações ofertadas pelo colaborador, ausentes de suporte de outros elementos de prova, não darão azo ao afastamento da presunção de inocência que milita em favor do delatado, restando incontroverso que a colaboração não possui o condão de sozinha embasar o édito condenatório.

Nesse sentido, cabe transcrever a redação do § 16, art. 4º, da Lei 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:

[..]

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

As declarações prestadas em sede de colaboração premiada devem passar pelo crivo de duas aferições, uma interna e a outra externa, para que então realize sua eficácia surta efeitos premiaais.

O cotejo interno da colaboração refere-se ao conteúdo das informações asseveradas pelo, por ora, colaborador em potencial. Assim, se busca evitar que declarações patentemente desarrazoadas dêem início a qualquer espécie de atividade estatal.

Cabe ao Ministério Público, ao tomar conhecimento da colaboração, avaliar o cerne daquilo que fora declinado, perquirir acerca da coerência, credibilidade, sopesando-os com os elementos de prova que já se tem conhecimento por outras fontes.

A presente análise do aceitável nas declarações aduzidas possui por escopo impedir a judicialização de vinganças privadas, ou seja, obstaculizar a oferta de colaborações falsas, imbuídas em motivação egoística. Contudo, a que se ter parcimônia na perseguição de tais requisitos intrínsecos a colaboração, uma vez que as declarações prestadas originam-se de pessoa que possui contra si uma persecução penal em curso, sendo interessada processualmente, senão na realização da justiça, ao menos no deferimento do prêmio.

Nesse sentido cabe transcrever o trecho do trabalho do professor Frederico Valdez Pereira (2009, p. 31):

O delator precisa fornecer dados objetivos, consistentes em detalhes da atividade criminal declarada e que possam ser aferíveis *prima facie* como verossímeis e dignos de razoável aceitação nos primeiros contatos com os órgão de investigação. Ausente isso, verificando tratar-se de mera acusação genérica despida de relato pormenorizado e de elementos concretos passíveis de futura comprovação, não se deve dar procedimento pela manifesta falsidade ou insubsistência objetiva do relato, que não possui o intuito colaborativo, mas sim propósitos distintos, desde vingança até tentativa de desviar o rumo das investigações, passando pelo simples interesse em auferir benefícios procedimentais.

Nesse momento vários interesses podem se relevar factíveis de realização, através do instituto da colaboração premiada, até mesmo gozar do propósito de conduzir as autoridades judiciárias em um cenário de emboscada.

Ultrapassada o exame interno da colaboração resta, ainda, o controle externo a ser efetivado, ponto crucial ao instituto, pois é neste momento que se atestará positivamente, ou não, a corroboração do todo alegado. Esta tarefa é incumbida ao magistrado da ação penal entender pela presença de elementos de prova ou indícios suficientes para preencher as declarações do colaborador.

Interessante pontuar que não se exige prova que de per si possua o condão de atribuir a culpabilidade ao delatado sob pena de, nesse caso, esvaziar-se o conteúdo da colaboração, induzindo-a em patente desnecessidade.

Assim, o gestor da prova se pronunciará com base no conjunto probatório haver prova que corrobore as informações ofertadas em colaboração, mediante prêmio.

Corroborando o alegado, segue o entendimento do professor Frederico Valdez Pereira (2009, p. 31), *in verbis*:

Duas conclusões importantes podem ser extraídas das idéias acima expostas: suportes lógicos derivados da inferência indiciária são admissíveis como elementos de corroboração; e desses dados deve-se exigir que confirmem a veracidade da delação processual e não, obrigatoriamente, dos fatos imputados ao acusado. O mesmo se diga em relação a documentos ou testemunhas que venham a corroborar as informações do denunciante, o que se deve exigir é que esses elementos de prova digam respeito ao que foi relatado na delação processual, não importando para esse efeito que não se refiram ao fato criminoso em si.

Assim, a comprovação dos fatos delituosos ou da responsabilidade criminal dos sujeitos chamados em causa pelos denominados “arrepentidos processuais” resultará do conteúdo da colaboração processual vestida, corroborada por elementos extrínsecos, e não desses dados externos isoladamente considerados.

Em suma, atribui-se valor probatório relativo às declarações aludidas pelo agente criminoso em sede de colaboração premiada tendo em vista a necessidade do preenchimento do requisito da eficácia, trata-se de valoração correta, concedida ao instituto sob a avaliação de condições intrínsecas e extrínsecas que possuem o escopo de corroborar o alegado através dos demais elementos de prova colhidos nos autos, uma vez que o termo processual da colaboração não é capaz de arredar a presunção de inocência militante em prol do delatado.

Traçados os elementos básico sobre o tema, vamos enfrentar os posicionamento contrários e favoráveis a manutenção do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico, senão vejamos

6.8 Posicionamentos Doutrinários Contrários e Favoráveis à Colaboração Premiada: Implicações Éticas e Principiológicas

A doutrina vem se debatendo sobre as implicações éticas, morais e legais do instituto da colaboração premiada, sendo possível encontrar posicionamentos favoráveis e contrários à aplicação do instituto consensual da

colaboração. Assim, sua constitucionalidade, legalidade, seu teor ético e moral são objetos de debate, aduzindo-se argumentação de toda ordem, no fito de encontrar um fundamento teórico-normativo que justifique, ou não, a aplicação desta técnica especial de investigação criminal.

Em que pese ambos os lados possuírem expedientes sedutores, que superada a fundamentação teórica, culminam na repulsa ou acolhimento da colaboração no ordenamento jurídico pátrio, é fato que o instituto processual penal vem sendo amplamente aplicado e produzindo efeitos positivos no desbarato daqueles que, de forma minimamente organizada, ofendem os bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Com o propósito de melhor compreendê-la, passemos à análise das implicações éticas ou antiéticas trazidas a baila pela doutrina.

6.8.1 Questões éticas

Preliminarmente, insta ressaltar que em sua maioria, aqueles que entendem que a colaboração premiada é um instituto antiético e imoral, apreendem também que a colaboração premiada e a delação premiada são institutos idênticos e indissociáveis e não possuem conteúdo diverso um do outro, trata-se apenas de mera traição dos comparsas da criminalidade, asseverando que a adoção da terminologia “colaboração” possui somente o escopo maquiavélico de ocultar em si a traição institucionalizada, ou a extorsão premiada.

A dita oficialização de um comportamento antiético, ou seja, a traição legalmente prevista, é ponto recorrente dos vaticínios contrários ao instituto da colaboração premiada.

O oferecimento de informações pelo traidor, de forma a satisfazer seus anseios premiaes, ao arrepio de realizar a colaboração apenas porque se trata da coisa certa a se fazer, segundo sua consciência, induz o todo pactuado a ser rotulado como macabro. Ao passo que o Direito Penal tutela a traição como agravante, ou qualificadora, ou seja, utiliza da traição para agravar a culpabilidade do agente criminoso, assim, consistiria patente contradição do Estado dispor do mesmo instituto para, por sua vez, beneficiar o traidor. O que por si só induz revelar a ineficiência estatal no combate à criminalidade, sua cristalina falta de inteligência

investigativa em alcançar a comprovação da autoria e da materialidade do crime, sem se valer de expedientes antiéticos que não aviltem a ética dos criminosos.

Apontando a existência de diversas instituições que atuam de forma exclusiva na investigação do fato criminoso e, por conseguinte, não restariam dúvidas que o amplo rol de instituições deveria ser capaz de extirpar a criminalidade do seio social.

Portanto, não se deve considerar idônea as declarações do traidor, não se deve cogitar barganhar com agentes criminosos, pois é tal conduta repulsiva, não se lhe deve dar crédito algum, haja vista o exemplo do delator dos delatores, Judas Iscariotes.

Sintetizando o todo alegado faz-se pertinente transcrever o escólio da professora Natália de Oliveira de Carvalho (2009, p. 131):

Ao preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para que a prática, Estado premia a falta de caráter do co-delinqüente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social.

Ao reverso da adoção de mecanismo facilitadores da investigação criminal e da efetividade da punição, o aparato persecutório do Estado deve-se revestir de estrutura para realizar sua tarefa de modo legítimo, sem a utilização de expedientes escusos na elucidação das práticas delitivas que em verdade servem para degradar a própria autoridade. Não se pode, em definitivo, tolerar, em nome da segurança pública – “falida” devido à inoperância social do poder – a edição maciça de diplomas legais repressivos, os quais, pautados na retórica da eficiência, rompem com os preceitos da ordem constitucional democrática estabelecida.

Contudo, entende-se que toda a argumentação supracitada não é a mais correta ao caso, já que não possui o condão de afastar a aplicação do instituto da colaboração premiada. A dita insuficiência estatal na persecução penal é um fenômeno sustentado por aqueles que, certamente, não estão a par da prática forense criminal e de que temos uma das maiores populações carcerárias do mundo.

Realmente, de nada adiantaria um Estado Democrático de Direito, onde existe um vasto rol de órgãos afetos à persecução penal, se não lhes forem fornecido meios para o exercício de tal competência.

É cediço que a ética dos criminosos tem por lei fundamental o silêncio, a *omertá*, e nesse sentido cabe ao Estado dispor de expediente suficientemente capaz de operar a quebra desse silêncio e o desmantelamento da empreitada criminosa, pois, conforme ressaltado, trata-se de técnica especial de investigação.

É igualmente certo que o pacto de cooperação e silêncio entre os criminosos é pautado pelo medo e que o fomento à superação decorre dos prêmios *lato sensu* concedidos ao colaborador, haja vista seja sua proteção realizada por parte do Estado.

Nesse sentido, os diversos tratamentos atribuídos à traição pelo ordenamento jurídico em nada se revela contraditório à luz dos bens jurídicos em questão. A traição, objeto de agravamento da responsabilidade do agente criminoso e perpetrada em face do Estado, haja vista ser este vítima secundária de todos e quaisquer crimes; já a colaboração ocorre em prol do Estado em colaboração com a justiça à luz da realização da segurança pública.

Quanto à ausência de idoneidade das declarações, esta espécie de argumento não deve prosperar, pois restando inidônea tais afirmações, estas em nada servirão ante sua não corroboração, situação parecida com o que acontece com a confissão espontânea, que não deixa de exigir outros elementos de prova e que, independentemente de sua motivação, será capaz de atenuar a pena do condenado.

Ainda, a barganha com os criminosos já é realizada em ampla escala e com sufragada aceitação pela doutrina e pela jurisprudência através dos Juizados Especiais Criminais, que possuem na transação penal e na suspensão condicional do processo seu maior expoente. Sendo a colaboração premiada mais um mecanismo vigente do espaço de consenso inaugurado pela Lei 8.072/90, mas amplamente difundido e aplicado pela Lei 9.099/95.

Afinal, é no mínimo controverso exigir um comportamento ético do agente criminoso, uma vez que é senão a sua ética particular que permite ceifar a vida dos traidores, instituir um verdadeiro Estado paralelo *intra muros* dos estabelecimentos penitenciários e elaborar estatutos do crime com o único propósito de praticar aquilo que é tomado como antiético, imoral e criminoso pelo corpo social.

Corroborando com este entendimento, a posição do professor Renato Brasileiro (2014, p 515), acerca do tema:

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, portanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso (*omertá*), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em *ética de criminosos* é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.

Quanto a pretensa violação aos princípios informadores do processo penal passa-se a discorrer sobre o tema conforme segue.

6.8.2 Questões principiológicas

Noutra vértice, parcela da doutrina assegura violação aos princípios constitucionais informadores do processo penal, em específico os princípios da presunção de inocência, do direito de não produzir prova contra si e seu corolário do direito ao silêncio, contraditório é a ampla defesa.

À luz do breve apontamento realizado sobre cada princípio, em capítulo próprio, ateremo-nos somente à discussão sobre a violação, ou não, dos princípios acima aduzidos.

É preciso fixar a premissa de que não há princípios ou direitos absolutos que não sofram de alguma forma uma mitigação no ordenamento jurídico pátrio, cabendo ressaltar a excepcionalíssima previsão da pena de morte em caso de guerra desde que presente outros requisitos.

No mesmo sentido, os princípios que serão objetos de análise representam garantias ao agente criminoso, frente ao *ius puniendi* estatal, contudo, pode ele, em determinados momentos não exercer suas garantias, por exemplo, deixar de acessar o duplo grau de jurisdição ante uma sentença desfavorável, deixar de arrolar testemunhas, submeter-se ao teste do etilômetro e pode por fim, confessar a empreitada criminosa, o que por óbvio consiste no não exercício do direito ao silêncio, ademais há quem entenda ser a colaboração uma espécie de confissão especial.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, esta pode resultar numa norma de comportamento e possuir o condão de atribuir à ação o ônus de provar a imputação criminosa, entendemos que não há qualquer violação ao princípio.

O colaborador ao realizar o termo de colaboração, confessando e cooperando com a justiça, continua a ostentar, até corroboração do alegado, sua presunção de inocência, assim como na confissão propriamente dita, os institutos, isolados nos autos, não são capazes de dar gênese a uma decisão condenatória.

Ainda, cabe ressaltar que em caso de retratação, do exercício do direito de retratação, o todo pactuado não será utilizado em desfavor do colaborador.

Já quanto ao direito de não produzir prova contra si, é necessário trazer o ínclito posicionamento, do qual comungamos, que entende que o legislador ordinário ao se referir ao direito, ao silenciar empregou de forma equivocada o termo “renúncia” sendo que, à luz de uma interpretação sistemática da Lei 12.850/13, não de fato uma renúncia a este direito, mas sim, o seu não exercício em caso de o agente colaborador pretender eficaz sua colaboração.

Nesse sentido, Renato Brasileiro (2014, p. 516) discorre:

Parece ter havido um equívoco por parte do legislado ao fazer uso do verbo *renunciar*. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “g”), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direito são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há fala em *renúncia* ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá constar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado que não é obrigado a “colaborar para sua própria destruição” (*Nemo tenetur se detegere*).

Ninguém está obrigado a colaborar com a justiça seja como for, através de atos positivos ou negativos, contudo, a lei lança a faculdade do agente criminoso, de forma voluntária, assistido por defesa técnica, realizar o não exercício do seu

direito ao silêncio para então colaborar com a persecução penal. No mesmo sentido a submissão de forma voluntária à produção de uma prova perícia.

O princípio comentado veda a produção de qualquer prova contrária ao agente criminoso, em que ele seja obrigado a realizar, seja via tortura, coação física, ou ameaças, coação moral.

Por derradeiro o princípio não possui o escopo de impingir ao agente criminoso um dever de silêncio e de não colaboração, a incidência, ou não, do princípio em questão tem seu exercício condicionado à comissão ou omissão voluntária do réu.

Nesta toada cabe ressaltar o vaticínio do professor Eugênio Pacelli (2013, p. 24), quando do enfrentamento do tema, ora guerreado:

Observe-se, à saída, que qualquer acusado ou investigado pode livremente confessar os fatos que lhe são imputados em juízo ou estejam sendo investigados. Não há o *dever* ao silêncio!

Assim, a norma a que nos referimos é de uma ausência de técnica legislativa beirando o inexplicável! Se a colaboração depende de ato voluntário do agente, e, se, para sua eficácia, dependerá também de determinadas informações/declarações a serem prestadas por ele, não há que se falar em *renúncia* ao direito ao silêncio.

E, mais, o dever de dizer a verdade na hipótese, tal como previsto no referido dispositivo, decorreria unicamente do ato voluntário do colaborador e não como impositivo da norma legal! Se antes dessa decisão pessoal ele não era obrigado a depor – direito ao silêncio - não se pode dizer que ele tenha renunciado a esse direito, mais, sim, que resolveu se submeter às consequências de sua confissão.

Assim, a colaboração consiste em uma autoimputação somada a colaboração quanto a fatos desconhecidos das autoridades, condicionada a uma sanção premial, e o não exercício do direito ao silêncio através do compromisso de dizer a verdade.

Sendo que a retratação dos termos firmados com a outra parte restaura o exercício das garantias que foram objeto de não exercício anterior, também de forma voluntária. Ao contraditório e a ampla defesa, também não encontramos mácula, pois o colaborar é a todo tempo assistido por defesa técnica, inclusive nos acordos realizados por delegado de polícia em sede de inquérito policial.

Ainda, ao deletado, oferecida a denúncia, é-lhe franqueada a possibilidade de vista dos autos sempre que as diligências já se encontrarem juntadas nos termos do entendimento sumular, expedido pelo Supremo Tribunal Federal.

6.9 Procedimento do Acordo de Colaboração Premiada

Sem dúvida o maior mérito da Lei de Organizações Criminosas, em sede de colaboração premiada, foi estabelecer um procedimento a ser observado para a formalização do acordo de colaboração. Com status de lei geral, o procedimento deve ser perseguido por toda e qualquer colaboração, independente do diploma legal em que se encontre previsto, desde que sua realização requeira acordo pretérito.

A lei em apreço vem atender aos anseios doutrinários que clamavam por uma maior regulamentação do instituto, no sentido de dar uma maior clareza e segurança às partes celebrantes do contrato de colaboração. Nesse sentido cabe transcrever trecho do artigo do professor Pierpaolo Cruz Bottini (2012), que reclama a normatização do instituto, senão vejamos:

Mas, por mais leis que existam sobre o tema, os contornos e o procedimento da *delação premiada* ainda são obscuros. As normas citadas dispõem sobre as hipóteses de delação e suas principais consequências, mas pouco ou nada apresentam sobre a forma da negociação, seus participantes e limites. Por isso, várias controvérsias surgem na prática.

Assim, a lei entra em vigor para atender à necessidade de uma regulação do instituto que, conforme já citado, possuía previsão em diversas leis, sem, contudo, fixar seu procedimento.

É possível subdividir o procedimento em três fases distintas, de forma progressiva até a concessão do prêmio, ou não. Numa primeira fase haverá a negociação do acordo, seguida de uma segunda homologatória e por fim uma terceira, onde, através de sentença, se encerra a colaboração com a concessão do prêmio, ou seu indeferimento.

Em sede vestibular da colaboração premiada resta importante fixar quem são as partes legitimadas a participar das negociações e em qual momento estas podem ser realizadas, dentre outras questões que passaremos a analisar.

Só, assim, ao estudar a fundo as questões procedimentais do instituto da colaboração processual premiada é que poderemos entender melhor seu conceito e sua multifacetada natureza jurídica, ora penal-material, ora processual penal, bem como um negócio jurídico processual penal.

6.9.1 Dos requisitos da colaboração premiada

Nesse itinerário, cabe pontuar os requisitos necessários à colaboração premiada, o primeiro requisito se refere às partes pactuantes do acordo objeto do todo supracitado, assim sendo, o agente criminoso capaz, acompanhado de advogado, deve prestar, de forma voluntária, informações com o fito de produzir um, ou mais de um, dos resultados insculpidos no art. 4º, incisos I, II, III, IV e V, da Lei 12.850/13, in verbis:

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.

Ante aos resultados pretendidos pelo agente criminoso, ao Ministério Público caberá selecionar, condicionada a aceitação do colaborador, os possíveis prêmios, em caso de resultados eficazes.

O termo de colaboração deve obrigatoriamente conter, de forma expressa, as declarações e o resultado que pretende ver produzir o colaborador; as condições ofertadas pelo Ministério Público, o aceite do agente colaborador e a subscrição de todas as partes envolvidas nas tratativas.

E por fim, a previsão das medidas de proteção consubstanciadas no art. 5º, da Lei 12.850/13, bem como na lei de proteção aos colaboradores e seus familiares, conforme se depreende do art. 6º da lei em estudo.

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Apresentados os requisitos acima é chegado o momento de perquirir acerca das partes capazes de celebrar o acordo de colaboração premiada, nesse rol se apresentam o agente criminoso *lato senso*, o Ministério Público e o Delegado de Polícia. Nesse sentido, à luz da legislação pertinente ao tema, cabe conhecê-los de forme minuciosa, senão vejamos.

6.9.2 Da Legitimidade

Cabe repisar neste momento que é patentemente possível que o agente criminoso, a qualquer momento, colabore com a persecução penal, sem que seja necessária a existência de um acordo prévio entabulado com quaisquer dos legitimados do rol taxativo que se extrai da leitura do art. 4º, §§ 2º, 6º e art. 6º.

O termo de colaboração premiada, como qualquer espécie de negócio jurídico, terá seu início com as tratativas, nesse sentido, a primeira fase possui seus atores, quais sejam, o agente criminoso, seu defensor, o delegado de polícia e o representante do Ministério Público.

Há somente que se sustentar o termo “partes legítimas”, sendo despidendo tratá-los fixamente como legitimado ativo ou passivo, uma que é possível que seja da iniciativa do agente criminoso as tratativas do acordo de colaboração.

Em virtude de se poder pactuar acordo de colaboração premiada após a sentença, é cediço que tal ato pode ser praticado a qualquer tempo, assim à luz da melhor técnica busca-se a utilização da expressão “agente criminoso” com o fito de evitar impropriedades terminológicas.

Então, poderá pactuar acordo em colaboração aquele que tenha contra si uma persecução penal instaurada, no sentido de que deve confessar sua culpa; ser capaz, ou seja, ser imputável, e prestar suas declarações de forma voluntária.

Muito do ato de voluntariedade passa pela essencial presença do defensor do agente criminoso na confecção do acordo, não é demais ressaltar seu papel, uma vez que este pode, de forma ímpar, colaborar nas negociações que culminarão na correta ciência das cláusulas a serem estabelecidas, fazendo emergir uma legítima negociação entre as partes.

É certo que a colaboração premiada possui a finalidade de beneficiar o agente criminoso, efetivamente colaborador, deste modo é cabalmente possível que o advogado/defensor procure o Ministério Público e inicie as tratativas quanto a um possível acordo.

Cabe ressaltar que ninguém melhor que o agente criminoso e seu advogado para conhecer a verdade dos fatos e que, por diversas vezes, ante o robusto conjunto probatório e a iminente condenação, resta apenas buscar uma pena menor através da confissão espontânea, e porque não, uma pena, ainda menor por intermédio da colaboração premiada.

Insta destacar, desta maneira, que não se exige que o réu seja primário ou portador de bons antecedentes para pactuar um acordo de colaboração, tampouco que suas declarações ostentem credibilidade reduzida por este fato. Por se tratar de negócio jurídico processual, a existência, ou não, deste instituto não influenciará nos planos de existência e validade.

Entretanto, tais questões poderão influenciar o magistrado no momento da aplicação da benesse que, além da eficácia, deverá observar a personalidade do colaborador, natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, conforme se depreende do art. 4º, §1º, da Lei 12.850/13.

Por derradeiro, não há qualquer vedação legal quanto ao número de vezes em que se pode colaborar com a justiça, nesse seguimento, poderá haver um acordo para cada fato e o momento em que o agente criminoso e o Ministério Público entenderem pertinente realizá-lo.

Do outro lado encontra-se o Delegado de Polícia, como legitimado para realizar, junto ao agente criminoso, o acordo de colaboração premiada, sempre com vistas ao Ministério Público, que, contudo, não possui caráter vinculativo.

Neste cenário, cabe mencionar que a capacidade de negociar os termos da colaboração premiada do Delegado de Polícia é questionada no Supremo Tribunal Federal, via Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5508, para dar interpretação conforme ao art. 4º §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13, sob argumentação de ofensa ao princípio do devido processo legal, sistema acusatório, à titularidade da ação penal pública e à moralidade. Determinando-se assim de forma exclusiva a capacidade do Ministério Público em transacionar em ação penal.

Corroborando o entendimento sustentado na ação de inconstitucionalidade supracitada, cabe transcrever o vaticínio do processo Eugênio Pacelli, (2013, p.14):

Eis então que se chega ao art. 4º, §2º e § 6º, da Lei 12.850/13, que elege o Delegado de Polícia como autoridade com *capacidade postulatória* e com *legitimidade ativa* para firmar *acordos de colaboração*, a serem homologados por *sentença* pelo juiz.

Nada temos e nada poderíamos ter (quem sabe apenas em um passado longínquo e sombrio...) contra a autoridade e contra a importância do Delegado de Polícia na estrutura da investigação. Ainda que se modifique o quadro nacional, com a instituição, por exemplo, de Juizados de Instrução, sob a presidência de um juiz nas investigações, a corporação policial deverá seguir se guiando por uma hierarquia administrativa, no comando de suas funções.

Todavia, o que a citada legislação pretende fazer é de manifesta e evidente inconstitucionalidade!

Quanto ao Ministério público, em virtude de sua titularidade da persecução penal, é plenamente possível e acertada a previsão de sua capacidade de negociação, em sede de autocomposição premiada, nos termos estabelecidos pela lei em comento.

Por fim, ao magistrado resta vedada qualquer espécie de intervenção em sede de negociação do termo de colaboração premiada, sendo-lhe franqueado o primeiro contato com o termo de colaboração no ato de sua homologação, senão, vamos ao tema.

6.9.3 Da homologação do acordo de colaboração

Conforme se encontra estabelecido na lei de organizações criminosas, em seu art. 4º, §§ 7º e 8º, transcorrida a primeira fase, consubstanciada em tratativas quanto aos termos que serão clausulados no contrato de colaboração, para que transcenda ao campo da validade e produza já seus efeitos imediatos quanto às medidas de tratamento do colaborador o termo deve ser homologado, senão vejamos:

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:

[...]

§ 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 competente para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Assim, da interpretação do dispositivo legal aludido ao magistrado no momento da homologação do todo pactuado entre as parte não realizará qualquer juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo agente criminoso. Apenas atenderá pela observância dos requisitos da regularidade, legalidade, voluntariedade e se o acordo sujeito à homologação atende ao interesse público.

Nesta lógica, cabe ao magistrado, à luz dos requisitos supracitados, entender ser caso de adequação ou recusa do acordo, dispondo para tanto a faculdade de determinar a oitiva sigilosa do colaborador, na presença de seu

advogado. Determinação que será deveras útil quando, por exemplo, diante do caso concreto, o magistrado se deparar com acordos patentemente desproporcionais ao agente criminoso, vindo assim, perquirir acerca da voluntariedade do agente em pactuar com os termos transcritos.

Ainda em sede de irregularidade e ilegalidade, pode o magistrado enfrentar acordos que foram pactuados ao arrepio da manifestação do Ministério Público, ou que de forma aquém do exposto em lei, deseje atribuir sanção premial não premiável, ou seja, incompatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Lecionando acerca da natureza da decisão homologatória cabe transcrever o trabalho do douto professor Vicente Greco Filho (2014, p. 27):

A fase de homologação pelo juiz, que não pode ter participado da negociação. O juiz deixará de homologar o acordo se a proposta não atender a regularidade, legalidade e voluntariedade. Para decidir sobre a homologação, o juiz poderá ouvir o colaborador, na presença do defensor. A decisão de homologação é uma interlocutória simples que não produz efeito de coisa julgada nem assegura a concessão do benefício. Ela tem por finalidade somente a de qualificar o investigado como colaborador, ensejando as medidas relativas a essa situação, como as do art. 5º. Tanto que não faz coisa julgada que as partes podem retratar-se (§ 10) e que o juiz, na sentença é que o reapreciará, aplicando, então, os efeitos que entender adequados (§ 11),

Fundamentando o todo já citado resta patente que as declarações do agente criminoso, uma vez homologada, possui o condão de gerar efeitos imediatos decorrentes de sua postura de colaborador, ou seja, sua proteção e de sua família, e ensejar regras de tratamento durante toda a persecução penal e, se necessário, no curso da execução da pena, o que independe de eficácia da colaboração, diferentemente da situação jurídica em que se insere a sanção premial, que resta suspensa até a produção de prova corroboradora do todo alegado.

Em suma, proferida decisão de homologação pelo magistrado competente, tem início a fase de execução do programa de colaboração, fase da persecução penal em que se busca, diante de uma postura positiva, concretizar o todo pactuado.

Nesse sentido, vamos ao tema aduzindo de forma pormenorizada todos os atos de colaboração.

6.9.4 Dos Atos de Colaboração

É neste momento processual que aqueles que se posicionam contrários ao instituto da colaboração premiada aduzem um rol de críticas quanto à ilegalidade e a inconstitucionalidade do instituto premial.

Em resumo, pode-se expressar por atos de colaboração aqueles praticados pelo colaborador que possua o escopo de corroborar suas declarações em sede de acordo de colaboração.

O acordo de colaboração premiada possui o escopo de determinar a postura das partes no processo. Ao agente criminoso compete uma atitude colaborativa, distante daquela postura adversarial na qual comumente os processos provocam.

Nesta perspectiva, o colaborador, após a competente homologação, também detém interesse de que suas declarações sejam corroboradas dentro do processo, assim abandona voluntariamente o direito de não produzir prova contra si, seu direito ao silêncio e compromete-se em dizer a verdade no intuito de cooperar com a persecução penal.

Posicionamo-nos conjuntamente com parte da doutrina que não vê nenhuma mácula de cunho legal nem constitucional, cabe repisar que o termo de acordo de colaboração é necessariamente produzido sob o manto do princípio da autonomia da vontade, que consiste em ato de voluntariedade do agente em querer cooperar sob a condição de ser alcançado por sanções premiaias.

Veda-se, assim, a obrigação de fazer prova e não a faculdade de produzi-la, ademais a regra de corroboração incide em ambos os lados. Se nada confirmar os resultados *pro societate*, não se confirmarão também os efeitos *pro reo*.

Não há que se perder de vista o direito do agente criminoso de se retratar dos termos do acordo de colaboração, expressando-se, assim, seu arrependimento do todo aduzido em sede de colaboração, vindo as provas autoincriminatórias serem objeto de não utilização pelo juízo.

Consistem os atos de colaboração em uma tentativa do agente criminoso produzir substância às declarações, para tanto as únicas vias possíveis

para realização de tal desiderato são a eloquência e a verdade, afinal nem o silêncio, nem a mentira, que em sua maioria se revelam atos egoísticos, são passíveis de premiação, certo de que em nada colaboram com a persecução penal, senão, somente quanto à pessoa do pseudo-colaborador.

Lecionando sobre o tema cabe aduzir o entendimento do professor Vicente Greco Filho (2014, p. 28-29):

Uma vez homologado o acordo, como se viu, o investigado não tem a garantia de vir a receber os benefícios propostos, mas passa a ter a qualidade de colaborador, de modo que poderá ser ouvido pelo Ministério Público, pela autoridade policial e em juízo na instrução criminal, ainda que não denunciado, mas com as garantias do art. 5º e sempre acompanhado de advogado. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio e esta sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, ou seja, estará sujeito às penal de falso testemunho e ao crime do art. 19 ou a denúncia caluniosa dependendo do conteúdo de suas declarações inverídicas.

(...)

Homologada a colaboração, seguir-se-ão os chamados atos de colaboração, como depoimentos indicação de locais, identificação de pessoas etc. Tais atos, o quando possível, serão registrados por meio de gravação ou técnicas modernas destinadas a obter a melhor fidelidade das informações devendo, sempre estar presente o advogado do colaborador.

Por fim, uma posição ativa em colaboração com a justiça torna-se indispensável a produção do resultado e a concessão do prêmio, entender em sentido contrário e ferir de morte o instituto de colaborar e premiar a postura da alegação pela alegação, sendo dispensável qualquer lastro probatório.

6.9.5 Dos atos sigilosos da colaboração premiada

Questão crucial para a colaboração premiada é a gestão do sigilo e da publicidade, no decorrer da persecução penal em que haja um acordo de colaboração passível de corroboração. Coube ao art. 7º, da Lei 12.850/13, tratar da matéria, conforme segue:

Art. 7º. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

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

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

O primeiro ato de que trata o artigo retrotranscrito é a distribuição do pedido de homologação que deve ser realizado de forma a não revelar o colaborador e o objeto da colaboração. Tal ato terá o condão de tornar prevento o juízo. O segundo ato será o protocolo do termo de colaboração que deverá estar redigido nos termos do art. 6º, com o relato do colaborador e as condições do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, com a presença indispensável do defensor do agente criminoso, acompanhado dos demais elementos de informação para homologação do juiz. O acesso será franqueado às partes supracitadas, com o fulcro de garantir o êxito das investigações.

Vindo o sigilo ser afastado com o oferecimento da denúncia, salvo se por outra causa não se exigir a determinação da tramitação do processo sob o crivo do segredo de justiça.

Nesses termos Vicente Greco Filho (2014, p. 31) assevera:

O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, resguardados os direitos do colaborados previstos no art. 5º. Contudo, o inciso LX do art. 5º assegura a publicidade dos atos processuais, admitido, contudo, o sigilo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

(...)

A garantia da publicidade é uma garantia das outras garantias e, inclusive, da reta aplicação da lei. Nada melhor que a fiscalização da opinião pública

para que a atuação judicial seja feita corretamente. A publicidade acaba atuando como obstativa de eventual arbitrariedade judicial.

A tutela do sigilo, ao menos antes do início do processo, não diverge do trato comum que lhe é franqueado nas investigações penais, ressalvando-se sempre a presença do defensor do agente criminoso. Da mesma forma, no processo vige a publicidade como regra, sendo somente excepcionada quando se é ponderada frente à tutela da intimidade e do interesse social.

Por fim, ante o todo exposto com o final do procedimento e chegada a hora do deferimento ou indeferimento do prêmio, vale esmiuçar mais o tema.

6.10 Da Concessão do Prêmio

Materializado o acordo de colaboração premiada entre os agentes capazes, para a sua realização resta pactuado uma atuação comissiva do agente criminoso, que consiste em não exercer seu direito ao silêncio e aduzir a verdade em juízo com o fito de embasar o todo alegado em sede de contrato de colaboração.

Sob o manto do sigilo e da imprescindível presença do defensor do colaborador, o acordo é submetido à análise do magistrado que, sopesando a preenchimento dos requisitos da regularidade, legalidade, voluntariedade e interesse social no acordo, o homologará.

Com a homologação inicia-se a fase de produção dos atos de corroboração, das declarações do colaborador com o escopo de alcançar o resultado pretendido.

Ao final da instrução processual é chegado o momento da prolação da sentença que motivadamente irá deferir ou indeferir, e no caso de deferimento, ainda mensurar seu *quantum* do prêmio em favor do colaborador à luz do art. 4º, § 1º, da Lei 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:

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

Uma vez corroborado através dos meios de provas amealhados durante o processo, a colaboração restará eficaz e a incidência do prêmio deve ser obrigatória, contudo, sua eficácia é apenas um dos requisitos a serem observados.

A reincidência do agente, por exemplo, pode ser usada quando do apreço de sua personalidade para fazer incidir um valor para a causa de redução de pena.

Nesse sentido a respeito da aplicação da sanção premial cabe mencionar a ponderação realizada pelo professor Renato Brasileiro (2014, p. 526).

Na verdade, a discricionariedade que o magistrado possui diz respeito apenas à opção por um dos benefícios legais, a ser escolhido de acordo com o grau de participação do colaborador no crime, a gravidade do delito, a magnitude da lesão causada, a relevância das informações por ele prestada e as consequências decorrentes do crime. Daí dispor o art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850/13, que, para fins de concessão dos benefícios legais, deverá o juiz levar em consideração, em qualquer hipótese, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Por último, cabe ao magistrado conceder o prêmio àquele que adotou postura colaborativa com a justiça de forma voluntária e eficaz, possibilitou alcançar algum dos resultados pretendidos pela lei, cujo escopo é a segurança social e o compatível embate com a criminalidade, cada vez mais apta a esgueirar-se da efetiva aplicação do *ius puniendi* estatal.

7 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi demonstrada a evolução da sociedade e que, da necessidade de conviver, decorre a obrigação de estabelecer preceitos comuns a todos que, em caso de transgressão, faz-se jus à criação de mecanismos de controle dos atos repulsivos ao meio social.

De forma progressiva, mas não isoladas umas das outras, a autotutela, a autocomposição e o exercício da jurisdição, através do processo, se apresentaram como soluções possíveis à tutela do ilícito, em nosso caso, do ilícito penal.

Assim, num primeiro momento, por se tratar de direito indisponível do agente criminoso, sua liberdade, o consenso é rechaçado por completo, não a autotutela, que se encontra prevista de forma excepcional em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, para atender aos anseios da sociedade, que vem se deparando com o crescimento da criminalidade de toda espécie, principalmente a organizada, frente à morosidade do judiciário é que o legislador ordinário, com fulcro Constitucional, inaugura o espaço de consenso no processo penal, permitindo que a autocomposição, agora entre Ministério Público e agente criminoso, seja realizada em prol de uma maior eficácia da justiça criminal, sua desburocratização e o não encarceramento dos criminosos de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, há um espaço de consenso e, conseqüentemente, mecanismos para realização de tal desiderato. A composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo se tornaram institutos amplamente aplicados no dia a dia da justiça criminal consensual.

Coube ao princípio da legalidade processual, prever a obrigatoriedade como regra, tendo como seu corolário a indisponibilidade, e prever também o princípio da oportunidade, como exceção à regra da obrigatoriedade.

O que sem dúvida influencia no exercício das atribuições do Ministério Público, que se encontra diante de uma justiça penal negocial, não contrária ao sistema dissuasório, mas sim com o objetivo gregário em prol das finalidades do processo penal como um todo, na instrumentalização do Direito Penal.

A colaboração premiada, ou colaboração processual premiada, ao passo que requer prévio acordo quanto à sua aplicação íntegra, como mais um mecanismo, o espaço de consenso.

Em que pese à badalação sobre o tema, a colaboração *lato sensu* sempre integrou nosso sistema, a confissão espontânea, o arrependimento eficaz e posterior são exemplos nítidos da colaboração *lato sensu* com a justiça.

Há inúmeros precedentes históricos da aplicação do instituto premial e recente evolução legislativa a partir da década de 90, sendo a colaboração insculpida em diversos diplomas legais.

Ganhando maior robustez, diversificando seus prêmios, podendo ser realizada sem prévio acordo, podendo incidir em tese sob todo e qualquer crime, ressalvada sua aplicação à luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, com o advento da Lei 12.850/13, que trata das organizações criminosas e das técnicas especiais de investigação, verdadeiro meio de obtenção de prova, é que a colaboração premiada ganhou amplo regramento, passando a Lei em apreço ser portadora de contornos gerais na aplicação da colaboração.

Com um amplo rol de prêmios e de resultados, a lei prevê os direitos do colaborador e seus deveres, concernentes aos atos de colaboração, bem como os direitos e deveres do Ministério Público e do Delegado de Polícia.

Importante, ainda, destacar o papel do defensor do agente criminoso que é parte indispensável na celebração do termo de colaboração, sem o qual não poderá o acordo ser legalmente homologado e nem surtir efeito algum.

Por fim, foram enfrentadas as questões atinentes à inconstitucionalidade, ilegalidade e violação à ética, sendo entendível que, em que pese a pertinência e a envergadura daquele que sustentam tal posicionamento, a colaboração premiada é um fenômeno jurídico Constitucional, legal e ético, extremamente útil em realizar o preceito da segurança pública. Possibilita, também, o combate eficaz, ou seja, com meios eficazes destitui a criminalidade que se arvora sob os bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Assim, a colaboração premiada não possui qualquer espécie de mácula, sendo instrumento penal, processual penal, que consiste em um negócio jurídico processual, apto ao combate à criminalidade de grande potencial ofensivo que assola nosso Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOUR, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 3.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Delação premiada exige regulamentação mais clara**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delação-premiada-exige-regulamentacao-clara?>>. Acesso em 28 mai. 2016.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. In: **Vade mecum**. 7. Ed. rev. amp. E Atal. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispões sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 jul. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítima e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a

Testemunha Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leisL9807.htm. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispões sobre os crimes hediondos nos termos da art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL, Lei n.º 9.269, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 03 abr. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 9034/95. Lei Complementar 105/01. superveniente. hierarquia superior. revogação implícita. ação prejudicada, em parte. "juiz de instrução". realização de diligências pessoalmente. competência para investigar. inobservância do devido processo legal. imparcialidade do magistrado. ofensa. funções de investigar e inquirir. mitigação das atribuições do ministério público e das polícias federal e civil. ADI n. 1570/2004, Relator: Min. Maurício Corrêa, 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769462/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1570-df>. Acesso em: 02 ago 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O regime jurídico do Ministério Público no processo penal**. São Paulo: Verbatim, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 6 ed. Presidente Prudente, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública**. Barueri: Manole, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **Criminalidade organizada e justiça penal negocial: delação premiada**. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/viewFile/476/755>>. Acesso em: 15/07/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Há diferença entre colaboração e delação premiada?**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

JESUS, Damásio de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. 2. ed. .São Paulo: Editora Ícone, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (12.850/13)**. Custos Legis a revista eletrônica do ministério público Federal Vol. 4, 2013 Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/viewFile/476/755>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. vol. 1: introdução e parte geral. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal: atualização sobre a lei 12.850/13**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizações/curso-de-processo-penal17a-edicao>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**. visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.