

CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE
CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A LENIÊNCIA COMO MEIOS DE
PROVA NO PROCESSO PENAL PARA BUSCA DA VERDADE REAL**

Jénifer Carvalho Polegato

Presidente Prudente/SP

2018

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

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A LENIÊNCIA COMO MEIOS DE
PROVA NO PROCESSO PENAL PARA BUSCA DA VERDADE REAL**

Jénifer Carvalho Polegato

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob orientação da Professora Carla
Roberta Ferreira Destro

Presidente Prudente/SP

2018

**O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A LENIÊNCIA COMO MEIOS DE
PROVA NO PROCESSO PENAL PARA BUSCA DA VERDADE REAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Carla Roberta Ferreira Destro
Orientadora

Fernanda de Matos Lima Madrid
Examinador

Jurandir José dos Santos
Examinador

“O que prevemos raramente ocorre; o que menos esperamos geralmente acontece.”

(Benjamin Disraeli).

AGRADECIMENTO

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me dar saúde e força para enfrentar todas as dificuldades, por iluminar o meu caminho durante a realização desta pesquisa, e estar sempre derramando bênçãos na minha vida, e na vida de todos aqueles que eu amo.

Agradeço a minha família pelo amor e carinho, mas agradeço especialmente, aos meus pais, Claudinei Polegato e Geane Claudia Carvalho Polegato, que sempre lutaram por mim, pela minha educação, me incentivaram, apoiaram e acreditaram no meu potencial. Obrigada, por tudo, serei eternamente grata a vocês.

Agradeço a minha orientadora Carla Roberta Ferreira Destro, por tamanha competência e profissionalismo, sendo extremamente atenciosa e estando sempre à disposição para sanar dúvidas, obrigada principalmente pela dedicação e carinho demonstrado durante a produção do trabalho.

Ao meu namorado, que esteve comigo durante o percurso da faculdade, me incentivando e aguentando diversas crises de ansiedade. Obrigada por tamanha compreensão.

Agradeço a advogada Ivanise Olgado Salvador Silva, que sempre entendeu minhas necessidades, e me permitiu estudar nos momentos propícios. Deixo aqui a minha gratidão.

Aos meus amigos, pelas sabias palavras, pelas risadas, e por todos os momentos que vocês compartilharam comigo durante essa etapa desafiadora, que é a vida acadêmica, fizeram toda a diferença.

E a todos que de certa forma contribuíram para a concretização e finalização deste trabalho. Muito obrigada.

RESUMO

A princípio, o presente trabalho abordará a teoria geral da prova no processo penal, elencando suas principais características a fim de esclarecer que a fase probatória é extremamente importante para o processo, pois, é nessa fase que as partes tentam convencer a autoridade judicial de que suas alegações são verídicas. O acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência são importantes instrumentos de política criminal, que auxiliam o Estado no combate à criminalidade, além disso, são utilizados no processo penal como meio de prova, por conseguirem se aproximar da verdade real, facilitando, portanto, o magistrado na hora de elaborar uma sentença justa. Mas o objetivo principal do trabalho é realizar uma ampla análise do acordo de colaboração premiada e do acordo de leniência, enfatizando sua importância para a apuração de crimes complexos, como a organização criminosa e o crime de corrupção. Também será discutido a questão da nomenclatura do acordo, pois, alguns doutrinadores acham que o termo mais apropriado é “delação premiada” e não acordo de colaboração premiada, acreditam, que existe diferença entre delatar e colaborar. Convém destacar, que o método utilizado para elaborar a pesquisa foi o dedutivo, comparativo e o histórico, pois, foi apurado a evolução legal e histórica do acordo de colaboração premiada, enfatizando que trata-se de um instituto existente a anos no nosso ordenamento jurídico, e ainda não criaram uma lei específica sobre o assunto. Além do mais, será explicado minuciosamente os requisitos para concessão do benefício, os legitimados, e o momento propício para elaboração do acordo. E por fim, evidenciaremos as críticas quanto a utilização dos acordos como meio de prova, pois violam princípios e garantias básicas previstas na Constituição, mas não deixaremos de enaltecer a importância destes institutos no combate à criminalidade.

Palavras-chave: Prova. Sistema Processual Penal. Colaboração Premiada. Leniência. Busca da Verdade Real. Democracia. Justiça.

ABSTRACT

At first, the present work will approach the general theory of evidence in criminal procedure, highlighting its main characteristics, in order to clarify that the probative phase is extremely important for the process, because it is at this stage that the parts attempt to convince the judicial authority that his claims are true. The award-winning collaboration agreement and leniency agreement are important instruments of criminal policy, which assist the State in crime fighting, and are used in criminal procedures as a means of proof, because they are able to approach the real truth, thereby facilitating the magistrate to prepare a fair sentence. However, the main objective of the paper is to conduct a broad analysis of the award-winning collaboration agreement and the leniency agreement, emphasizing its importance for the investigation of complex crimes, such as criminal organization and the crime of corruption. The issue of nomenclature of the agreement will also be discussed, as some scholars believe that the more appropriate term would be " awarded denounce " and not award-winning collaboration agreement, as they believe, that there is a difference between giving and collaborating. It should be emphasized that the method used to elaborate the research was the deductive, comparative and historical, since it was verified the legal and historical evolution of the award-winning collaboration agreement, enhancing that it is an existing mechanism for years in our legal system, and have not yet created a specific law on the subject. In addition, the requirements for granting the benefit, the legitimates and the timing of the agreement will be explained in detail. Finally, we will highlight the criticisms regarding the use of the agreements as a means of proof, as they violate the basic principles and guarantees provided in the Constitution, but we will not fail to highlight the importance of these mechanisms in combating crime.

Keywords: Proof. Criminal Procedure System. Award Winning Collaboration. Leniency. Search for the Real Truth. Democracy. Justice

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TEORIA GERAL DA PROVA	12
2.1 Conceito	12
2.2 Objeto	14
2.3 Finalidade	16
2.4 Princípio da Prova no Processo Penal	17
2.4.1 Princípio do livre convencimento motivado	18
2.4.2 Princípio da livre investigação / prova livre	18
2.4.3 Princípio da audiência contraditória	19
2.4.4 Comunhão da prova	19
2.5 Meio de Prova e Prova Ilícita	20
2.6 Sistema de Apreciação da Prova	22
3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	24
3.1 Sistema Inquisitivo	24
3.2 Sistema Acusatório	26
3.3 Sistema Misto	27
3.4 Sistema Processual Penal Brasileiro	27
4 COLABORAÇÃO PREMIADA	31
4.1 Conceito	31
4.2 Direito Comparado	33
4.3 Evolução Legislativa do Acordo de Colaboração no Brasil	35
4.3.1 Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86)	36
4.3.2 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)	36
4.3.3 Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90)	37
4.3.4 Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95)	38
4.3.5 Lei do Crime de Extorsão Mediante Sequestro (Lei nº 9.269/96)	39
4.3.6 Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)	40
4.3.7 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)	40
4.3.8 Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.803/13)	42
4.4 Natureza Jurídica	43
4.5 Requisito Legal e Doutrinário para Concessão do Benefício	45
4.6 Legitimidade das Partes e o Momento Para Elaboração do Acordo	49
4.7 Aspecto Ético	53
5 LENIÊNCIA	55

6 A COLABORAÇÃO E DA LENIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA	58
6.1 Aspectos Desfavoráveis	58
6.2 Aspectos Favoráveis	62
6.3 Descumprimento do Acordo após Homologação	63
7 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho teve como foco principal a realização de um amplo estudo do instituto da colaboração premiada, por ser atualmente um dos temas mais debatidos no sistema jurídico penal brasileiro, e por ser um assunto de grande respaldo social.

A expressão “delação premiada” deixou de ser discutida e analisada apenas por juristas e estudiosos do direito, sendo cada vez mais comum, nos depararmos com noticiários, manchetes que evidenciam esta temática.

A princípio foi analisada a fase processual probatória estudando seus aspectos gerais, destacando suas principais características, bem como seu conceito, objeto e finalidade, para obtermos uma visão geral desta fase processual.

Evidenciamos os meios de provas e os instrumentos probatórios inseridos dentro do processo penal. A questão principal recaiu sobre a possibilidade de empregar provas além daquelas previstos em lei, e se o fato de ser inominada, como o acordo de colaboração premiada, altera o seu valor probatório.

Em um segundo momento, vimos que no ordenamento jurídico brasileiro existe um sistema de apreciação de prova, devendo o juiz se basear no sistema da persuasão racional ou livre apreciação, no qual o magistrado pode valorar as provas produzidas durante a persecução penal, conforme seu entendimento, mas desde que fundamente.

Aprofundamos o estudo a respeito do sistema processual acusatório, pois, nosso país tem um viés democrático quanto à produção de provas, buscando sempre respeitar os direitos fundamentais previstos na constituição, mas notaremos que existe exceções a esta regra, pois ainda existem resquícios de um sistema inquisitorial, e que o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência, estão de certa forma ligados a esses resquícios.

Foi realizado uma abordagem sobre o acordo de colaboração premiada e leniência, destacando que ambos são institutos que facilitam o trabalho da autoridade judiciária no tocante a descoberta da verdade real, bem como são essenciais para obtenção da justiça.

Vimos que existem críticas a respeito da aplicabilidade destes institutos, uma vez que, ferem princípios e garantias constitucionais, mas é evidente que trata-se um instrumento de política criminal extremamente importante e eficiente

ao combate da criminalidade, pois existe uma ineficácia do Estado ao combater crimes tão complexos, como por exemplo, o crime organizado.

Ressaltamos a discussão quanto a falta de legislação específica do acordo de colaboração premiada, pois como será visto, trata-se de um instrumento criminal que existe há muito tempo em nosso ordenamento jurídico, estando previsto em diversas legislações extravagantes, mas ainda não possui uma legislação própria, algo que regule de forma eficaz a sua aplicabilidade.

O método empregado para elaboração da pesquisa foi o dedutivo e a técnica empregada foi à pesquisa bibliográfica, trata-se de uma pesquisa feita com base em matérias já publicadas, como livros e artigos. O método dedutivo é um procedimento pelo qual analisa todas as informações adquiridas, para ao final obter uma conclusão lógica e coerente.

Além do método dedutivo, foi utilizado o método comparativo e o histórico, pois, foi abordada a evolução legal e histórica do acordo de colaboração premiada em nosso país, destacando quais as legislações ainda estão vigentes e discorrem sobre a temática, sendo também, realizada uma comparação com o direito estrangeiro.

Por fim, destacamos a necessidade de respeitar os requisitos previstos na Lei nº 12.850/13 para que haja a homologação do acordo, portanto, os legitimados para realizar o acordo são; o promotor de justiça e o delegado de policial, sendo importante enaltecer que o magistrado tem apenas o dever de homologar, estando impedido de participar da sua elaboração.

Portanto, ao longo do trabalho ficou evidente quais são as desvantagens e os benefícios em utilizar o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência como meio de prova no processo penal.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

Como o próprio nome menciona, ao falarmos de teoria geral da prova estamos mediante uma regra geral do direito processual, sendo de suma importância sua aplicação em todos os processos, visto que, a produção de prova é o caminho para obtermos a realidade dos fatos narrados.

Em relação às fases processuais, convém considerar o “*thema probandum*” essencial para o processo penal, pois é durante a fase probatória que temos a reconstrução histórica do que realmente aconteceu. Como o magistrado não presenciou o fato, somente resta a ele julgar se tudo o que foi alegado é lídimo.

Diante disto Fernando Capez (2017, p. 369) menciona:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda ciência processual, já que as provas consistem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, se nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre o tema jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

A produção de provas no Processo Penal é algo de muita relevância, pois, diferente do Processo Civil, não existe limites para obtenção da verdade. Assim torna-se impossível condenar uma pessoa na esfera penal sem ter certeza da materialidade do crime, uma vez que condenar sem ter certeza da materialidade acarretaria em diversas condenações injustas.

2.1 Conceito

Conforme aponta Fernando Capez (2017, p. 369) prova “é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato”.

Portanto, prova é todo o elemento trazido ao processo que visa demonstrar os fatos jurídicos relevantes, o magistrado precisa fazer uma ampla análise das alegações elencadas pelas partes no sentido de obter a verdade judicial para o julgamento da causa. Trata-se de um instrumento que visa convencer o juiz de que os fatos que estão sendo demonstrados dentro do processo penal são verdadeiros.

É importante termos em mente que não há nenhuma verdade absoluta, ela existe conforme a concepção de cada indivíduo, através de sua experiência e perspectiva de vida, portanto, é possível admitir que a verdade nunca será absoluta, cabe à parte convencer que naquela demanda processual a sua verdade é a mais coerente com caso o concreto. Exatamente por este motivo Guilherme Nucci destaca (2017, p. 347):

O magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”.

Ter certeza é diferente de ter exatidão, podemos afirmar que a sentença é um elemento subjetivo e em determinadas situações não existe a compatibilidade com a veracidade dos acontecimentos naturalísticos, enquanto a exatidão é um elemento objetivo que retrata o que realmente aconteceu, é a descrição da realidade propriamente dita.

Seguindo esta lógica, é perceptível que o processo penal se preocupa mais com a verdade subjetiva do que com a objetiva, Guilherme Nucci (2015, s.p) evidencia que:

A meta da parte, no processo, portanto, não é gerar a verdade objetiva, visto ser atividade complexa e nem sempre possível. O objetivo da parte é construir, no espírito do magistrado, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa.

Sendo assim, o juiz poderá elaborar a sentença quando estiver mediante uma certeza e mesmo que essa certeza seja incondizente com a realidade, ainda assim, será plena, pois foi através das provas produzidas pelas partes que o magistrado formou sua convicção e conseguiu julgar, desde que respeitados todos os parâmetros legais a elaboração da sentença será totalmente legítima, mesmo que incompatível com a verdade.

É admissível afirma que se trata de uma condenação justa, pois as partes tiveram a possibilidade de produzir todas as provas consideradas imprescindíveis, portanto, somente estaremos mediante uma sentença injusta quando o magistrado não respeitar os princípios que regem a democracia e impedir a produção de provas.

2.2 Objeto

Para começarmos a aprofundar o nosso estudo precisamos responder a seguinte questão: Será que todo o fato alegado durante o processo, seja na inicial ou na contestação precisam ser submetidos à atividade probatória? É através deste questionamento que começaremos a entender o que é o objeto da prova.

Nestor Távora e Vinicius Assumpção (2012, p. 18) exemplifica que objeto “é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento.”

De tal modo, considera-se que o objeto da prova é o momento mais importante da demanda, pois, recaem sobre atividade probatória (onde são impostos os limites objetivos da lide), mas é interessante frisar que nem todos os fatos alegados serão submetidos à atividade probatória, somente os pertinentes e relevantes.

A regra geral do processo penal diz que todos os fatos devem ser provados, mas, existem algumas exceções, que estão previstas no artigo 374 do Código de Processo Civil.

Artigo 374º. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Este artigo não pode ser analisado na sua totalidade, pois, diferente do processo civil, no processo penal os fatos notórios mencionados no inciso I, em algumas situações de excepcionalidade devem ser comprovados, principalmente se recaírem sobre uma elementar do tipo. Para esclarecer, Vicente Greco Filho (2015, p. 221) menciona “Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito. São dispensados de provas os fatos notórios circunstanciais.”

O Código de Processo Civil normatiza que somente os fatos controversos são plausíveis de produção de prova, e a partir do momento que a requerida confessa um determinado fato, ele se torna incontroverso, não podendo mais ser discutido naquela demanda processual.

As divergências surgem, pois no processo penal existe a possibilidade de se produzir provas mesmo que haja a confissão, isto pode acontecer quando o juiz estiver mediante uma causa suspeita, devendo contrapor a confissão com outros meios de prova que achar necessário (conforme artigo 197)¹.

É nítido que todo juiz precisa conhecer a Constituição Federal, raramente as normas serão objeto de prova, mas também, existem exceções quanto a isso, como; as regras de o direito estrangeiro, regulamentar, costumeiro e local, não fazem parte da rotina de um juiz, portanto não é obrigado a conhecê-las, acarretando a parte o ônus de provar.

As hipóteses citadas fazem menção a casos em que as partes detêm o dever de provar, mas existem algumas situações específicas em que essa obrigatoriedade é dispensada, e isso ocorre nos fatos notórios circunstanciais, nos fatos inúteis, axiomáticos e presumidos. (GRECO, 2015, p. 221)

Os Fatos notórios circunstanciais, são aqueles de repercussão nacional, e a maioria da população tem conhecimento, faz parte da cultura da sociedade e possui grande relevância, por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência. (CAPEZ, 2017, p. 370)

Fatos inúteis são aqueles que não têm importância para o processo, servem apenas para atrasar a demanda processual, não interessam para atividade cognitiva, são totalmente irrelevantes, dispensando a análise do julgador. Podemos usar como exemplo, as preferências sexuais de indivíduo acusado de crime de furto (AVENA, 2015, s.p)

Fatos axiomáticos são frutos da observância da realidade, e das regras referente à experiência de vida, decorrem da observação da natureza, não precisam ser provados, o fato é evidente, a convicção já está formada. Por exemplo, no caso de morte violenta, quando as lesões externas forem de tal monta que tornarem evidente a causa da morte. (CAPEZ, 2017, p. 370)

E por fim, os fatos presumidos, são que independem de prova, pois a lei já declara sua existência, temos, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, afirmando que ninguém será considerado culpado até a sentença condenatória, trata-se de uma presunção relativa, e temos a presunção absoluta no

¹ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

artigo 228 da Constituição Federal e o artigo 27 do Código Penal, quando afirmam que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis. (MARCÃO, 2017, p. 440).

A partir do momento em que o legislador cria fatos que independem a produção de provas ele diminui o campo cognitivo do magistrado, assim, se formos fazer uma análise, não é algo bom para o processo penal, pois retira do juiz o poder do livre convencimento motivado.

Além do mais, no processo penal é importante chegar o mais próximo da realidade, portanto, podemos concluir que caso exista a necessidade de produzir uma prova referente a um fato inútil, ela precisa ser produzida.

2.3 Finalidade

Falar de finalidade é extremamente importante, pois toda finalidade está ligada a uma ação humana, no caso a finalidade da prova é convencer o juiz da veracidade dos fatos, uma vez que somente ele tem a competência de condenar ou absolver determinado indivíduo que se encontra respondendo um processo criminal.

Para Guilherme Souza Nucci (2015, s.p). “a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade, ou não”.

Quanto à finalidade da prova, podemos classificar de duas formas, a primeira é a finalidade informativa, obtida na fase investigatória, colhida de forma inquisitorial, não houve o contraditório, portanto, não passa de uma mera informação processual.

A finalidade informativa tem um alto valor cognitivo, servirá apenas para preparar a acusação e dependendo do grau de complexidade do caso, pode ser usada para decretar uma medida cautelar. O que não podemos admitir é condenar alguém com base em prova informativa, ela não possui legitimidade democrática para condenar ninguém, pois não foi confrontada pelo contraditório.

A segunda espécie de finalidade é a instrutória, a prova é produzida no decorrer da ação, respeitando o princípio do contraditório, elaborada na constância do juiz, podendo ser analisada sob duas perspectivas, sendo a primeira, a produção em juízo, e a segunda, a produção sobre a perspectiva do seu debate argumentativo.

Um exemplo da finalidade instrutória, é a prova testemunhal que tem como método a dialética, é uma prova colhida por meio de audiência, trata-se de uma prova “fresca” pois as testemunhas irão expor o que sabem a respeito dos fatos apresentados, e em seguida haverá a produção do contraditório, o que permite que o juiz faça uma sucinta análise de tudo que está sendo pronunciado, valorando cada prova produzida, para que posteriormente elabore uma sentença definitiva.

O juiz deve respaldar-se nas provas instrutórias para desenvolver sua motivação, no entanto, é possível utilizar provas informativas na elaboração da sentença, desde sua sustentação principal seja baseada em provas instrutórias.

O Código de Processo Penal disciplina a finalidade e a aplicabilidade das provas a partir do artigo 155, onde menciona:

Artigo. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Todas essas questões são disciplinadas no Código de Processo Penal, pois ele contém uma liberdade investigatória muito ampla, visando sempre a busca da verdade, a sentença equivocada pode trazer consequências sérias para o cidadão, já que no âmbito penal a maioria das sanções são decorrentes da restrição da liberdade.

2.4 Princípio da Prova no Processo Penal

Os princípios no direito são utilizados para interpretação de normas, trata-se de um caminho que precisa ser seguido visando obter a justiça de forma efetiva. São a base das nossas leis, portanto quando estivermos com dúvida a respeito da aplicação de uma prova, utilizaremos os princípios para saná-la. Ou seja, servem para que preenchamos as lacunas legislativas.

No nosso ordenamento jurídico existem dois princípios fundamentais regidos pela Constituição: o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, a respeito destes princípios, Guilherme Nucci (2015, s.p) tem a seguinte visão:

A finalidade básica do Estado Democrático de Direito é cultuar a dignidade humana, proporcionando respeito à individualidade, quando confrontado com o poder estatal, sem desguarnecer da segurança e do combate à criminalidade. Para atingir tal propósito, deve-se respeitar à risca o devido processo legal, que representa o cumprimento de todos os princípios penais e processuais penais.

A importância dos princípios não recai apenas sob uma ótica individualista, o Estado Democrático tem o dever de proporcionar uma melhor qualidade de vida para os cidadãos, evitando a criminalidade e as injustiças e a melhor de forma de conseguir isto, é respeitando os princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Os princípios atinentes à produção de provas no Processo Penal são aplicados com o intuito de guiar a fase instrutória do processo, são eles que estabelecem o que pode ser produzido ou não, isto, para que não haja nenhuma prova inapropriada e conseqüentemente nenhuma condenação injusta.

2.4.1 Princípio do livre convencimento motivado

Este princípio é um dos pilares do Processo Penal, através dele o juiz tem o dever de explicar às partes e à sociedade como se convenceu e quais provas foram cruciais para sua decisão.

Em outras palavras, é preciso expor os critérios que foram utilizados para tomar esta decisão, é preciso relatar porque determinada prova teve um valor cognitivo tão alto, enquanto a outra não foi levada em consideração.

É o livre convencimento motivado que fundamenta a sentença, pois uma decisão que não dá explicações é autoritária, o juiz estará exercendo um poder ditatorial, portanto deve decidir de forma republicana em cima do que o processo lhe fornece.

2.4.2 Princípio da livre investigação / prova livre

O juiz está vinculado a iniciativa das partes no que decorre a produção de provas e a instauração de um processo, portanto, cabe às partes produzirem as provas necessárias para tentar convencer o juiz.

Este princípio admite todo e qualquer meio de prova, mesmo que não esteja expresso em lei. Os meios de prova no Processo Penal são livres, o que significa que não existe nenhuma lei no sentido de normatiza-los.

Assim sendo, uma matéria jornalística pode ser utilizada como prova em um processo, no entanto, se ocorrer da matéria ser condenada a não veicular por conter um caráter ofensivo, por exemplo, nos parece que essa informação não poderia ser utilizada, pois estaríamos diante de uma prova ilícita, e como veremos no processo penal não se admite provas ilícitas.

2.4.3 Princípio da audiência contraditória

O contraditório é a base do Processo Penal, portanto tudo que for alegado ou produzido durante o decurso da ação penal, deve ser oportunizado à parte contrária a produção do contraditório. A parte contrária tem o direito de se defender das alegações produzidas.

Conforme explica Capez (2017, p. 411) “Toda prova admite a contra-prova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte.”

Esse princípio não vigora no inquérito, contudo, precisamos destacar uma exceção, há doutrinadores que acreditam que o acordo de colaboração premiada realizado no curso do inquérito precisa ter o contraditório para que o acordo tenha validade e seja utilizado como meio de prova.

2.4.4 Comunhão da prova

O princípio da comunhão da prova traz a concepção de que a partir do momento em que as provas são produzidas, elas deixam de pertencer à parte e passam a pertencer ao juízo. A prova produzida não pode ter uma identidade subjetiva, portanto, mesmo tendo sido elaborada pelo autor ou pelo réu, tudo pertencerá exclusivamente ao processo.

Guilherme Nucci (2015, s.p) elucida que:

[...] Ingressando nos autos, seja por iniciativa da acusação, seja por ato da defesa, a prova pertence a todos, que podem livremente explorá-la. Não há

prova exclusiva da acusação, que somente vale para condenar, nem tampouco prova privativa da defesa, que somente presta para absolver.

Ocorre que em alguns casos o sujeito pede a produção de determinada prova sem imaginar que será prejudicial, portanto, neste caso, o indivíduo não pode pedir ao juiz que simplesmente a desconsidere, que deixe de analisa-la, pois como já dito a prova não pertence a quem requereu, e sim a demanda processual.

É tão evidente que as provas não pertencem aos sujeitos da relação (autor e réu), que existem alguns casos em que o juiz pode pedir a produção de prova de ofício. Nestor Távora e Vinicius Assumpção (2012, p. 37) deixam claro que “Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova.”

Por pertencer ao processo, ganham um contorno republicano, passam a ter valor não apenas para os envolvidos, mas para toda a sociedade.

2.5 Meio de Prova e Prova Ilícita

Meio de prova conforme esclarece Vicente Greco Filho (2015, p. 222) “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”. Portanto, meio de prova é o mecanismo utilizado para inserir as provas dentro do processo, temos como exemplo de meios de prova, as testemunhas, as perícias, os depoimentos pessoais, o exame de corpo de delito, entre outros.

A doutrina estabelece duas formas distintas sobre os meios de prova, do qual as partes podem se valer para convencer o juiz de que os fatos alegados são verídicos, as quais são denominadas como direta e indireta.

Guilherme Souza Nucci (2015, s.p) conceitua “são diretas as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado. São indiretas as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado.”

Portanto, para esclarecer, o meio de prova indireto é comum nos crimes em que não existem vestígios, ninguém presenciou ou testemunhou o ocorrido, sendo mais difícil de comprova-lo. Já os meios de prova diretos são aqueles que deixam vestígios, existe um conhecimento a respeito do fato, houve, por exemplo, a presença de testemunhas que presenciaram o ocorrido.

Prevalece no Código Processual Penal o princípio da verdade real e por isso o Código faz menção a algumas espécies de provas, que são elencadas a partir do artigo 158. Porém, a doutrina e a jurisprudência consideram o rol exemplificativo, sendo possível produzir outros meios, isto porque, a produção de prova não pode ser limitada, priorizando sempre a aplicação da justiça de forma íntegra.

Mas esta liberdade quanto à produção de prova não é plena, algumas regras do Código de Processo Civil são aplicadas de forma subsidiária, como por exemplo, o artigo 155, que determina que os fatos públicos precisam ser provados através de documentos, como o casamento, divórcio, grau de parentesco, óbito, entre outros.

O artigo 158 do Código de Processo Penal designa de forma obrigatória à produção do exame de corpo de delito em crimes que o réu deixa vestígios, podendo ser utilizado o meio de prova direto ou o indireto.

Outra exceção quanto à limitação da produção de prova está prevista no artigo 479 do Código de Processo Penal que considera inadmissível a leitura ou o debate durante a audiência de documentos que não foram juntados anteriormente, na fase instrutória.

Além dos princípios citados no tópico anterior, também vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas conforme artigo 5º LVI, da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal e em razão de tal previsão é vedada a utilização de provas ilícitas, pois, violam princípios fundamentais como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Temos como exemplo de prova ilícita o caso do indivíduo que consegue informações através do furto ou da tortura, nesses casos temos a violação da lei de forma explícita, em decorrência disto, estas provas serão consideradas como originalmente ilícitas.

No direito não existem regras indiscutíveis, sempre iremos nos deparar com exceções, exatamente por estes motivos Vicente Greco Filho (2015, p. 223), afirmar que:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.

Na teoria da prova ilícita por derivação, mais conhecida como o fruto da árvore envenenada, a ilicitude se propaga no processo em razão do nexo de causalidade. Assim, se uma prova é ilícita, todas as que decorrerem dela também serão, salvo se não houver nexo de causalidade entre a prova ilícita e a lícita.

A teoria da fonte independente afirma que a prova ilícita volta a ser lícita se obtida de forma diversa da primeira, como por exemplo, dois órgãos fazem investigações distintas sobre o mesmo caso, porém, um destes órgãos utilizou-se de meios ilícitos, isso não afeta a investigação do órgão que utilizou meios lícitos.

E por fim, a teoria do descobrimento inevitável, durante a investigação criminal surge uma nova prova lícita com o mesmo conteúdo da prova ilícita, ou seja, de qualquer forma a prova derivada seria descoberta, o que torna viável a sua utilização no processo.

É importante ressaltarmos que o Supremo Tribunal Federal vem aceitando a utilização de provas ilícitas em alguns casos, mas isso ocorre de forma excepcional, sendo necessário realizar uma ponderação de valores, também é importante analisar qual bem jurídico é mais relevante.

Nesse sentido, basta pensarmos o que vale mais, a intimidade dos chefes de uma organização criminosa ou a vida de uma refém? Com certeza a vida da refém, portanto nestes casos específicos é possível utilizar meio de prova ilícito.

2.6 Sistema de Apreciação da Prova

É interessante falarmos sobre os sistemas de apreciação da prova, para entendermos que não existe um valor específico a cada uma, mas é comum o magistrado analisar o caso e considerar uma mais relevante que a outra.

Existem três sistemas distintos referentes à apreciação da prova pela autoridade judicial, e cada um possuiu uma sistemática diferente e sofrem alterações conforme sua aplicabilidade.

O primeiro é a livre apreciação ou da convicção íntima, considerado o mais complacente dos sistemas, o juiz valoriza as provas e não precisa fundamentar as razões que o motivaram a julgar daquela forma, não precisa realizar o contraditório, não existe dialética entre as partes processuais, é impetrado um amplo

poder ao Judiciário, e por isso, é considerado pela doutrina como um sistema totalmente inquisitorial. (AURY, 2015, p. 236).

Atualmente ainda existem resquícios deste sistema, um dos grandes exemplos é o tribunal do júri, que julgam os crimes contra a vida apenas com a sua convicção sem a necessidade de fundamentar (CAPEZ, 2017, p. 410).

O segundo sistema é a prova legal, trata-se de um sistema restrito, o juiz não tem o poder de fazer nenhum tipo de valoração, pois, já existem normas predeterminadas, a lei estipula quais as provas que devem ser produzidas no processo penal, a atuação do Judiciário acaba sendo limitada pelo legislador, o Judiciário fica totalmente vinculado a legislação. (AURY, 2015, p. 236).

O terceiro e último, é o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, é considerado como o ponto de equilíbrio entre os sistemas anteriores, haja vista, que o juiz possui a liberdade de valorar as provas conforme sua convicção, porém esta liberdade não é absoluta, todos os seus atos deverão ser fundamentados, e como veremos posteriormente, não basta que seja uma simples fundamentação ela precisa ser coerente (CAPEZ, 2017, p. 410).

A persuasão racional ou livre convencimento motivado, é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é um princípio constitucional que está previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e no artigo 155 do Código de Processo Penal.

O artigo 155 do Código de Processo Penal deixa claro que após o contraditório o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas, mas as provas produzidas na fase inquisitorial (durante o inquérito policial) não podem ser utilizadas, somente terão aplicabilidade se for empregado com outros meios probatórios, caso contrário o juiz estará impossibilitado de condenar, devendo absolver por falta de provas.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

É importante estudarmos os sistemas processuais penais, para entendermos como cada um funciona, sua evolução histórica e suas influências para os dias atuais, além de elucidarmos a relação que existe entre o princípio do livre convencimento motivado com o sistema inquisitorial e qual a consequência disto, pois como veremos há um vínculo perceptível entre ambos.

A princípio é preciso destacar que existem três sistemas processuais que condicionam o processo penal, são eles: o inquisitivo, acusatório e o misto. Estes sistemas estão totalmente ligados ao momento político e histórico que cada país vivencia, portanto, a forma de governo que determina qual sistema deve ser aplicado.

O foco do nosso estudo será o sistema processual penal brasileiro, o que gera uma vasta discussão na doutrina, pelo fato de haver fragmentos do sistema acusatório e inquisitorial.

Tanto que José Laurindo de Souza Netto (2006, p. 21) para tentar explicar o que ocorre com o sistema brasileiro, afirma que o sistema acusatório e inquisitorial são “dois modelos que não existem em geral na sua forma pura, embora haja versões mitigadas de ambos os sistemas.”

Portanto, jamais poderemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro adora um único sistema processual penal, como veremos uma mescla dos sistemas.

3.1 Sistema Inquisitivo

Neste sistema não há divisão de poderes, ou seja, tudo se concentra em um único órgão, as funções de investigar, acusar, defender e julgar são concentradas em uma única autoridade, uma autoridade inquisitorial que não respeita a dignidade da pessoa humana, o que acaba levando a certa imparcialidade na hora de julgar.

O sistema inquisitivo não contempla instrumentos processuais como a ampla defesa, contraditório, o devido processo legal é admitido provas ilícitas. Além do mais, a confissão é considerada “rainha” das provas, (sabemos que em um

governo democrático, a prova testemunhal é considerada a “prostituta” por serem inconsistentes).

Aury Lopes Junior (2016, p. 42), citando o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, menciona que: “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.” Pois foi um sistema totalmente opressor que perdurou por mais de 700 anos.

O sistema predominante de Roma era o acusatório, mas em 1215 após as invasões bárbaras a única instituição que sobreviveu foi a Igreja Católica que passou a aplicar o sistema inquisitorial, criando uma pena desumana para “hereges” (aqueles que não seguiam o catolicismo).

O inquisitorialismo foi muito utilizado na idade média e perdurou até o final do século XVIII. A Igreja detinha todo o poder e concentrava suas justificativas na figura divina, existe uma forte crítica quanto a isto, pois em vez da igreja tentar acabar com a desigualdade ela tinha atitudes inconsistentes protelando pela injustiça.

Para entender melhor José Laurindo de Souza Netto (2006, p. 27) explica:

O acusado era praticamente desprovido de direitos. Era mero objeto de investigações, mero objeto do processo e não sujeito de direito, e era tido como detentor da verdade de um crime, da qual deveria prestar contas ao julgador. O processo tinha por finalidade a busca da verdade, assim considerava a reconquista do “herege”. Introduziu-se assim a tortura como meio de prova, para obtenção da confissão.

Portanto, há quem diga que no sistema inquisitorial também existia a busca pela verdade, mas o poder ficava concentrado nas mãos de uma única pessoa, o que impossibilitava a produção de provas e conseqüentemente ocorria o monopólio da verdade.

No Brasil, foi empregado durante a ditadura militar, sendo um sistema muito condizente com a fase que o país vivenciava, pois, o governo da época era totalmente autoritário e opressor, não respeitava princípios básicos como a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão.

Portanto, é evidente que o sistema inquisitivo não respeita as garantias constitucionais, e em decorrência disto acaba sendo difícil vermos países que

aplicam este sistema de forma íntegra, já que todas as pessoas em um patamar geral buscam pela preservação e respeito dos direitos fundamentais.

3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório é visto como o sistema do povo por respeitar de forma ampla os princípios constitucionais, e por proporcionar uma defesa justa para aquele que está sendo acusado da prática de um crime ou de infração penal.

É um sistema que tem como base a separação de poderes, onde cada órgão possui uma determinada função estabelecida por lei, essa divisão gera uma imparcialidade do julgador, pois, existe a presença de um órgão específico para acusar e outro para julgar.

O primeiro indício de um sistema acusatório foi em 1116 em Clarendon (Grécia), havia a participação direta do povo nas funções de acusar e julgar, as pessoas se reuniam em uma praça e assistiam os debates orais entre a acusação e a defesa (nesse momento havia a produção de provas), e posteriormente a população julgava conforme sua concepção.

Este sistema traz uma maior segurança evitando abusos estatais, provenientes do judiciário, é formado por um forte alicerce, preservando instrumentos processuais como a realização da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Conforme a concepção de Aury Lopes Junior (2017, p. 146) é possível afirmar que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

É considerado um sistema democrático, pois existe a preservação do contraditório no processo penal, somente o sistema acusatório consegue dar garantias sustentáveis para réu, enquanto o sistema inquisitorial tem uma desafeição por este princípio.

E somente neste sistema acusatório-democrático temos a figura do juiz imparcial, portanto estima-se que qualquer ato e decisão tomada no decorrer do

processo precisa ser motivado, buscando sempre pela preservação dos direitos fundamentais.

3.3 Sistema Misto

No sistema misto o processo penal possui duas fases, a primeira é a fase inquisitiva criada especificamente para obtenção de provas, é uma fase conduzida por um juiz e não existe a possibilidade do contraditório, importante entendermos que esta fase não se confunde com o inquérito policial (conduzido pelo delegado de policial), são atos distintos.

E sequencialmente, na segunda fase, são assegurados todos os direitos pertinentes ao acusado, deverá ser produzido o contraditório das provas colhidas, o juiz que presidir esta fase não poderá ser o mesmo da fase anterior, para que haja imparcialidade na hora de julgar a causa.

Para entendermos melhor Guilherme de Souza Nucci (2015, s.p) explica:

Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

Nesse sentido, podemos afirmar que existem dois juízes, um que fica responsável em colher as provas durante a investigação, chamado de Juiz da instrução, e temos a presença de um outro juiz, que julga o caso com base naquilo que foi produzido no contraditório.

Tal sistema foi instaurado em 1908 com advento do Código de Processo Penal Francês, e foi adotado por vários países Europeus, mas no Brasil existem apenas projetos de leis para aderi-lo e por enquanto não foram aprovados.

3.4 Sistema Processual Penal Brasileiro

Como mencionado anteriormente existe uma divergência eminente na doutrina para tentar classificar o sistema processual brasileiro.

A maioria dos doutrinadores definem como um sistema misto, argumentando que durante a investigação policial temos a presença do inquisitorialismo e durante a persecução penal temos um sistema acusatório.

Mas se analisarmos a fundo é perceptível que durante a ação penal também existem fragmentos inquisitoriais, além do mais não seria coerente classifica-lo dessa maneira, pois o sistema misto como já vimos possui regras bem próprias e distintas.

Alguns estudiosos como Aury Lopes Junior (2017, p. 47) são um pouco mais radicais, possuem uma concepção diferente, afirmando que:

Processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.

Outros doutrinadores como Fernando Capez (2017, p. 81) conjecturam que o sistema acusatório é aplicado em nosso país por ser o mais compatível com a democracia, por respeitar todos os princípios constitucionais.

Quem defende esta teoria acredita que a Constituição de 1988 aderiu o sistema acusatório de forma implícita, pois não existe em nenhuma lei em nosso ordenamento qual é o sistema adotado.

Analisando melhor, perceberemos que a Constituição Federal entrou em vigor em 1988 e o Código de Processo Penal foi criado em 1941, havendo uma desproporcionalidade entre ambas as legislações, pois o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado durante um regime autoritário.

Aury Lopes Junior (2017, p. 94) acredita que umas das formas para solucionar este problema seria transformando as leis processuais que são incompatíveis com o sistema acusatório-democrático em inconstitucionais.

Porém, é preciso entender que não basta simplesmente tornar estes artigos inconstitucionais, pois existem leis que realmente são incompatíveis, mas possuem uma vasta importância para produção de provas e conseqüentemente para a busca da verdade real.

Quanto ao sistema processual brasileiro, Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2016, p. 33) enaltecem que:

Não se trata do sistema acusatório puro, uma vez que, apesar de a regra ser a de que as partes devam produzir suas provas, admitem-se exceções em que o próprio juiz pode determinar, de ofício, sua produção de forma suplementar.

Como vimos no sistema acusatório-democrático é impossível atuação do juiz “*ex officio*” e o artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro prevê duas hipóteses em que o juiz poderá decretar a produção de provas.

A primeira hipótese é quando houver risco de perecimento do direito material, portanto, nos casos de urgência, será colhida antecipadamente. E a outra hipótese é quando existir dúvidas a respeito de um ponto relevante para o desfecho da causa.

Seguindo a mesma linha de pensamento Lenio Luiz Streck (2009, p. 120) menciona que o sistema acusatório é a porta da entrada da democracia. É um modo pelo qual se garante que não existe um dono da prova, mas ao permitir que as provas sejam produzidas antecipadamente, ela fica a mercê da vontade do juiz, que decidirá se realmente precisa ser produzidas ou não, havendo uma imparcialidade do magistrado.

Outro motivo do sistema acusatório não ser puro decorre do princípio do livre convencimento motivado, alguns juízes acabam utilizando argumentos rasos e inconsistentes para elaborar sua fundamentação, fazendo com que haja indícios de um sistema inquisitorial.

Portanto, Lenio Luiz Streck (2009, p. 121) acredita que uma das soluções para evitar o inquisitorialismo é elaborar uma fundamentação de forma detalhada, explicando o motivo que o fez aceitar ou negar a sua produção antecipada da prova, precisa ser justificativa para que não haja injustiças.

Além do mais, o artigo 209, caput, do Código de Processo Penal preconiza:

Artigo 209º. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1 Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2o Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa

O artigo acima faz menção às chamadas testemunhas do juízo, e não existe nenhuma inconstitucionalidade nesta lei, o único problema é que ao permite que sejam ouvidas testemunhas além das indicadas pelas partes, há uma

parcialidade do magistrado, pois estas declarações podem ser maléficas ou até mesmo benéficas para os sujeitos processuais envolvidos (autor e réu).

Portanto, conseguimos novamente afirmar que o sistema brasileiro não é acusatório-democrático, pois como Aury Lopes Junior (2017, p. 54) menciona: “A concepção de sistema processual não pode ser pensada de forma desconectada do princípio supremo do processo, que é a imparcialidade.”

Mas é importante entendermos que esta imparcialidade não está vinculada a produção de provas, e sim a vontade do julgador para obter a verdade real, caso o magistrado exceda na imparcialidade, poderá responder pelos artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil, que são referentes à suspeição e impedimento.

É fato que existe um enraizamento do sistema inquisitorial no nosso ordenamento, mas é verdade que o sistema acusatório é predominante, esta afirmação fica evidente no artigo 129, inciso I da Constituição Federal.

Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2016, p. 34) deixam claro:

O art. 129, I, da Constituição Federal se limita a vedar o magistrado do desencadeamento da ação penal, porém não o proíbe de determinar a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade real, princípio basilar do nosso processo penal.

Como vemos, o magistrado não pode propor uma ação, pois tal ato é competência do Ministério Público ou da vítima quando se tratar de uma ação penal privada, mas pode determinar a produção de provas de ofício quando for necessário e quando houver dúvidas a respeito do fato delituoso.

Assim, podemos afirmar que o nosso país não adota o sistema acusatório na íntegra, pois a base do Código de Processo Penal é a busca da verdade real, as provas produzidas visam convencer o magistrado, para que decida sobre determinada causa, portanto, mesmo havendo resquícios de inquisitorialidade, não torna nosso sistema injusto, pois um indivíduo somente será condenado quando recair sobre ele provas suficientes da autoria do crime.

4 COLABORAÇÃO PREMIADA

O acordo de colaboração premiada é um instrumento de grande importância para o ordenamento jurídico, trata-se de um instituto que vem sendo aplicado no Processo Penal como meio de prova, visando combater a criminalidade, em especial os crimes complexos, como a organização criminosa, a corrupção, o crime contra a ordem econômico, entre outros.

Algo interessante que precisa ser destacado, é o fato do acordo de colaboração premiada ser um tema atual que está sendo discutido com frequência em nosso ordenamento jurídico por causa da Operação Lava Jato, mas que existe a muito tempo no nosso ordenamento jurídico, e mesmo sendo um instituto “velho”, não existe uma lei específica que o regule, estando espalhado em leis extravagantes.

Mesmo existindo esta falha legislativa, sua importância para o processo penal é eminente e em decorrência disto, estudaremos o instituto de forma mais profunda, analisando seu conceito, a natureza jurídica, evolução histórica, sua aplicabilidade, entre outros aspectos.

4.1 Conceito

O acordo de colaboração premiada é considerado no âmbito jurídico uma troca de favores que ocorre entre o acusado e a autoridade judicial.

Trata-se de um incentivo dado ao acusado para que confesse a autoria ou participação do crime, denuncie os envolvidos, e forneça informações importantes a respeito da formação de quadrilha, ou dados que ajudem a solucionar os crimes, com esta atitude estará colaborando com a justiça e em troca poderá receber “prêmios” como a diminuição de pena ou perdão judicial.

O Ministro Haroldo Rodrigues no julgamento do HC nº 90.962/SP em relação ao acordo de delação premiada, tem a seguinte perspectiva:

O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, conforme se observa da leitura do decreto condenatório, a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram não só pela confissão do paciente, mas principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente

autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais. (STJ - HC: 90.962/SP 2007/0221730, Relator: Ministro, Data de Julgamento: 19/05/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2011)

Destarte, é um instrumento criminal que tem como finalidade a descoberta de informações cruciais para o deslinde da causa, o juiz passa a ter uma mais visão ampla dos acontecimentos, permitindo que a autoridade judicial alcance a verdade dos fatos de forma mais célere, figurando como ferramenta de vasta importância para a administração da justiça.

Na doutrina existem divergências quanto a “terminologia”, trata-se de um assunto delicado, pois alguns doutrinadores acreditam que “delação premiada” e “acordo de colaboração” não são sinônimos, são institutos diferentes.

Para Luiz Flavio Gomes (2014): "Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir a culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador)."

Portanto, para alguns doutrinadores existem diferença entre delatar e colaborar, devido ao significado estrito da palavra, delatar está ligado a acusar, denunciar um determinado sujeito, enquanto colaborar está vinculado a uma cooperação entre duas partes, seria, assim, o “trabalho em conjunto” realizado entre o acusado e a justiça.

Para Eduardo Araújo da Silva (2015, p. 53) além da diferença que existe entre acordo de colaboração e delação, o autor subdivide a colaboração premiada em preventiva, no qual o colaborador evita que outras infrações venham se concretizar, e temos também a repressiva, que auxilia a polícia na coleta de provas contra os coautores, assim, por existir essas subdivisões é considerado um instituto mais amplo que delação.

O legislador inseriu o termo colaboração premiada na Lei nº 12.850/13. Optou por essa terminologia por se enquadrar melhor com o instituto em comento, pois o intuito do legislador foi evidenciar que o acusado não é obrigado a delatar para obter as benesses, é preciso apenas colaborar fornecendo informações úteis para a investigação, como por exemplo, indicar o local em que a vítima se encontra.

Quanto a expressão acordo de colaboração premiada, Mendroni (2016, s.p) tem a seguinte concepção:

A delação premiada encontra a sua origem no “Acordo” de vontade entre as partes, mas sem ser “acordo” propriamente dito revela sua característica e como tal opera efeitos. Não pode ser considerado acordo porque envolve a decisão por uma terceira parte.

Por sua vez, Victor Gabriel Rodrigues (2018, p. 01): ressalta que “o vocábulo “colaboração” não encontra qualquer carga técnica, qualquer origem doutrinária que a justifique. A substituição somente se explica como recurso eufêmico, de retirar o desvalor intrínseco que o substantivo “delação” traz em si.”

Não existe unanimidade em relação ao termo utilizado, e com isso cada doutrinador utiliza a expressão que acha mais conveniente, podendo ser “delação premiada”, “cooperação premiada”, “confissão delatária”, “chamamento de corrêu”, “negociação premial” etc. (MASSON, 2017, p. 120).

Para haver uma melhor compreensão, é necessário destacar que existem diferenças entre delatar e confessar, para que o acordo de colaboração seja válido é preciso que o indivíduo confesse o crime e delate seus comparsas, a confissão está prevista no artigo 65º, inciso I, alínea “d”, do Código Penal e trata-se de uma causa atenuante, enquanto a delação é uma causa de diminuição de pena.

Ambos os institutos podem ser aplicados concomitantemente, pois a atenuante genérica é aplicada durante a segunda fase enquanto a diminuição de pena é considerada na terceira fase da dosimetria da pena.

4.2 Direito Comparado

O acordo de colaboração premiada é um instrumento utilizado por diversos países que buscam combater a criminalidade, principalmente o crime organizado, e com o passar dos anos se tornou cada vez mais complexo devido ao avanço tecnológico, proporcionando crimes bem elaborados e conseqüentemente difíceis de serem desvendados.

No direito Inglês somente foi aceita a figura do colaborador em 1775, após “caso Rudd” no qual o magistrado considerou válido o depoimento do acusado que tinha o intuito de confessar o crime e entregar os seus comparsas para que em troca fosse extinta sua punibilidade (ARAUJO, 2015, p. 54)

Na época esse testemunho teve uma grande repercussão, pois com a delação foi possível resolver o caso e aplicar a justiça de forma plena e por este

motivo o testemunho do indivíduo ficou conhecido como *Crown Witness*, testemunho da Coroa.

Quanto ao direito Italiano, percebemos que houve uma necessidade de instaurar o acordo no ordenamento jurídico pátrio, pois em 1970 o país enfrentava uma vasta crise decorrente do aumento da criminalidade, que se deu em razão das chamadas “máfias”. Os colabores da justiça também denominados de “pentitismo” foi a solução para amenizar o terrorismo, tanto que Eduardo Araújo da Silva (2015, p. 55) complementa:

O sucesso do instituto ensejou, inclusive, uma inflação de arrependidos buscando os benefícios legais, gerando o perigo de concessão dos benefícios a indivíduos que não gozavam do papel apregoado perante as organizações criminosas.

Quanto ao combate das máfias, uma das operações mais complicadas foi a chamada “mãos limpas” que previa o acordo de colaboração premiada, porém o colaborador da operação, o mafioso Tommaso Buscetta somente iria fornecer as informações com uma condição, que em troca recebesse a proteção da sua família, não almejava nenhuma atenuante ou diminuição de pena.

A declaração de Tommasco, foi extremamente importante para a Itália, pois possibilitou a prisão de aproximadamente 19 mafiosos, e conseqüentemente tiveram a diminuição das organizações criminosas e da criminalidade.

O acordo de colaboração no sistema americano é uma fase obrigatória da persecução penal, conhecido como “*plea bargaining*”. No sistema americano existe um procedimento bem diferente do Brasil, antes do julgamento, existe a chamada colaboração com a justiça, no qual o representante do Ministério Público tenta realizar acordos com o acusado.

Nesta fase não existe nenhuma inferência do Judiciário, o Ministério Público tem a total liberdade de acompanhar a investigação criminal e optar pela propositura da ação ou não, caso ache necessário, também possui a liberdade de negociar a pena para que o acusado contribua com informações relevantes. (GUIDI, 2006, p. 105.)

O sistema americano até um tempo atrás existia divergência do brasileiro, no sentido de o Ministério Público ter a obrigatoriedade de propor a ação. Conforme ensina Fernando Capez (2003, p. 477-478):

Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade) [...] [...] No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social.

Em relação ao acordo de colaboração premiada, antes da Lei nº 12.850/13 entrar em vigor, era aplicado o princípio da discricionariedade, o acordo realizado entre o Ministério Público e o acusado/investigado seguia os parâmetros legais, sendo concedida a diminuição de pena ou o perdão judicial, mas o acusado respondia pelo processo criminal, o promotor era obrigado a oferecer a denúncia, porém, como dito, tivemos mudanças neste aspecto, que serão tratadas nos próximos tópicos.

É importante destacar que no Brasil o acordo de colaboração premiada é utilizado como um instituto para investigar um crime na fase inquisitorial, ou como meio de prova durante a persecução penal, são utilizados apenas em crimes mais graves, quando existe dificuldade em solucionar o deslinde da causa.

O “*plea bargaining*” serve para punir o chefe da organização criminosa, quanto a este aspecto existe semelhança com o Brasil, mas nos Estados Unidos o acordo de colaboração é aplicado de forma mais ampla, faz parte do sistema processual penal sendo aplicado em todo e qualquer tipo de crime.

4.3 Evolução Legislativa do Acordo de Colaboração no Brasil

Primeiramente é preciso saber que no Brasil não existe nenhuma lei específica que aborde a temática, temos uma falha legislativa quanto a isso, pois o que existe é apenas um emanado de leis que discorrem sobre o assunto.

Não se trata de um instituto recente, está presente em nosso ordenamento desde as Ordenações Filipinas, no qual o malfeitor que colaborasse com o rei fornecendo informações a respeito do outro criminoso, poderia ganhar o perdão judicial, na época era chamado de anistia.

Na vigência desta lei que o famoso Tiradentes foi delatado por Joaquim Silvério dos Reis que recebeu em troca perdão decorrente de dívidas públicas, então

o Estado aplicou como punição para Tiradentes a pena de morte sendo enforcado e esquartejado, no dia 21 de abril de 1792, se tornando posteriormente um mártir.

O primeiro Código Penal, na verdade chamado de Código Criminal foi elaborado em 1830, nesta época não existia benefícios para os indivíduos que colaborassem ou confessassem o crime, e essa situação perdurou por muito tempo em nosso país.

Somente em 1940, no vigente Código de Processo Penal a confissão tornou-se uma atenuante, porém, para receber este benefício a confissão deveria ser realizada de forma espontânea.

Para compreender a evolução legal do acordo de colaboração premiada no Brasil iremos estudar cada lei separadamente e contextualizar com o momento histórico de sua criação.

4.3.1 Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86)

Após o advento da Constituição Federal, a legislação mais antiga que abordou o acordo de colaboração premiada foi a Lei nº 7492/86, que tratava sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional.

Na época em que a lei foi criada o país passava por grandes escândalos decorrentes de fraudes no sistema financeiro, foi preciso a intervenção do Estado para melhorar a economia, além disso, houve a necessidade de criminalizar tais condutas que antes não eram tipificadas como crime econômico.

Somente vinte anos depois da promulgação foi acrescentado o acordo de delação premiada no texto de lei, através do artigo 25, parágrafo 1º (BITTAR, 2006, p. 107).

Portanto, trata-se apenas da lei mais antiga que aderiu ao acordo de colaboração premiada e não a primeira lei que inseriu o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

4.3.2 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)

O acordo de delação premiada foi instaurado efetivamente no Brasil em 1990 com a criação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), porque a Lei nº 7492/86 somente acrescentou o acordo vinte anos após sua promulgação.

O crime em nosso país cresceu rapidamente tornando-se excessivo e cruel, assim o Legislativo buscando uma solução para amenizar os índices de criminalidade e inseriu o instituto de delação no nosso ordenamento jurídico.

O instituto de colaboração premiada está previsto no artigo 8º, parágrafo único.

Artigo 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 da 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. (Grifo nosso)

Para entender melhor o artigo de lei supracitado Marcelo Batlouni Mendroni (2016, s.p) explica:

Ao referir participante ou associado, o legislador pareceu pretender englobar as hipóteses de autoria e participação, envolvendo todo e qualquer integrante do bando ou quadrilha, mas ao utilizar o termo desmantelamento, pode pretender referir-se a extinção do bando. Como não se torna possível assegurar o real fim da prática de uma associação criminosa, já que podem em futuro, curto, médio ou longo voltar a se reunir, há que se interpretar que o termo desmantelamento deve abranger a prática, ou conduta criminosa ora investigada, em todas as suas nuances, e não a associação criminosa em si.

Portanto, o coautor ou o partícipe somente receberá os benefícios se houver o desmantelamento da associação, importante destacar que o rol é taxativo sendo aplicado somente para os crimes hediondos (terrorismo, tortura e tráfico de entorpecentes).

Também é necessário destacar que a Lei dos Crimes Hediondos modificou o Código Penal adicionando a possibilidade de elaborar o acordo de colaboração para os crimes de extorsão mediante sequestro.

4.3.3 Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90)

Com a criação e a evolução do Estado houve a necessidade de se arrecadar tributos da sociedade, e assim para evitar golpes ou fraudes o Estado com o poder coercitivo implantou leis visando regular a conduta dos cidadãos.

Em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.137/90, no qual houve a possibilidade de aplicar o acordo de leniência para os crimes de cartel, sendo punidos aqueles que se associavam para cometer crimes de ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Sobre o acordo de leniência que é um instituto semelhante à colaboração premiada, Marcelo Batlouni Mendroni (2016, p. 200) comenta que:

O dispositivo da Lei nº 8.137/90 visa, como qualquer outro referente à colaboração premiada, “negociar” a diminuição da pena em troca de menor desgaste investigativo e processual por parte da administração da justiça.

Na época em que a norma foi criada o Legislador não se preocupou em sistematizar os benefícios legais para o colaborador, portanto, houve certa banalização do instituto em comento, devido sua precariedade (BITTAR, 2011 p.113).

4.3.4 Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95)

Com a entrada da Lei nº 9.034/95 (antiga lei do crime organizado) o instituto da colaboração premiada passou a ser valorizado, pois as normas possuíam mais técnica e clareza, o grande problema desta norma está no fato do legislador não definir o conceito de “crime organizado” ficando a mercê da doutrina.

A concessão dos benefícios foi elencada no artigo 6º, conforme segue:

Artigo 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a **colaboração espontânea do agente** levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. (Grifo nosso)

Como não havia a definição de crime organizado, o artigo 288 do Código Penal passou a ser aplicado de forma analógica, portanto o instituto de delação somente poderia ser efetuado nos crimes realizados por quadrilha ou bando, atual associação criminosa.

É importante entendermos que após a entrada em vigor da Lei nº 12.850/13 passou a existir diferença entre associação criminosa e crime organizado. Tanto que para explicar Vicente Greco Filho (2014, p. 20) explica que:

As diferenças estão no número de componentes (para os fins da lei agora comentada o mínimo é de 4) e a quantidade da pena dos crimes visados que deve ser maior de 4 anos [...]
[...] O termo legal “associação” distingue a reunião de pessoas do simples concurso, como ocorre com o crime de associação, art. 35 da Lei de Drogas. (Lei n. 11.343/2006)

Portanto, associação criminosa é preciso 3 ou mais associados e o *animus* de associar para cometer crimes que serão realizados em concurso de pessoas, enquanto a organização criminosa é de no mínimo 4 pessoas e existe toda uma estrutura hierárquica.

4.3.5 Lei do Crime de Extorsão Mediante Sequestro (Lei nº 9.269/96)

A Lei nº 9.269/96 (crime de extorsão mediante sequestro) também mudou a redação do Código Penal, inseriu o parágrafo 4º no artigo 159, viabilizando o instituto da delação premiada para os crimes cometidos em concurso de pessoas, assim aquele que oferecesse informações a respeito do crime e possibilitando a liberdade da vítima receberia as benesses da delação.

O direito Italiano influenciou muito a elaboração da Lei nº 9.269/96, o legislador brasileiro se inspirou no resultado vantajoso que o acordo de delação teve no combate as máfias.

Para entender melhor essa influência, Natália Oliveira de Carvalho (2009, p. 101) explica:

Aqui novamente, tem-se a utilização do expediente de premiar o crownwitness que, com a sua colaboração, forneça à autoridade informações hábeis para facilitar a libertação do sequestrado [...]
[...] Acresça-se, ainda que a concessão do benefício resta vinculada a efetiva liberação do sequestrado, sendo assim, descabido quando as informações prestadas revelarem-se desprovidas de eficácia concreta.

Destarte, assim como no direito Italiano, o colaborador somente teria direito a receber a diminuição de pena ou perdão judicial, nos casos em que a informações disponíveis fossem realmente eficazes, podendo a justiça conseguir a liberdade da vítima, mas apenas isto não bastava, era importante que a vítima estivesse bem fisicamente e mentalmente.

4.3.6 Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98)

Em 1998 entrou em vigor a Lei nº 9.613/98 que tratava sobre o crime de lavagem de dinheiro que posteriormente foi revogada pela Lei nº 12.683/12.

Houve a necessidade de criá-la em virtude das várias mudanças na economia no país, o que conseqüentemente ocasionou aumento da criminalidade, especificamente nos crimes contra a ordem econômica.

Assim, a delação foi inserida novamente no artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 9.613/98. Tratava-se de uma estratégia do legislador para conseguir diminuir a criminalidade visando benefícios mais amplos para os delatores como progressão de regime, substituição da pena por restritiva de direitos e até perdão judicial:

Artigo 1º §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.** (Grifo nosso)

Porém, esta lei é pautada no princípio da especialidade, significa que estas regras mencionadas acima somente podem ser aplicadas aos indivíduos que cometem crime de lavagem de dinheiro, os demais criminosos não podem se beneficiar.

4.3.7 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

A penúltima lei que aplicou o acordo de delação em seu texto legal foi a Lei nº 11.343/06 (drogas). Sempre houve várias discussões a respeito desta norma, pois ela alcança duas temáticas divergentes, a primeira é a punição de quem usa drogas ilícitas, a outra é necessidade de punir condutas referente ao tráfico.

Existe uma certa crítica quanto a sua criação, uma vez que o legislador buscou punir aqueles que utilizam entorpecentes, esquecendo que os cidadãos possuem livre arbítrio e discernimento suficiente para tomar suas próprias decisões.

A punição para quem utiliza drogas é meramente pedagógica, o artigo 28 prevê como pena a advertência, prestação de serviços, e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Sobre esse ponto Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2012, p. 20) dissertam:

Assim, a nova legislação sobre drogas veio ao ordenamento jurídico com diversos pontos falhos, aos quais, por certo, a doutrina especializada não poupará críticas. Esta obra indicará muitos desses equívocos, que não se restringem a formalidades, tratando-se, muitas vezes, de relevantes pontos da lei.

Importante destacar que a lei também distingue o traficante que faz parte de organização criminosa, daquele que realiza o crime por mero “hobbe”, tanto que a o artigo 33, parágrafo 4º onde as penas poderão ser reduzidas 1/6 a 2/3, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Quanto a aplicação do acordo de delação, o artigo 41 trouxe apenas a hipótese de minoração da pena de 1/3 a 2/3 para aquele que denunciar os integrantes e colaborar com a obtenção do produto do crime.

Para entender melhor Natália Oliveira de Carvalho (2009, p. 107) aduz:

Em relação as infrações penais previstas na Lei de Tóxicos (lei nº 11343/2006), posterior e especial no tratamento da matéria, a delação premiada é apta a gerar tão-somente a redução da pena do denunciante que colabore com a identificação dos demais envolvidos ou viabilize a recuperação total ou parcial do produto do crime.

A lei é marcante por permitir a realização do acordo apenas nos casos em que existe a recuperação do produto (droga), é preciso esclarecer que a lei não faz menção quanto ao proveito do crime, que são aqueles produtos conseguidos com o ato ilícito, como por exemplo, o carro que foi adquirido com a venda de drogas.

4.3.8 Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.803/13)

O crime organizado em nosso país evolui, se tornando cada vez mais difícil de serem desvendados e investigados e, em decorrência disto, foi preciso revogar a Lei nº 9.034/95 e implantar a Lei nº 12.803/13, sendo uma lei mais rígida e de melhor aplicabilidade.

Até então nenhuma lei previa como seria aplicado o instituto de colaboração, foi somente com a entrada da Lei nº 12.850/13 que os procedimentos passaram a ser regulamentados de forma explícita.

Esta lei é bastante inovadora, passou a ser a base do acordo de colaboração premiada e foi inserido o conceito de organização criminosa, o que antes era algo vago sendo definido apenas pela doutrina. Assim o artigo 1º, parágrafo 1º, prevê:

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

Vicente Greco Filho (2014, p. 39) evidencia:

A lei comentada disciplinou-a com maior amplitude e pormenores e como qualquer instituto ainda incipiente no Brasil, tendo em vista que não se encontra assentado em nossa cultura processual penal, apresenta problemas que poderão, até, inviabilizar a sua aplicação e a sua utilidade no combate ao crime organizada.

Na delação o acusado/investigado que colaborar com as investigações ou processo criminal de forma voluntária, poderá receber os benefícios inseridos no artigo 4º, que faz menção ao perdão judicial; a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; ou até mesmo substituir por restritiva de direitos.

Além do mais, houve uma inovação quanto a suspensão do prazo prescricional, pois o artigo 4º, parágrafo 3º, prevê a possibilidade de o prazo prisional ficar suspenso por seis meses, prorrogável por igual período, isso ocorre para que o acordo possa ser cumprido em um tempo hábil, seguindo todos os requisitos legais.

Por fim, é importante frisarmos que todas as leis supramencionadas estão em vigência e tem aplicabilidade, exceto a Lei nº 9.034/1995 (antiga lei dos crimes organizados), assim dependendo do caso concreto é possível haver um conflito de normas.

Portanto, tentando resolver esse possível conflito de normas Cleber Masson e Vinicius Marçal (2017, s.p) propõe a seguinte solução:

Nesse campo, não pode prevalecer o critério cronológico – lei posterior revoga a anterior –, o qual, para além de desconsiderar a especialidade, culminaria na aplicação exclusiva dos prêmios e requisitos previstos na LCO, por ser a mais recente. Portanto, há de prevalecer a lei específica [...] e a Lei 12.850/2013, sobretudo no que importa ao(s) crime(s) conexo(s) ao delito de organização criminosa por natureza.

Mas é importante entendermos que mesmo a Lei nº 12.850/13 sendo mais abrangente, dependendo do crime praticado, deve ser aplicado a lei específica, porém, se a lei específica for neutra em determinado assunto, pode ser sobreposto as regras da Lei nº 12.850/13 como forma de complementação, caso contrário, somente pode ser utilizada nos crimes de organização criminosa, por prevalecer o princípio da especialidade.

4.4 Natureza Jurídica

Quanto a natureza jurídica do o acordo de colaboração premiada, a Lei nº 12.850/13 na redação do artigo 3º deixou claro que trata-se de um meio de obtenção de prova:

Artigo 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
I - colaboração premiada
II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
III - ação controlada
[...]

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus número 127.483, também se se manifestou no sentido de que:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de

prova” seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (HC n. 127.483- PR - Rel. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, Dje 03.02.2016).

Conforme o entendimento da doutrina majoritária, o acordo de colaboração premiada, é considerado meio de prova, tanto que Fernando Capez aponta (2017, p. 475) “quanto ao seu valor probatório, nada impede seja a delação levada em conta para fundamentar a sentença condenatória”.

Cleber Masson (2017, p. 127) tem uma visão um pouco diferente, considerando que:

A colaboração premiada tem a natureza jurídica de meio [especial] de obtenção da prova, materializado em um “acordo” reduzido a “termo” para devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da LCO). A colaboração premiada é, pois, um “negócio jurídico processual” (Afrânio Silva Jardim) voltado para a obtenção de prova, e não um meio de prova propriamente dito.

Para Masson (2017, p. 127), a delação premiada não é apenas um meio de prova, trata-se de um meio especial para adquirir novas provas que podem ser de extrema importância para o desfecho da causa, ainda mais nos crimes de organização criminosa, que são crimes de difícil acesso e conhecimento, neste caso não bastam meras provas documentais para realizar as investigações.

De modo contrário, Capez (2017, p. 475) acredita que o instituto de colaboração premiada tem como natureza jurídica meio de prova, pelo fato do Código de Processo Penal se basear no sistema da livre convicção motivada, o qual permite que seja utilizado qualquer meio de prova para elaboração da sentença, desde que faça isso de forma fundamentada.

É necessário entendermos que o acordo de colaboração premiada não possui nenhum vínculo direto ou indireto com a confissão ou testemunho, por mais que sejam institutos parecidos estes não se confundem, em alguns casos específicos o delator para obter as benesses precisa confessar o crime dando seu testemunho, mas ainda assim são considerados meios de provas totalmente distintos.

Em relação a natureza jurídica Natália Oliveira de Carvalho (2009, p. 98) tem a seguinte concepção:

Não obstante carecer de previsão específica do Código de Processo Penal, que arrole de maneira não taxativa os tipos meios de provas nominados, a delação premiada, fartamente tratada pela legislação extravagante, possuiria a mesma natureza jurídica.

Isso significa, que o fato de o acordo de colaboração não estar previsto no Código de Processo Penal, igual a confissão e o testemunho, não muda absolutamente nada, pois ainda assim é considerada como um meio de prova, denominada como prova inominada, não está previsto no Código Penal, mas em leis extravagantes.

4.5 Requisito Legal e Doutrinário para Concessão do Benefício

É preciso ter em mente que para ser elaborado o acordo de colaboração premiada e conseqüentemente receber as benesses do instituto, o colaborador precisa passar por alguns procedimentos e se enquadrar nos requisitos legais.

Como vimos, não existe uma lei específica tratando do assunto, e, portanto, para que sejam estabelecidos os requisitos primordiais da delação é necessário analisarmos todas as regras contidas em todas as leis que disciplinam o tema abordado, fazendo uma “ginástica jurídica” (GUIDI, 2006, p. 167).

Com o advento da Lei nº 12.850/13 foram estabelecidas algumas formas de colaborar com a investigação ou com processo, estando presentes no artigo 4º, *caput* e são denominados como requisitos objetivos.

Artigo 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.

É importante destacar que os incisos previstos no artigo 4º, *caput* não precisam ser cumulativos, pois existem crimes que são cometidos sem a presença de vítimas, como é o caso do tráfico de drogas, portanto pela lógica bastaria apenas um dos requisitos para o acordo se tornar legítimo.

O inciso I, faz menção a necessidade de o delator informar quais são os demais coautores, partícipes e os delitos que foram praticados por eles. Sobre esse requisito é importante destacar que o delator não precisa fornecer informações sobre crimes distintos, o foco é aquele crime que está sendo investigado naquele determinado momento.

Portanto, podemos citar, como exemplo, o crime de associação criminosa para tráfico de drogas, onde o delator tem a obrigação de fornecer informações de forma exclusiva. Caso ele saiba que um dos coautores tenha cometido outro crime paralelo, como um homicídio, por não existir conexão entre ambos, o delator está dispensado de prestar esclarecimentos a respeito do homicídio, caso forneça serão irrelevantes.

O Supremo Tribunal Federal já pacificou essa questão:

Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. (Inq. n. 4130 - QO-PR - Rel. Dias Toffoli).

O inciso II, está diretamente ligado aos crimes de organizações criminosas onde existe uma hierarquia entre os participantes, portanto o delator além de dizer o nome dos coautores e partícipes, precisa esclarecer minuciosamente como funciona a estrutura da organização, mas se for de um indivíduo de posição inferior basta fornecer informações relevantes.

Já o inciso III, faz menção a chamada delação preventiva, é uma modalidade no qual a informação prestada pelo delator é de extrema importância para a justiça, sendo possível prevenir o resultado danoso antes mesmo dele se consumir.

O inciso IV, trata da recuperação dos produtos ou proveitos obtidos com a prática delituosa. Existe diferença entre produtos e proveitos, Fernando Capez (2018, s.p) diferencia:

Produto é a vantagem direta auferida pela prática do crime (exemplo: o relógio furtado); proveito é a vantagem decorrente do produto (exemplo: o dinheiro obtido com a venda do relógio furtado). Na realidade, o produto do crime deverá ser restituído ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, somente se, confisco pela União.

Por fim, o inciso V, somente tem aplicabilidade nos crimes que possuem vítimas, para que o delator receba os benefícios a vítima precisa ser encontrada pela justiça e estar em perfeito estado.

Existe uma falha neste artigo, pois o legislador ao redigi-lo citou apenas a integridade física, deixando de lado a integridade psíquica, mas deve ser feita uma interpretação extensiva da norma, portanto, é necessário que a vítima também seja encontrada com excelentes condições psicológicas.

A doutrina elenca três requisitos essenciais fixando-os como subjetivos e estão previsto no artigo 4º, parágrafo 1º: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”.

O primeiro é o da espontaneidade, explicando que para existir a eficácia no ato é preciso que o acusado/investigado queira de livre e espontânea vontade participar do acordo, não pode ser obrigado a colaborar, caso contrário, o juiz estará proibido de fazer a homologação.

A vontade de delatar tem que surgir do próprio agente, não pode ser influenciado por nenhuma autoridade, mas é possível receber conselhos de advogado ou até mesmo de um amigo.

Se durante a delação forem praticados excessos pelo Promotor ou Delegado de Polícia estaremos diante de provas ilícitas. Para complementar este entendimento Eduardo de Araújo da Silva (2015, p. 58), elucida:

Se são previsíveis ocorrências de excessos para a extração de uma confissão durante as investigações, nada impede que também possam ocorrer na busca de uma colaboração eficiente, o que conduzirá inevitavelmente à ilicitude da prova obtida.

É importante que não haja a influência de nenhuma autoridade como de policiais, delegado, promotor, para que seja evitada a ilicitude da prova, já que o simples fato de delatar acarreta na violação de direitos fundamentais previstos na Constituição, como o da não autoincriminação.

O segundo requisito para que o acordo de colaboração premiada seja válido é a eficácia das declarações, onde não basta fornecer meras informações, elas precisam ser relevantes. Se as informações prestadas já foram obtidas durante a investigação ou durante a tramitação do processo não serão eficazes, portanto o delator não terá direito aos benéficos previstos em lei.

Para entender melhor José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 169) complementa:

É oportuno salientar que deve guardar um nexo de causalidade com os requisitos positivo produzidos na investigação criminal ou no processo em curso. Assim, quando o delinquente vier, na sua colaboração, a fornecer dados periféricos ou de importância secundária, em que nada ou pouco auxiliarem na apuração ou no funcionamento de uma organização criminoso ou na identificação de seus diversos integrantes, não será possível para autorizar a concessão do benefício.

As informações prestadas não podem ser vagas, pois os coautores poderiam combinar o que seria delatado por cada um, e assim fracionar as informações, para que todos pudessem receber os benefícios. É por isso que a delação deve ser eficaz e feita por somente um dos criminosos (MENDRONI, 2016, p. 209).

O terceiro requisito é o da efetividade no qual o criminoso precisa literalmente colaborar com as autoridades, é importante que esteja à disposição e esclareça minuciosamente todos os fatos e circunstância que eventualmente possam surgir.

Eduardo Araújo da Silva (2015, p. 58), explica:

Efetividade da colaboração, que consiste no dever de colaborar de forma permanente com as autoridades, colocando-se integralmente à sua disposição para a elucidação dos fatos investigados. Isso implica a necessidade de comparecer perante a autoridade policial ou judicial todas as vezes que for solicitada a sua presença, ou ainda acompanhar atos de diligência, quando necessário.

Alguns estudiosos elencam um quarto requisito, que está totalmente ligada a personalidade, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Quanto a personalidade do colaborador, é um requisito que traz uma vasta discussão, pois o criminoso na maioria das vezes não possui uma boa

personalidade, ainda mais se formos levar em conta que o instituto de colaboração é utilizado para desvendar crimes graves como da organização criminosa, portanto não faz sentido aplicar esse critério para admitir o acordo de colaboração.

Sobre esta temática o Supremo Tribunal Federal decidiu da seguinte forma:

Em verdade, a personalidade do agente constitui vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz, na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). (HC n. 127.483- PR - Rel. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, Dje 03.02.2016)

Já a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, faz alusão de que se o crime tiver sido realizado com crueldade (o modus operandi foi realizado com crueldade) ou gerado uma grande repercussão social, o acordo de colaboração não pode ser viabilizado.

Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 772) esclarece que nestes casos o importante é: “Analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.”

Assim, caso estejam presentes todos os requisitos o juiz precisa conceder os benéficos que o delator faz jus, mas devem ser dosados conforme sua colaboração.

4.6 Legitimidade das Partes e o Momento Para Elaboração do Acordo

Após elencar quais são os requisitos cruciais, o próximo passo é destacar os sujeitos que possuem legitimidade para celebrar o acordo de colaboração, como veremos a lei possui um rol taxativo previsto no artigo 4º, parágrafo 2º e 6º da Lei nº 12.50/13 no qual destaca três figuras, o criminoso que será o colaborador, o Ministério Público, o Delegado, lembrando que o Juiz não poderá participar do acordo, mas deverá homologa-lo para ter validade.

É preciso entender que em relação a legitimidade para elaborar o acordo dificilmente conseguiremos classificar com propriedade quem é sujeito ativo

ou passivo, uma vez que ele pode ser proposto tanto pelo acusado/investigado quanto pelas autoridades judiciais, Promotor e Delegado.

A primeira fase do acordo é a chamada negociação ou fase pré-processual, ocorre durante o inquérito policial. O Delegado e o delator possuem legitimidade para realizar o acordo, somente será realizado se o colaborador estiver acompanhado por seu advogado, porém é preciso a manifestação do Ministério Público.

A doutrina questiona se o delegado de polícia realmente teria competência para realizar o acordo de colaboração premiada, quanto a isto, existem várias divergências, tanto que Eugênio Pacelli (2014, p. 853-854) discorre:

Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: a) extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a conseqüente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao parquet o oferecimento de denúncia; b) viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial; c) promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial.

Esse questionamento foi parar no Supremo Tribunal Federal, por supostamente violar ao princípio do devido processo legal, sistema acusatório, e legitimidade da ação penal pública. O Supremo julgou a Ação Direta de Constitucionalidade número 5508 improcedente, declarando a constitucionalidade do parágrafo 2º e do parágrafo 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13.

O Ministério Público também possui legitimidade para realizar o acordo, podendo ser feito durante o inquérito ou enquanto perdurar a ação penal, mas a presença do advogado é imprescindível, caso o colaborador não tenha constituído ou nomeado um advogado dativo para o acompanhá-lo na elaboração do ato jurídico, este será considerado inválido.

Existem vantagens de se realizar o acordo de colaboração durante a fase de negociação, pois no caso de ação penal pública o Ministério Público pode deixar de apresentar a denúncia conforme prevê o artigo 4º, parágrafo 4º, e conceder o perdão judicial conforme dispõe artigo 4º, parágrafo 2º.

Para compreender a questão Eduardo Araújo da Silva (2015 p. 64) discorre:

Está autorizada a disponibilidade da ação penal pública em razão de acordo de colaboração premiada com os envolvidos com a criminalidade organizada, desde que presentes os pressupostos do art. 4º, caput e seus incisos e § 1º da Lei no 12.850/13. Portanto, não se trata de adoção da oportunidade em sua pureza, pois o Ministério Público está sujeito as regras legais que regem o instituto.

Dispensar a propositura da denúncia, não se trata de violação ao princípio da indisponibilidade, apenas existe uma mitigação para que possa ser aplicada a extinção da punibilidade.

Como já mencionado o Ministério Público pode realizar o acordo em qualquer momento da ação penal, desde o recebimento da denúncia até a elaboração da sentença, mas somente pode ser elaborado se o colaborador se enquadrar nos requisitos previsto nos incisos do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13 que já foi matéria de estudo.

Se o acordo for homologado pelo juiz durante a persecução penal o artigo 4º, parágrafo 3º propõe a possibilidade de suspender o processo para o colaborador, mas para os demais acusados o trâmite processual ocorrerá normalmente, é necessário a suspensão para que não exista risco de se efetuar uma condenação igual ao demais para o colaborador. Eduardo Araújo da Silva (2015, p. 65) explica:

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. O objetivo foi dilatar a duração do processo para possibilitar que o acordo seja cumprido, notadamente quanto à comprovação de sua eficácia, sem o risco de o colaborador ser condenado.

Como já citado, por mais estranho que pareça, também é possível que o acordo de colaboração seja elaborado após o trânsito em julgado da ação, durante a execução penal, chamado de fase pós-processual, o próprio artigo 4º, parágrafo 5º da Lei nº 12.850/13 prevê essa possibilidade.

Assim como na fase processual compete ao Ministério Público elaborar o acordo com o colaborador, porém seguindo os mesmos parâmetros das fases anteriores, somente terá validade se estiver na presença de seu advogado.

Neste momento o colaborador já foi condenado pelo crime e encontra-se cumprindo a pena que lhe foi imposta, portanto, caso o condenado deseje colaborar os benefícios a ele aplicado serão diferentes, terá apenas direito a redução da pena de até 1/2 ou de progressão de regime, não havendo mais a necessidade de estar presentes os requisitos objetivos previsto nos incisos do artigo 4º da Lei nº 12.850/13.

Trata-se de uma situação um pouco mais delicada, tanto que Cleber Masson (2015, s.p) evidencia:

Entretantes, a formalização do pacto premial após a sentença condenatória exige redobrada atenção e cuidado do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois, como ilustram Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, o réu condenado a uma pena de 50 anos de reclusão em regime fechado, caso resolva colaborar com a Justiça, logo após a sentença recorrível ou mesmo em seguida ao trânsito em julgado da condenação, “merecerá, a teor da lei, a progressão para o regime semiaberto, mesmo tendo descontado pouquíssimo tempo de sua pena”. Ademais, a colaboração tardia potencializa o risco de prestação de informações falsas em troca de benefícios como derradeira busca do sentenciado por minorar as consequências da sanção que lhe foi imposta.

Mas vale ressaltar que não basta apenas tomar cuidado com a possibilidade de as informações serem falsas, é preciso proporcionar ao colaborador uma segurança maior, assim, caso os delatados estiverem no mesmo cárcere privado é preciso transferi-lo de presídio.

Agora em relação à homologação do acordo na fase pós-processual, Eduardo Araújo Silva (2015, p. 66) deixa claro que existe a “necessidade de o juiz da execução da pena vincular-se aos termos do acordo homologado.” Portanto, assim como nas demais fases é imprescindível a homologação do acordo pelo magistrado.

Como vimos, o juiz está totalmente vedado de participar do acordo, ele tem apenas o dever de homologar e conceder os benefícios durante a sentença, para entender melhor, Mendroni (2016, s.p) elucida:

O Juiz, que não participa da “negociação”. A situação da revelação dos dados existe entre o acusado, diretamente ou por seu advogado, com o Promotor de Justiça e, ainda que com a expressa concordância por parte deste, a decisão final caberá ao Juiz, por conceder ou não algum benefício como troca.

Essa vedação existe, para que não haja o ferimento do sistema democrático, pois caso o juiz participe da elaboração do acordo estaríamos novamente introduzindo indícios de um sistema inquisitorial ao Brasil, haja vista que participar do acordo traria ao magistrado certa imparcialidade, e como já foi estudado o juiz precisa ser imparcial na hora de julgar uma causa.

4.7 Aspecto Ético

Não podemos deixar de falar sobre um dos assuntos mais polêmicos do acordo de colaboração premiada, a questão da ética. Grande parte dos doutrinadores são contra a aplicação do instituto e a concessão de prêmios para aquele indivíduo que colabora com a justiça.

Para entendermos melhor está questão é preciso questionar qual ética o delator está ferindo, a ética na visão da sociedade ou a ética do criminoso em relação ao seu comparsa?

Sobre esse questionamento Vlademir Aras (2015) tem a seguinte visão:

A colaboração premiada é antiética porque fere os deveres de lealdade e de silêncio, mafioso (*omertà*) ou não, que existem entre delinquentes. Falar demais e “entregar o jogo” é ruim para os negócios. É péssimo para negociatas. Em algumas organizações criminosas, a pena por esse agir “antiético” é a morte. Porém, se tivermos em mira a ética da sociedade em geral, veremos que não há vício moral algum em colaborar com o Estado para a punição de criminosos.

Portanto, a colaboração premiada é um acordo realizado entre o Estado e o colaborador, no qual é preciso que o delator “traia” seus comparsas, colocando na maioria das vezes sua vida e de sua família em risco, para que em troca receba alguns benefícios.

Eugênio Bucci (2015) faz um comentário um pouco peculiar, mas que geram grandes reflexões sobre a temática:

Se há um delator premiado mundialmente conhecido, esse delator se chama Judas Iscariotes – e ninguém haverá de dizer que Judas é um exemplo a ser seguido pela Justiça dos homens. Poucas atitudes são tão aviltantes quanto aquela de quem, em troca de uma vantagem (em moedas ou em anos de liberdade), joga seus companheiros na fogueira. Ou na cruz. Em qualquer sistema ético que se examine, o dedo-duro é sempre um pária.

Há quem defenda que o acordo realizado entre o Judiciário e o delator não passa de uma incompetência implícita do Estado no combate ao crime, especificamente no combate a organização criminosa, pois o Estado precisa da colaboração de um “traidor” para obter bons resultados no deslinde da causa e fazer justiça (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 117).

Alguns defensores como Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 606-607) acreditam que não existem motivos suficientes para questionar o valor da ética ou da moral, uma vez que a própria conduta criminosa constitui na quebra da ética e dos bons costumes.

Porém, alguns estudiosos acreditam que na maioria dos casos o criminoso não tem coragem de delatar e não colabora com a justiça por medo “A população se submete à lei do silêncio, por medo puro de uma reação violenta, mas não concorda com ela. Isso não é a quebra de qualquer compromisso de fidelidade, que jamais foi feito, senão imposto.” (RODRIGUES, 2018, p. 25)

Trata-se de uma questão tão relevante que o próprio Superior Tribunal de Justiça no julgamento de um habeas corpus abordou o assunto da seguinte forma:

A aplicação da delação premiada, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advindas para o delator e sua família, no que concerne, especialmente, à segurança. (STJ - HC 97.509/MG, 2007/0307265-6, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/06/2010, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2010).

Analisando a fundo essa questão, podemos constatar que o acordo de colaboração premiada se trata de um meio de obtenção de prova válido, e que deveria ser aplicado com mais frequência pela justiça brasileira, pois é um instituto que ajuda a combater a criminalidade, não se trata apenas de um instituto que visa delatar os comparsas, o sujeito pode colaborar com o estado de como várias formas, por exemplo, informando o local do crime.

Mas para o nosso estudo o que realmente interessa é a utilização do acordo de colaboração como um meio de provas, buscando obter a verdade dos fatos para que conseqüentemente haja a aplicação da justiça de forma íntegra.

5 LENIÊNCIA

O acordo de leniência previsto tem a mesma finalidade e semelhança do acordo de colaboração premiada, no qual é dado um benefício para àquele que colabora com as investigações criminais e forneça informações relevantes para apuração de processos administrativos.

Tentando explicar a relação de ambos os institutos, Marco Vinício Petrelluzzi e Rubens Naman Junior Rizek (2014, p. 91) evidenciam:

Os acordos de leniência são definidos como sendo espécies de delação premiada. É a hipótese em que se oferece a leniência, diante da colaboração de um infrator, para que ocorra a apuração dessa mesma infração, principalmente com relação aos seus autores e partícipes.

Trata-se de um instrumento de política criminal extremamente relevante para o direito penal, pois busca combater crime contra a ordem econômica, e por isso, analisaremos as questões mais relevantes do instituto, mas sem aprofundar o estudo propriamente dito.

O acordo de leniência está ligado a crimes de ordem econômica, e visa combater a formação de cartel; que são práticas abusivas de grandes ou pequenas empresas que se unem com o intuito de manter-se no mercado aumentando gradativamente o valor do bem que está sendo comercializado sem melhorar sua qualidade.

Para melhor entender, Alexandre Malacrida Neto Junior (2017), menciona um exemplo de crime contra a ordem econômica, no qual é possível elaborar o acordo de leniência:

Em uma cidade no qual existam três postos de combustíveis e eles praticam o mesmo preço de venda, todos sabemos que é um produto essencial e todos precisam de combustíveis para se locomoverem, se comprovado este esquema entre eles, isso é um crime disciplinado na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Portanto, a Lei nº 12.529/11 criou regras relacionadas ao direito à livre concorrência, estabelecendo que o empresário possa usar todos os recursos que estiverem ao seu alcance (desde que não seja ilícito) para fornecer serviços diversificados e de qualidade para sua clientela.

Os crimes contra a ordem econômica estão descritos no artigo 4º da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo):

Artigo 4º. Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

A leniência é um acordo celebrado entre o Conselho Administrativo Defesa Econômica (CADE) e o indivíduo que está sendo acusado de cometer crime contra a ordem econômica. Os acordos são elaborados no âmbito administrativo, portanto, não precisam ser produzidos na presença de uma autoridade judicial.

Além do mais, por ser um órgão administrativo, dependendo do caso concreto, é possível que o Conselho Administrativo Defesa Econômica (CADE) dispense a propositura da ação penal ou civil para aquele colaborou com a justiça e forneceu informações relevantes.

O artigo 8º da Lei nº 12.529/11 explica qual a função do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dispõe:

Artigo 8º. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

É importante sabermos, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) julga processos que tramitam no âmbito administrativo, portanto, trata-se de uma das várias repartições pertencentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que é o órgão responsável no combate aos crimes de cartel.

A Controladoria Geral da União (CGU) também possui competência para realizar acordos no âmbito federal, conforme prevê o artigo 28 do Decreto Federal nº 8.420/2015, e são de competência federal os crimes ou práticas abusivas realizados contra a administração pública estrangeira. (MARINELA; PAIVA; RAMALHO, 2015, p. 189).

Portanto, o acordo de leniência segue basicamente os mesmos procedimentos e objetivos do acordo de colaboração premiada, já que ambos os institutos visam conceder benefícios para pessoas que se comprometem em colaborar com a justiça; uma das diferenças, recai no fato de que o acordo de leniência devido sua sistemática, também pode ser concedido a pessoas jurídicas.

Sobre essa diplomática, Marcio Pestana (2016, p. 154) disponibiliza que:

Em regra, o acordo de leniência foi concebido para ser celebrado por uma pessoa jurídica, dotada de capacidade para assumir obrigações e desfrutar de direitos, não importando o tipo jurídico com que se apresente. Assim, poderá ser subscrito por uma sociedade anônima, sociedade por quotas, sociedade em comandita simples, cooperativa, enfim, por toda e qualquer espécie de pessoa jurídica disciplinada pelo ordenamento jurídico brasileiro

Assim, a pessoa jurídica ao elaborar um acordo de leniência poderá receber alguns benefícios, como a desobrigação de se publicar decisões condenatórias, que possam ferir a imagem da empresa, será computado multa em um valor baixo, mas estarão proibidas de receber doações de instituições públicas pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, e essas sanções são aplicadas conforme a gravidade do caso.

E por fim, podemos mencionar que o crime de cartel possui uma pequena semelhança com o crime organizado, pelo fato de haver uma certa dificuldade em desvendá-lo e por não deixar vestígios, assim, por estes, e por vários outros motivos, existe a necessidade de utilizar o acordo de leniência como meio de prova.

Portanto, é importante destacar a necessidade de utilizar ambos os institutos como meio de provas no processo penal, pois com sua aplicabilidade é possível obter mais segurança jurídica no âmbito das investigações, e conseqüentemente chegar a verdade real do caso concreto.

6 A COLABORAÇÃO E A LENIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA

Como vimos, o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência são institutos utilizados no processo penal como meio de prova, que buscam combater a criminalidade.

Embora sejam institutos de grande importância para o Processo Penal, são institutos que possuem diversas críticas, a doutrina é contra sua utilização pelo fato de ferir princípios e garantias constitucionais, mas como todo e qualquer assunto jurídico, existem aqueles que defendem sua aplicabilidade e demonstram a necessidade de utilizar os institutos em comento.

Além do mais, existe uma discussão sobre a revogação dos institutos em caso de descumprimento pelo colaborador, se é possível revoga-los e quais as penas aplicadas para os indivíduos que não colaboram de forma efetiva com a justiça, violando o acordo após sua homologação.

6.1 Aspectos Desfavoráveis

Como vimos anteriormente, o acordo de colaboração premiada e a leniência são utilizados no processo penal como meio de prova, e por isso os acordos supramencionados geram uma vasta discussão na doutrina, já que existem aqueles que defendem a aplicação do instituto e aqueles que desaprovam sua utilização no sistema processual penal.

Frederico Valdez Pereira (2013, p. 85) elucida quais seriam as duas grandes vertentes que discorrem sobre o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência:

Insere-se em um campo de tensão entre dois polos tendencialmente opostos que se podem identificar, de um lado, como a operatividade do sistema penal, a qual o mecanismo parece destinado a fortalecer, e, de outro, a legitimidade do sistema em conformidade com princípios e garantias típicas do Estado de Direito.

Aqueles que não aderem aos institutos se sustentam no fato de que ferem princípios e garantias básicas do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo, o do contraditório, ampla defesa, princípio da proporcionalidade, não autoincriminação, entre outros.

O artigo 5º inciso LV da Constituição Federal preconiza que: “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.”

Portanto, o acordo de delação realizado no âmbito inquisitorial, certamente feriria o princípio do contraditório e a da ampla defesa, mas Alexandre de Moraes (2009, p. 89) explica:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório.

Além do contraditório, outra desvantagem discutida por doutrinadores recai sobre o argumento de que o acordo de colaboração premiada e a leniência são inconstitucionais, pois violam o princípio do *nemo tenetur se detegere*, portanto, o acusado ou indiciado possui o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo optar pelo silêncio, conforme artigo 5º inciso LXIII da Constituição Federal.

Como sabemos, para haver a homologação do acordo, é necessário que o delator, no caso o corréu, confesse o crime renunciando o direito de ficar em silêncio e entregando seus comparsas, fornecendo informações suficientes para o deslinde da causa, e exatamente por estes motivos que temos a violação do princípio da não autoincriminação.

Não obstante, com pensamentos diversos Frederico Valdez Pereira (2013, p. 87) esclarece que: “Para se argumentar pela inconstitucionalidade da colaboração por suposta violação do direito ao silêncio, ter-se-ia de considerar o direito dos acusados a não confessar como sendo direito irrenunciável. ”

Complementando o entendimento Ricardo Werner Friedrich (2016) enaltece:

O acusado ao delatar tem duas possibilidades: manter-se em silêncio ou auxiliar nas investigações; e, optando por essa última, determina para ele a renúncia ao direito de não se auto incriminar, mas, abre-se para ele o direito de receber dos benefícios atrelados à delação premiada.

Portanto, não é coerente falarmos em violação do princípio da autoincriminação, pois, para haver a validade da confissão, é necessário que a

delação seja realizada de livre e espontânea vontade, além do mais, o direito a não autoincriminação é renunciável, cabendo ao acusado/investigador optar por confessar ou não.

A doutrina também destaca que a colaboração premiada, bem como a leniência, pode se tornar uma “arma” nas mãos erradas, podendo ser manuseada pelo colaborador de forma maldosa, com o intuito de prejudicar uma pessoa imputando falsos crimes a inocentes por mera vingança.

Mas é importante destacar que a Lei nº 12.850/13 preconiza uma sanção para o sujeito que delata falsamente um outro indivíduo com o intuito de prejudica-lo.

Artigo 19º. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Além disso, o delator pode vir a fornecer informações falsas para tentar conseguir os benefícios previstos em lei, como a diminuição de pena e mesmo o perdão judicial. Sobre esse ponto, José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 181) cita o entendimento de Eduardo Araújo da Silva e propõe a seguinte solução:

Visando afastar falsas incriminações, o magistrado deverá considerar os seguintes elementos para a valoração desse meio de prova [...] A verdade da confissão; a inexistência do ódio em qualquer das manifestações; a homogeneidade e a coerência de suas declarações; a inexistência da finalidade de atuar ou mesmo eliminar a própria responsabilidade penal; a confirmação da delação por outras provas.

É importante entendermos, que para tentar identificar se a delação é falsa o magistrado precisa verificar todos os requisitos citados acima, e principalmente analisar todo o contexto probatório do caso concreto, o magistrado está vedado de examinar o acordo de colaboração e a leniência de forma isolada, pois se isso ocorrer estará mediante uma nulidade processual, portanto, uma sentença deve ser elaborada com base em diversas provas.

Seguindo esta linha de pensamento, sobre a necessidade de ter outros meios de provas para julgar uma demanda processual, Eduardo Araújo Silva (2015, p. 75) complementa:

Além de orientar o juiz quando da valoração da prova, esse prudente entendimento também deve nortear as condutas da autoridade policial e do representante do Ministério Público na busca da prova, os quais, portanto, não devem limitar suas atividades à obtenção de delações dos corréus.

Consequente, durante a colheita de provas a acusação não poderá apenas se respaldar nos acordos de colaboração e leniência, é necessário que busquem outras provas, pois se não tiver outros meios de provas os acordos não poderão ser utilizados no processo penal a fim de condenar ou absolver o réu.

Outro princípio constitucional que também seria violado pelo acordo de colaboração é o da proporcionalidade, sendo necessário ponderar a pena aplicada com a gravidade do delito.

A discussão sobre a violação do princípio da proporcionalidade recai sobre o fato do delator receber uma diminuição de pena por ter traído seu comparsa, enquanto o delatado que cometeu o mesmo crime não receberá nenhum tipo de benesse, havendo uma grande desproporcionalidade na aplicação da pena, acarretando em uma vasta injustiça.

Em regra o direito penal despreza todo e qualquer tipo de traição, conforme prevê o artigo 61 inciso II linha “c”, sendo utilizado como uma qualificadora ou uma agravante dependendo da forma que o agente realizou o crime, divergindo, portanto, da colaboração e da leniência, no qual a traição é motivo para aplicar uma diminuição de pena. (MOTA; LEITE, 2015)

Frederico Valdez Pereira (2013, p. 88) faz menção ao princípio da proporcionalidade de forma paralela com o princípio da culpabilidade, pois, se não houver um grau relevante de culpa, temos uma excludente de punibilidade que visa diminuir a rigor excessivo da pena. Portanto, o acordo de colaboração visa diminuir o rigor excessivo em prol da obtenção da verdade e da aplicação da justiça.

Para entender melhor o porquê o acordo de colaboração e a leniência não ferem princípios constitucionais e nem as garantias básicas do delatado Frederico Valdez Pereira (2009, p. 70-71) cita um entendimento de Fabio Roberto D'Ávila:

Isso porque as normas penais incriminadoras pressupõem sempre a restrição de um direito fundamental, no mais das vezes, o direito à liberdade, portanto são resultado de uma ponderação na qual a liberdade é restringida em prol de outros valores fundamentais.

O fato de a própria lei ferir um direito constitucional ao aplicar a pena privativa de liberdade como forma de punição nos faz pensar, do por que o acordo de colaboração e o acordo de leniência não poderiam ser aplicados no sistema processual penal como forma de obtenção da justiça.

Portanto, estes acordos desde que não firam os princípios constitucionais de forma demasiada podem ser utilizados como meio de obtenção de provas para obtenção da justiça.

6.2 Aspectos Favoráveis

Assim como existem diversos posicionamento contrários ao acordo de colaboração premiada e leniência, veremos que existem vários doutrinadores e estudiosos do direito que defendem sua aplicação no processo penal como meio de prova, pois trata-se de um instrumentos essencial para o deslinde da causa.

São instrumentos de política criminal que auxiliam o Estado durante a persecução penal, principalmente contra o crime organizado, por se um crime difícil de solucionar, mas é importante ressaltar que se trata de um instrumento que pode ser utilizado em todo e qualquer crime, independente do grau de complexidade.

Sobre a importância dos institutos no combate à criminalidade José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 146) deixa claro que:

Trata-se de um poderoso instituto no combate as organizações criminosas, pois, ainda na fase de investigação criminal o colaborador, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outra infrações venham se se consumar (colaboração preventiva), assim auxilia concretamente a polícia e o Ministério Público nas atividades de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando as prisões (colaboração repressiva).

Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva (2000, p. 54) enaltece que “o instituto merece elogios por dar prioridade a vida e a liberdade da vítima, constituindo medida de sabia política criminal.”

Os críticos usam como argumento a violação da ética, mas é importante entendermos que no mundo do crime não existe motivos para se preocupar a ética, pois a própria natureza do crime fere questões básicas que o Estado e a Constituição sempre buscam proteger, que é a vida.

Além do mais, o acordo de colaboração premiada bem como o acordo de leniência são institutos realizados pelo colaborador de forma espontânea, somente haverá o acordo se o delator quiser, e exatamente por este motivo que alguns doutrinadores acreditam que acusado/investigado pode ter se arrependido de praticar o crime e decidiu colaborar com o estado.

Seguindo esta linha de pensamento, Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva (2000 p. 54) citam o entendimento de Valdir Sznick:

[...] colaborando está se redimindo de sua participação da infração penal, uma atitude que merece ser encorajada e só merece elogios; para a sociedade, em virtude da coleta de material relevante permitindo o desmonte do grupo criminoso. A sociedade que havia sofrido uma violação com a conduta delituosa do colaborador, com a sua colaboração sente-se, em parte, ressarcida, daí a concessão do benefício.

Encontraremos este argumento sendo aplicado com maior frequência no acordo de leniência, pois quem se submete a este acordo, provavelmente está envolvido em crime de cartel, e é considerado como de menor potencial ofensivo, trazendo pouca periculosidade.

É denominado como um delito de menor gravidade, pois o crime de cartel é praticado por pessoas de renome, que estão presentes no mundo dos negócios, portanto, existem casos, em que o sujeito participa do crime, mas possui boa índole a acaba se arrependendo de ter praticado.

Portanto, o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência possuem desvantagens, mas os benefícios precisam ser ressaltados, pois trata-se de um dos melhores instrumentos da atualidade que visam combater a criminalidade, além do mais é um excelente meio de prova para busca da verdade real.

6.3 Descumprimento do Acordo Após Homologação

Atualmente uma discussão que circunda os institutos estudados é a possibilidade de rescisão do contrato após sua homologação, quando nas investigações se constatar que a delação realizada pelo corrêu foi omissa ou falsa.

Como vemos em jornais, revistas, e na própria internet, o acordo de colaboração vem sendo utilizado com frequência nos casos de corrupção, e foi

nesse âmbito que começou a surgir a discussão se os acordos poderiam ser rescindidos.

Porém, antes de adentrarmos neste assunto de forma específica, precisamos analisar algumas definições básicas do Código Civil, para entendermos como ocorre a extinção de um contrato, e quais suas espécies. Flávio Tartuce (2018, p. 256) define:

Toda vez em que há a extinção do contrato por fatos posteriores à celebração, tendo uma das partes sofrido prejuízo, fala-se em rescisão contratual [...]
[...] Pode-se afirmar que a rescisão (que é o gênero) possui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo).

Portanto, a rescisão contratual ocorre quando uma das partes não cumpre com o combinado, então, se o colaborador descumprir com sua obrigação de fornecer informações relevantes para o processo, não estará efetivamente contribuindo com a justiça, e com isso, perderá os benefícios que foram estabelecidos no acordo.

Recentemente, tivemos nos noticiários, questões referentes a possibilidade do Supremo Tribunal Federal rescindir o acordo de colaboração de Joesley Batista, um dos investigados da operação Lava Jato.

O Ministério Público Federal conseguiu constatar que Joesley omitiu informações a respeito de Marcelo Miller, que na condição de Procurador da República, auxiliou a manipular fatos, provas e ajustar depoimentos em favor do colaborador².

Destarte, caso ocorra a rescisão do acordo, Joesley perderá todos seus direitos, podendo inclusive, responderá por diversos crimes, além disso, todas as provas que foram produzidas durante o processo em que ocorreram o acordo de colaboração, servirão para condená-lo posteriormente.

Haverá a possibilidade de utilizar provas já produzidas, para condená-lo, pois o acordo de colaboração foi rescindido e não anulado, como consta Flávio Tartuce (2018, p. 256) “será nulo o contrato caso não seja revestido da forma

² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-rescinde-acordo-de-colaboracao-de-joesley-batista-e-ricardo-saud>. Acesso em: 13 out. 2018.

prevista em lei ou sendo preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.”

Desta forma, o acordo de colaboração somente poderá ser considerado nulo quando houver o desrespeito às regras básicas para elaboração do acordo, quando tivermos a violação dos artigos previsto na Lei nº 12.850/13 (crime organizado) ou na Lei nº 12.843/13 (anticorrupção).

Portanto, se em algum dos acordos de colaboração premiada, for decretada a nulidade, todas as provas produzidas durante a ação penal serão consideradas ilícitas conforme preconiza artigo 157 do Código de Processo Penal, e não servirão para condenar o colaborador.

Agora, se o acordo de leniência for descumprido por uma pessoa jurídica as sanções aplicadas são diferentes, além de perder os benefícios estabelecidos, estará proibida de elaborar um novo acordo de leniência durante o prazo de 3 anos, contados do conhecimento pela administração Pública do referido descumprimento, conforme preconiza o artigo 16, parágrafo 8 da Lei nº 12.846/13.

Para entender melhor a aplicação das sanções em caso de descumprimento do acordo pela pessoa jurídica, Marcio Pestana (2016, p .182) elucida que:

As sanções previstas na Lei Anticorrupção já foram por nós examinadas, constituindo, por si só, um conjunto de punições de intensa expressão, apenando com indiscutível vigor as pessoas jurídicas que tenham praticado atos lesivos à Administração Pública brasileira e estrangeira.

Portanto, as penas aplicadas possuem um certo vigor, pois, em caso de descumprimento do acordo de leniência pela pessoa jurídica, as penalidades serão diferentes, pois para pessoa jurídica não pode ser aplica penas restritivas de liberdade, sendo necessário que a pena seja convertida em pecúnia, portanto, será aplicado multa.

É interessante mencionarmos outra situação da operação Lava Jato em que houve a revogação do acordo de colaboração premiada, foi o caso do empresário Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura, que se comprometeu em disponibilizar informações relevantes para o processo e devolver a o dinheiro oriundo do crime de corrupção, mas não o fez.

Com o descumprimento do acordo, o juiz decretou a prisão preventiva para o colaborador, visando assegurar a aplicação da lei penal, pois haveria a possibilidade do delator fugir, já que ficou comprovado com o descumprimento do acordo, que não é uma pessoa de confiança³.

Posteriormente, foi impetrado um Habeas Corpus, pedindo a revogação da prisão preventiva, no qual o Superior Tribunal de Justiça negou o provimento ao recurso, sobre o fundamento de que:

Não há óbice em se decretar a prisão preventiva no ensejo da prolação de sentença condenatória, quando presentes os requisitos legais. **Possibilidade que ressaí evidente do art. 387, par. 1º, do Código de Processo Penal.**

A existência de dados concretos, relacionados ao comportamento pretérito do acusado, somado à sua disponibilidade de recursos financeiros, são hábeis a revelar que a sua colocação em liberdade implicaria em riscos para a aplicação da lei penal, por isso que viabilizada a prisão preventiva sob este fundamento, máxime se decretada na sentença condenatória. (Grifo nosso) STJ- HC 76.026/RS, 2016/0244094-8, Rel. Min FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/10/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2016

Assim, aqueles que se submetem ao acordo de colaboração premiada ou o acordo de leniência, precisam colaborar de forma efetiva com a justiça, dando informações necessárias para o processo, restituindo dinheiro do proveito do crime, ou informando onde se encontra a vítima, caso tenha, pois se não o fizer, serão penalizados e perderão todos os benefícios conquistados.

³Informação disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2076026>. Acesso em: 15 out. 2018.

7 CONCLUSÃO

Uma das fases mais importantes do processo penal é a elaboração de provas, pois, as partes possuem o direito de comprovar aquilo que estão alegando, demonstrando que os fatos elencados realmente são condizentes com a verdade.

A prova é inserida no processo penal através dos meios de prova, portanto, qualquer meio de prova será considerado válido, desde que não sejam ilícitos, e tudo que for produzido seguindo os parâmetros legais poderão influenciar no deslinde da causa.

Identificar o sistema processual penal adotado pelo Brasil é extremamente importante, pois as provas devem ser produzidas conforme a regra adotada em cada sistema, assim, o sistema acusatório é democrático, permitindo a elaboração do contraditório e da ampla defesa, que são princípios intrínsecos previstos na Constituição, enquanto o sistema inquisitorial não contempla nenhum instrumento processual, sendo na maioria das vezes iníquo.

Existe uma vasta discussão na doutrina a respeito de qual sistema processual é aplicado no Brasil, pois mesmo sendo um país democrático, há indícios inquisitoriais, mas é importante deixar claro que, esses indícios não ferem os direitos fundamentais do cidadão, pois eles existem com o intuito de garantir a busca da verdade real e conseqüentemente a aplicação de uma justiça ampla.

O acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência são essenciais para o Estado, pois visam combater a criminalidade, em especial o crime organizado e a corrupção, que são crimes complexos e difíceis de serem solucionados, portanto, se não fosse pela aplicabilidade desses institutos, dificilmente teríamos o desenlace destes crimes.

Estes institutos podem ser utilizados como meio de prova, permitindo que o juiz chegue próximo a verdade real, pois o colaborador participou da elaboração do crime e em decorrência disto, possui informações minuciosas a respeito do caso concreto, e assim, com estas informações, poderão auxiliar o magistrado durante a elaboração de uma sentença justa e condizente com a realidade.

É interessante destacar que estes institutos não podem ser utilizados de forma unitária no processo penal, sendo necessário que estejam inseridos em

contexto probatório, pois, caso contrário, não terão relevância para apuração dos fatos, devendo o magistrado extinguir o processo por falta de provas.

Caso seja elaborada uma sentença de condenação com base apenas nestes meios de prova, a sentença será anulada, pois se não for, ficará evidente a inserção de indícios inquisitórios, no qual vale apenas a vontade de uma pessoa de forma exclusiva, no caso o magistrado, que não possui o bom senso de respeitar as leis e os direitos imprescindíveis, previsto na carta magna.

O próprio acordo de colaboração e o acordo de leniência também deverão ser anulados, se não respeitarem as regras previstas na Lei nº 12.850/13 e a Lei nº 12.843/13, portanto, haverá a anulação, quando não forem elaborados por pessoas legítimas (Ministério Público ou Delegado de Polícia) ou se a confissão não ocorrer de forma voluntária, e, portanto, não poderão ser utilizados como meio de prova no processo penal.

Além de anulado, o acordo de colaboração premiada pode ser extinto através de rescisão contratual. Em decorrência da Operação Lava Jato tivemos diversos casos de revogação de acordos, resultado de descumprimento por parte do colaborador, que omitiu informações importantes para o desfecho da causa, sendo então, processado e condenado pelos crimes cometidos, não fazendo jus a nenhum benefício concedido.

Quanto ao acordo de leniência, ele também pode ser anulado caso a pessoa jurídica descumpra com o combinado, mas existem diferenças nas sanções aplicadas, por se tratar de uma pessoa jurídica não tem como cumprir referentes a restrição de liberdade, sendo então, convertido em multa e estando vedado de receber proposta de novo acordo durante o período de três anos.

Observa-se que embora os acordos sejam utilizados como forma de prevenção no combate ao crime organizado, também são objetos de vastas críticas, pois violam princípios constitucionais e garantias processuais, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, e o princípio da não autoincriminação.

Todavia, esses argumentos, não se sustentam, pois como foi abordado no decorrer do trabalho, o princípio da não autoincriminação, por exemplo, não é irrenunciável, podendo o réu a qualquer momento da persecução penal confessar o crime, e receberá diminuição de pena, conforme prevê o Código Penal.

Mas, estas críticas, se perduram no fato do colaborador realizar o acordo com o intuito apenas de se beneficiar, para garantir os prêmios que serão

concedidos, ou pior, podem ser utilizados visando mera vingança, com a intenção de imputar crimes falsos a pessoas inocentes, não estando dispostos a colaborar com a justiça de forma efetiva.

Conclui-se que, o acordo de colaboração premiada e o acordo de leniência possuem várias falhas, mas, nos dias atuais, é um dos métodos mais eficazes no combate à criminalidade, além, de possuírem extrema relevância quando inseridos no processo penal como meio de prova, por chegarem o mais próximo da verdade real.

Então, por “violarem” alguns direitos, é preciso que seja feita uma ponderação de valores, no qual nos questionaremos se a aplicação do acordo está ferindo de forma demasiada os princípios e as garantias constitucionais dos cidadãos, se estiverem, jamais poderão ser utilizados como meio de prova.

Porém, se não estiverem, deverão ser utilizados em prol da justiça, pois, somente conseguiremos alcançar uma justiça, pura e íntegra, quando obtivermos a verdade real de cada caso concreto, e para obtê-la é preciso respeitar todos os aspectos legais e formais dos institutos estudados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. **Primeira crítica ao instituto: a colaboração premiada é antiética.** Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/primeira-critica-ao-instituto-a-colaboracao-premiada-e-antietica>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

AVENA, Noberto. **Manual de Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Método, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.130 PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 23/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10190406>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus nº 90962 SP 2007/0221730-9. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. DJ: 19/05/2011 - T6 Sexta Turma. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15461285&num_registro=200702217309&data=20110622&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 out. 2018

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus nº 97.509 MG 2007/0307265-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 15/06/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136024/habeas-corpus-hc-97509-mg-2007-0307265-6-stj/relatorio-e-voto-19136026>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Habeas Corpus nº 76.026 RS 2016/0244094-8, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 06/10/2016, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 10/10/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%2076026>. Acesso em: 15 out. 2018.

BUCCI, Eugênio. **A ética do crime e a delação premiada: A delação premiada quebra a falsa “ética” do crime, que se resume à lealdade irracional entre bandidos.** Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/eugenio-bucci/noticia/2015/04/etica-do-crime-e-delacao-premiada.html>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

CASTANHA, Rodolfo Gução. **O Instituto da Colaboração Premiada Frente à Lei Do Crime Organizado. Intertemas, Presidente Prudente, v. 33, n. 33, set/2017.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/5981/5689>. Acesso em: 21 ago. 2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal, parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal, legislação penal especial**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A Delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRIEDRICH, Ricardo Werner. **O Instituto da Delação Premiada e sua Validação Constitucional**. Unisc, Santa Cruz do Sul. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16114/4005>. Acesso em: 17 out. 2018

GALHARDE, Lucas Tadeu Coiado. **Ministério Público e a Colaboração Premiada**. Intertemas, Presidente Prudente, v. 32, n. 32, set/2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/5900/5609>. Acesso em: 20 set. 2018

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Colaborativa e Delação Premiada**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2108608/justica-colaborativa-e-delacao-premiada>. Acesso em: 18 de Set. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALACRIDA JR, Alexandre Neto. **Acordo de Leniência e sua Implementação no Brasil**. Intertemas, Presidente Prudente, v. 13, n. 13, set/2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6239/5942>. Acesso em: 25 set. 2018.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime Organizado na Atualidade**. Campinas: Bookeseller, 2000.

MARÇÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de, CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINELA, Fernanda. RAMALHO, Tatiany. Paiva, Fernando. **Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2017. Sem paginação.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTA, Thaynala Almeida; LEITE, Carmelita Poliana. **Delação Premiada no Direito Brasileiro, Id on Line Revista de Psicologia** v. 9, n. 28, nov/2015. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/367/493>. Acesso em: 09 set. 2018

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Processo Penal Esquemas e Sistemas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Sem paginação.

_____. **Provas no Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Sem paginação.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013**. Barueri, São Paulo: Manole, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada**. Revista CEJ, Brasília, ano 17, n 59 jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1736/1716>. Acesso em: 05 out. 2018.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JR, Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo, Saraiva, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Esquematizado – Direito Processual Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 22.450/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: O Problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de informação Legislativa, Brasília, ano 46, n 183 jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194936>. Acesso em: 07 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio Direito civil. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TAVORÁ, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Processo Penal II: Provas, questões e processos incidentes**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIERA, Thaysa Bambil. SOUZA, Fernando Machado de. A Delação Preamida no **Direito Comparado**. Disponível em: <http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/907/831>. Acesso em: 21 ago. 2018