



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO OFERECIMENTO DE
BENEFÍCIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Luisa de Carvalho Serfaty

Rio de Janeiro
2018

LUISA DE CARVALHO SERFATY

A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO OFERECIMENTO DE
BENEFÍCIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO OFERECIMENTO DE BENEFÍCIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Luisa de Carvalho Serfaty

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A presente pesquisa científica discute discricionariedade dada ao Ministério Público no oferecimento dos benefícios previstos na Lei nº 12.850/13. A colaboração premiada, como técnica de investigação criminal, insere-se nesse cenário apresentando alguns questionamentos jurídicos. Procura-se demonstrar quais seriam os parâmetros de validade desse acordo frente ao ordenamento jurídico vigente. Para tal, foram analisados pontos específicos da legislação, com enfoque para a cláusula de não denúncia e a demonstração de omissão legislativa no que tange aos parâmetros legais para escolha dos benefícios previstos em lei. A essência do trabalho é abordar a colaboração premiada nos seus aspectos históricos e conceituais, bem como analisar sua compatibilidade frente às garantias constitucionais.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Penal. Colaboração Premiada. Princípios Constitucionais. Obrigatoriedade da Denúncia. Justiça Colaborativa Crime Organizado. Parâmetros Legais e Jurisprudências.

Sumário – 1. Compatibilidade da colaboração premiada com o sistema processual brasileiro. 2. Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e a cláusula de não denúncia presente na Lei nº 12850 de 2013. 3. Inexistência de parâmetros legais para a concessão de benefícios no acordo de colaboração premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute discricionariedade dada ao Ministério Público no oferecimento dos benefícios previstos na Lei 12.850/13. Procura-se demonstrar quais seriam os parâmetros de validade desse acordo e de que maneira os benefícios se compatibilizam com o sistema processual penal brasileiro, já que trata-se de um instituto recentemente incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, o instituto da colaboração premiada ingressa no ordenamento jurídico no século XVII, podendo ser observada em normas legais esparsas que previam aspectos isolados da colaboração, não havendo até o ano de 2013 um regramento normativo que a disciplinasse de maneira sistemática e técnica.

A colaboração premiada, como técnica de investigação criminal, tem seu marco no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 12.850/13. O instituto ganhou destaque com as recentes operações de combate à corrupção e, por isso, passou a ter um destacado papel no processo penal brasileiro, despertando intensos debates quanto aos seus reais limites dentro de uma perspectiva constitucional.

Em razão de sua recente sistematização o tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção.

O objetivo do trabalho é observar a compatibilidade do instituto com os princípios do direito processual penal brasileiro, demonstrar as omissões legislativas presentes no instituto e analisar como a jurisprudência dos tribunais superiores tem se posicionado frente a essas questões.

Para melhor compreensão do tema, busca-se compreender até que ponto o modelo de justiça negocial, originário do modelo processual norte-americano, apresenta compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se, ainda, analisar pontos específicos da legislação que confere ao Ministério Público atribuição para oferecer os benefícios da colaboração premiada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a compatibilidade do modelo de justiça negocial norte-americano e o sistema processual brasileiro, trazendo as diversas correntes doutrinárias a respeito do tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a respeito da prevalência do princípio da obrigatoriedade da ação penal frente a regra legal de possibilidade de desistência do oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

O terceiro capítulo demonstra a omissão legal de critérios para o oferecimento dos benefícios previstos em lei, bem como a falta de previsão legal de cláusulas acessórias ao acordo de colaboração premiada. Procura-se demonstrar de que forma a jurisprudência dos tribunais superiores tem se comportado frente as referidas omissões.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. COMPATIBILIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COM O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O modelo de justiça negocial, e em especial o que se refere ao instituto da colaboração premiada, tem origem estrangeira em países como Itália, Alemanha e Estados Unidos.

Na Itália, a colaboração premiada foi instituída na década de 70 e tinha como escopo combater atos de terrorismo. Contudo, foi com a *operazione mani pulite*¹ que o instituto ganhou destaque no ordenamento jurídico italiano. Desde então esse conteúdo passou a ser contemplado no Código Penal Italiano e em algumas outras legislações, como, por exemplo, a Lei nº 82 de 15 de março de 1991².

De acordo com a legislação italiana a colaboração premiada pode ser aplicada nos crimes praticados em concurso de agentes envolvendo organizações criminosas, em que, caso haja arrependimento de algum integrante é permitida a celebração de um acordo com a finalidade de impedir que crimes conexos se materializem ou, ainda, a confissão do colaborador. Entre os benefícios oriundos desse acordo podemos citar a diminuição especial de um terço da pena que for fixada na sentença condenatória, ou da substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de 15 a 21 anos³.

A colaboração premiada no modelo alemão, da mesma maneira, prevê redução ou até mesmo não aplicação da pena para aquele agente que voluntariamente denuncie ou impeça a prática de um crime por organizações criminosas. A peculiaridade da aplicação desse instituto é a discricionariedade dado ao Juiz, pois é ele quem decide pela aplicação do benefício, que pode ser concedida ainda que o resultado não tenha se materializado por circunstâncias alheias a vontade do agente⁴.

No sistema Norte Americano, a colaboração premiada tem como fundamento de validade a eficiência do Estado no combate a criminalidade, de forma que o instituto foi elaborado com o escopo de apresentar resultados práticos à sociedade. Neste modelo, conhecido como *plea bargaining*, o representante do Ministério Público preside a coleta de provas no inquérito policial e faz a acusação perante o judiciário. Quando surge a

¹Operação “Mãos Limpas”, objetivando a repressão a práticas de corrupção governamental.

²SILVA, Erick Rodrigues; DIAS, Pamela Rodrigues. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³Ibid.

⁴Ibid.

possibilidade de acordo com o acusado, o Ministério Público tem total autonomia para negociar e decidir pelo prosseguimento ou não da acusação⁵.

Da breve exposição acerca da origem da colaboração premiada e a forma como ela se aplica naqueles ordenamentos jurídicos é possível inferir que existe uma razão de ser que justifica a aplicação e a criação desse instituto ao redor do mundo. Vinicius Gomes de Vasconcelos⁶, em sua obra *Barganha e Justiça Criminal Negocial*, aponta os anseios que trouxeram a tona a colaboração premiada:

Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal,¹ fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial,² essencialmente representada pelo instituto da barganha.

A colaboração premiada no Brasil, embora seja encarada por muitos como um instituto recente, encontra raízes no século XVII na vigência das ordenações Filipinas, conforme aponta os estudos de Gustavo dos Reis Gazzola⁷. Ainda segundo o autor, estava previsto no ordenamento jurídico a concessão de benesses legais aos malfeitores que prestassem informações às autoridades públicas permitindo a prisão de outrem.

Contudo, somente na década de 1990 é que podemos visualizar a recepção formal da colaboração premiada pelo Direito Penal brasileiro, por meio da Lei nº 8.072/90⁸, conhecida como Lei dos crimes hediondos, especialmente no seu art. 8º, parágrafo único, dispondo que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento terá pena reduzida de um a dois terços”⁹. O referido dispositivo aplica-se tão somente nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados praticados em associação criminosa, o que demonstra um âmbito de incidência do instituto ainda muito restrito.

⁵Ibid.

⁶VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2014. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p; 358.

⁷GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação Premiada*. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009, p. 148.

⁸SILVA, op. cit.

⁹BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

A colaboração premiada, com forte influência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, ganhou destaque na legislação penal e processual penal e amplitude com o advento da Lei nº 12.850/13, conhecida como Lei das Organizações Criminosas¹⁰

A aplicação do instituto ainda gera controvérsias, dividindo-se a doutrina e jurisprudência de direito penal no que concerne a validade desse instituto. Podemos dizer que o instituto da colaboração premiada representa uma ferramenta no combate ao crime, sobretudo a criminalidade organizada, e que ganhou especial destaque com a deflagração da Operação Lava-Jato, mas que vem sofrendo críticas no que diz respeito a preservação de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988¹¹.

Na visão de Vinicius Gomes de Vasconcelos¹² é possível elencar duas perspectivas críticas para o questionamento dos mecanismos negociais, são elas:

1) problemáticas envolvendo a fragilização do ideal de justiça almejado pelo sistema criminal ou a relativização de uma pretensa busca pela verdade no processo; e, 2) a violação de direitos e garantias fundamentais do acusado e a distorção da essência do processo como limitador do poder punitivo¹³. A primeira delas se pauta essencialmente pelo rechaço à diminuição da sanção penal a ser imposta ao acusado, a qual seria excessivamente benevolente sem motivação idônea para tanto, ou seja, haveria uma injustiça que acarretaria, inclusive, a subversão da função de prevenção geral do Direito Penal. Além disso, ainda conforme tal postura, haveria uma inadmissível violação do princípio da verdade real, supostamente apontado como fundamental ao processo penal.

Parte da doutrina defende a descompatibilização da colaboração premiada com o ordenamento constitucional e aponta para uma possível violação ao direito de não autoincriminação¹⁴. Para Vasconcelos¹⁵, a incompatibilidade fundamenta-se, em especial em razão da coação inerente à proposta de barganha. Seria, portanto, na visão de Alberto Bovino¹⁶ um mecanismo construído não para ser utilizado nos casos em que o réu, espontaneamente confessa, mas sim para gerar réus confessos.

¹⁰NETO, Oswaldo Luiz Gomes. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/OswaldoLuizGomesNeto.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹¹Ibid.

¹²VASCONCELLOS, op. cit, p.358.

¹³ BIBAS, Stephanos. *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*. Cornell Law Review. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/e3e9/f72a592e292577e63df01dc9a03e6b8e34ab.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁴ Sobre o tema ver: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. e LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵ VASCONCELLOS, op. cit.

¹⁶BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Contudo, a despeito das críticas, não se pode olvidar de que existe uma tendência internacional de expansão dos espaços de consenso e, também convergência entre os modelos adotados¹⁷. Além disso, devemos esclarecer que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não há que se falar em qualquer divergência sobre a aplicabilidade do instituto.

A referida corte constitucional já se manifestou algumas vezes sobre o tema. É possível extrair do precedente formulado no Habeas Corpus nº127.483/PR¹⁸ de relatoria do Ministro Dias Toffoli que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação advinda de um negócio jurídico processual que o qualifica como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova. Dessa maneira o tribunal acaba por refutar a tese anteriormente apresentada de que a colaboração seria incompatível com o princípio da não autoincriminação.

Para os autores Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio de Almeida Delmanto¹⁹, na obra *Leis Penais Especiais Comentadas*, a Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada:

[...] traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se condenação com fundamento exclusivo em delação, ao procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia.²⁰

Ainda destacando o posicionamento pacificado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na defesa da compatibilidade da colaboração premiada com o ordenamento jurídico brasileiro devemos destacar o voto do Ministro Celso de Melo na questão de ordem na petição 7.074²¹:

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal(...). Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo,

¹⁷VASCONCELLOS, op. cit. p. 358.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127.483. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311942485/HC-127483-Toffoli-pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

¹⁹DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.1003-1051.

²⁰Ibid.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013.

Vale mencionar quanto à natureza do ato de homologação que o juiz competente efetua avaliação que lhe permite promover o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais²². Dessa maneira, a supervisão judicial das cláusulas do acordo de colaboração premiada destina-se, precisamente, a impedir que se ajustem, no pacto negocial, cláusulas abusivas, ilegais ou desconformes ao ordenamento jurídico.

Portanto, em que pese o posicionamento de parte relevante da doutrina entendemos que a compatibilidade da colaboração premiada com o ordenamento jurídico já está pacificada e amplamente fundamentada por parcela da doutrina e de forma unânime pelo Supremo Tribunal Federal.

2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E A CLÁUSULA DE NÃO DENÚNCIA PRESENTE NA LEI Nº 12850 DE 2013.

Na sistemática brasileira, a regra é que as ações penais sejam de iniciativa pública incondicionada, o que quer dizer que a legitimidade ativa para propor a ação penal, na maioria dos casos previstos, é do Ministério Público.

A ação penal de iniciativa pública segue uma sistemática processual de regras e princípios próprios, que a distingue das outras modalidades de ações penais, que não serão discutidas no presente trabalho.

De acordo com o que ensina a doutrina de Aury Lopes Júnior²³, encampada por outros juristas de igual renome²⁴, a ação penal de iniciativa pública apresenta três princípios norteadores a saber: oficialidade; obrigatoriedade e indisponibilidade.

Por força de expresse mandamento constitucional, com previsão no artigo 129 inciso I da carta magna, o princípio da oficialidade atribui aos membros do órgão ministerial, tanto em nível estadual quanto federal, a competência exclusiva para exercer persecução penal, que se materializa por meio da denúncia.

²²GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues; DELMANTO. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Bahia: JusPODIVM, 2015, p.322..

²³LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.201-206.

²⁴RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.192-194 e COUTINHO, Jacinto. *A Natureza Cautelar da Decisão de Arquivamento do Inquérito Policial*. *Revista Processo*, n. 70, p.51 e JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016, p.99.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público tem o dever de oferecer denúncia sempre que estiverem presentes as condições da ação, assim elencadas por Aury Lopes Júnior²⁵ como “prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa”.

Sobre o tema, de acordo com a doutrina de Eugênio Pacceli²⁶:

Estar obrigado à promoção da ação penal não significa dizer que não reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

Caso entenda que as condições não estão presentes o parquet poderá postular o arquivamento do inquérito, sendo certo que a decisão final sobre o arquivamento precisa passar pelo controle judicial do juiz natural da causa, conforme preceitua o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Em nosso sistema, portanto, o dever de agir atribuído ao Ministério Público pode gerar três situações diferentes. A primeira, uma vez presentes as condições da ação a denúncia deve ser formulada. O segundo cenário é a possibilidade do *parquet* pedir diligências complementares, nos termos do artigo 16 do Código de Processo Penal. Em terceiro lugar, caso não se verifiquem presentes as condições para a regular propositura da ação penal deve o promotor promover o arquivamento.

Analisando as possibilidades legais dadas ao Ministério Público esbarramos no terceiro cenário, o arquivamento do inquérito. De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal é possível observar, em especial da leitura do artigo 28 do referido diploma, que circunda o processo de arquivamento um controle jurisdicional que extrapola o poder do promotor de justiça.

Isso porque, o arquivamento depende da concordância do Juiz e, em última análise do Procurador- Geral, que dá a palavra final entre o arquivamento ou a redistribuição do inquérito a outro promotor para analisar o caso.

Leonardo Leal Peret Antunes²⁷ aponta que antes da Lei nº 9.099 de 1995 o membro do Ministério Público não tinha opção, ou seja, ocorrendo uma infração penal e havendo

²⁵LOPES JR, op. cit, p. 205.

²⁶PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.

indícios suficientes de autoria e prova da materialidade a propositura da ação penal pública era obrigatória²⁸. Com a publicação da referida lei o princípio da obrigatoriedade foi mitigado, em razão da previsão legal do instituto da transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo.

Contudo, ainda segundo análise trazida por Leonardo Leal Peret Antunes²⁹, a oferta da transação penal e a proposta de suspensão condicional do processo não são absolutamente discricionárias. O membro do Ministério Público ao optar pela aplicação dos benefícios deve respeitar os critérios legais estabelecidos.

Dessa maneira a sistemática processual penal nos mostra que existe um limite claro ao poder acusador do estado, que se cristaliza na clara tentativa do legislador de impedir que a decisão final sobre acusar ou não se restrinja a apenas um dos atores estatais do processo penal.

Certo é que, a obrigatoriedade é um princípio da ação penal que não se encontra expressamente consagrada no ordenamento jurídico, sendo portanto, fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial como ensina Jacinto Coutinho³⁰. Para o autor o princípio da obrigatoriedade tem condão de proteger a independência funcional dos membros do Ministério Público “mormente contra ingerências estranhas, mormente de natureza política”³¹.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal³², o princípio da indisponibilidade tem o condão de conferir densidade ao princípio da obrigatoriedade, uma vez que iniciado o processo o promotor não pode dispor da ação penal nem mesmo do recurso interposto, conforme expressa previsão do artigo 42 e 576 do Código de Processo Penal, respectivamente.

Nessa dimensão, passaremos a analisar a incidência da regra prevista no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei nº 12850/2013³³. Trata-se, de regra que expressamente cria uma exceção ao princípio da obrigatoriedade dando ao Ministério Público a possibilidade de não oferecer

²⁷ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Blefe nos acordos de delação premiada: pode o MP barganhar com o que não tem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/leonardo-antunes-mp-barganhar-nao>>. Acesso em: 12 jul. 2018

²⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 120.

²⁹ANTUNES, op. cit.

³⁰COUTINHO, op. cit, p. 99.

³¹Ibid.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal nº 905*:Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543227>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³³BRASIL. *Lei nº 12850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018

a denúncia como forma de beneficiar o colaborador, contanto que ele não seja o líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar a colaboração.

Essa regra, portanto, apresenta um choque entre as novas tendências do direito penal, que se curva as possibilidades de negociação e eficiência na resposta acusatória, e os princípios e regras que regem todo o ordenamento jurídico processual penal até então.

Da análise trazida, é possível compreender que a regra mencionada no artigo 4º, parágrafo 4º da lei de organizações criminosas extrapola a mitigação outrora encampada pela lei 9099/95. Sendo certo que a própria Constituição Federal estabeleceu uma única exceção ao princípio da obrigatoriedade conforme exposto no artigo 98, inciso I, da magna carta.

Nesse sentido a interpretação trazida por Leonardo Leal Peret Antunes³⁴ segundo a qual, “ao utilizar o artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 12.850/2013, o Ministério Público barganha com uma faculdade que jamais possuiu, qual seja, a de não apresentar denúncia”, é pertinente ao tema do presente estudo.

Não se pode aceitar, portanto, que o órgão acusador transacione dispondo de um dever que lhe é explicitamente imposto na Carta Magna. A não observância do princípio da obrigatoriedade, segundo Antunes³⁵, torna a cláusula de não denúncia nula.

3. INEXISTÊNCIA DE PARAMETROS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Não se desconhece que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013, vem sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal³⁶ como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova.

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal brasileiro, criando novas possibilidades jurídicas de concretizar um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de

³⁴ANTUNES, op. cit.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº127.483/PR. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018

consenso³⁷. A adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal é uma tendência moderna que se impõe.

Dos demais aspectos já tratados a respeito do instituto da colaboração premiada no presente trabalho, resta destrinchar o que entendemos pelo aspecto mais polêmico do instituto. Trata-se do exame de parâmetros legais que auxiliem o Ministério Público a oferecer os benefícios previstos da Lei nº 12.850/2013.

O artigo 4º³⁸ do referido diploma legal estabelece os benefícios que podem ser aplicados, tais como: “concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal”.

A lei, nos incisos do referido artigo 4º³⁹, condiciona a aplicação desses benefícios a certos requisitos, tais como:

- 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.

Mostra-se relevante assinalar, de outro lado, que cabe ao poder Judiciário examinar o acordo de colaboração premiada, devendo sob a tríplice perspectiva de sua voluntariedade, regularidade e legalidade⁴⁰, conforme artigo 4º, parágrafo 7º da Lei nº 12.850/2013⁴¹ proceder à homologação de referido pacto negocial.

Na realidade, o juiz, em instância homologatória, realiza a avaliação promovendo, segundo Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva “o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais”⁴²

³⁷BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.115/117.

³⁸BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de ordem nº7.074*:. Relator: Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018

⁴¹BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018

⁴²GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.322.

Há, portanto, efetivo controle jurisdicional sobre a legalidade das cláusulas estipuladas no acordo de colaboração premiada, cuja homologação, caso alguma dessas cláusulas mostre-se ilegal, deverá, então, ser recusada pelo juiz competente.

Dessa forma a concessão dos benefícios estará sempre condicionada à eficácia da cooperação do agente colaborador. É necessário, portanto, que o juiz examine se o colaborador cumpriu todas as obrigações ajustadas. Do contrário, não terá acesso aos benefícios objeto do acordo de colaboração.

De acordo com a doutrina de Renato Brasileiro⁴³:

[...]. Não basta a mera confissão acerca da prática delituosa. Em um crime de associação criminosa, por exemplo, a confissão do acusado deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa. Por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador (...). Comprovada a eficácia objetiva das informações prestadas pelo agente, a aplicação do prêmio legal inerente à respectiva colaboração premiada é medida que se impõe.

Há, portanto, uma vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, devendo conferir ao colaborador o benefício ajustado quando a colaboração tiver sido efetiva⁴⁴.

A justiça negociada, nos moldes da Lei de Organizações Criminosas, portanto, confere as partes as questões referentes ao acordo de colaboração premiada, restringindo-se o juiz ao papel de fiscal da legalidade e da voluntariedade do acordo⁴⁵.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho desenvolvido, tornou-se possível compreender o instituto da colaboração premiada, bem como sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente. Logo no primeiro capítulo colocamos em discussão o instituto e concluímos que ele se alinha, sob a perspectiva de sua constitucionalidade, com as leis e regras vigentes no processo penal.

No segundo capítulo foi apresentada importante questão relacionada à colaboração premiada que é a validade da cláusula de não denúncia. Fizemos um pequeno apanhado pela estrutura da legislação e do processo penal e concluímos que, embora não haja

⁴³BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.734/736.

⁴⁴MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p.182/184.

⁴⁵BRASIL. Lei nº 12850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

pronunciamento oficial do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, a legalidade dessa cláusula está comprometida.

Isso porque, não cabe ao órgão acusador transacionar abrindo mão de um dever que lhe é explicitamente imposto na Carta Magna, qual seja, o da obrigatoriedade da denúncia.

O terceiro capítulo, por sua vez, apontou para importante omissão legislativa, pertinente aos parâmetros legais para a concessão dos benefícios do acordo. Isso porque, a despeito da lei ter trazido um rol de benefícios e condições para concessão desses benefícios existe uma margem extremamente discricionária para que os benefícios sejam distribuídos.

Nesse sentido, a importância da colaboração premiada no cenário investigativo de resolução de crimes complexos. Entendemos que ela chega ao Brasil para modernizar o processo penal e alinhar nosso sistema a uma tendência mundial que tem como bandeira a eficiência na resposta penal.

Contudo, a análise de alguns aspectos internos da colaboração premiada nos trazem a necessidade de ponderar sua defesa. Inegável é sua compatibilidade e necessidade, entretanto, a margem de discricionariedade dada ao Ministério Público e, por vezes, ao Delegado de Polícia nos alarma.

Tais ponderações levam a crer que a lei vai precisar passar por ajustes para se adequar, em primeiro lugar para adequar a legalidade da cláusula de não denúncia, que como defendemos não se compatibiliza com os princípios constitucionais do processo penal e, em segundo lugar, para criar parâmetros objetivos que permitam evitar eventuais distorções entre a distribuição dos benefícios.

O limite do poder de barganha do estado deve ser o de desvendar crimes e desbaratar organizações criminosas complexas, mas não pode servir de agrado nem castigo aos delatores. Para nós, a ausência de critérios objetivos nos empurra para um campo discricionário muito perigoso que, em última análise, vai de encontro com o próprio princípio da legalidade, base do direito penal brasileiro.

Diante do exposto, esperamos com as reflexões apresentadas no presente estudo reconhecer que apesar da importância do instituto da colaboração premiada em nosso ordenamento, a lei de organizações criminosas carece de reparos e mecanismos que oportunizem critérios mais objetivos.

Dessa forma, revogada a cláusula de não denúncia e criados critérios legais para a concessão dos benefícios, haverá uma compatibilização mais equânime a partir da observância das condições necessárias para assegurar que o devido processo legal seja integralmente respeitado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *Blefe nos acordos de delação premiada: pode o MP barganhar com o que não tem?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-05/leonardo-antunes-mp-barganhar-nao>>. Acesso em: 12 jul. 2018

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012.

BIBAS, Stephanos. *Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas*. Cornell Law Review. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/e3e9/f72a592e292577e63df01dc9a03e6b8e34ab.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BITENCOURT, Roberto Cezar; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOVINO, Alberto. *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Disponível em: <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Penal 905*: Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10543227>>. Acesso em: 12 jul.

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018

Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/311942485/HC-127483-Toffoli-pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição 7.074*: Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação Premiada*. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.); TAQUES, Pedro (Coord.); GOMES, Luiz Flávio Gomes (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues; DELMANTO. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Bahia: JusPODIVM, 2015.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

NETO, Oswaldo Luiz Gomes. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/OswaldoLuizGomesNeto.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018

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

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

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIMENTEL, Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. 191 f. Dissertação (Mestre em Processo Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Afrânio. *Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/acordo-de-cooperacao-premiada/>>. Acesso em: 20 mar. 2018

SILVA, Erick Rodrigues; DIAS, Pamella Rodrigues. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SOBREIRO, Rafael Soccol. *A prova obtida com colaboração premiada: meio de impugnação de prova no âmbito do combate às organizações criminosas*. In: WENDT, Emerson (Org.); LOPES, Fábio Motta (Org.). *Investigação criminal: provas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. 2014. 358. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.