



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL NESTE
MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Thaynara da Conceição de Souza

Rio de Janeiro

2018

THAYNARA DA CONCEIÇÃO DE SOUZA

COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL NESTE
MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

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

COLABORAÇÃO PREMIADA: OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL NESTE MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Thaynara da Conceição de Souza

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – o elevado índice de criminalidade atual vem forçando o Estado a repensar suas políticas criminais com o fim de recuperar o controle da pacificação social sem deixar de lado as orientações norteadoras extraídas dos direitos fundamentais, corolário da dignidade da pessoa humana e fundamento da República Federativa do Brasil. Cada vez mais se percebe a necessidade da cooperação processual das partes para formação de um processo justo, democrático e eficaz na luta das instituições contra as arbitrariedades e corrupções que assolam o país. O instituto da colaboração premiada surgiu nesse cenário como um meio de obtenção de provas com a finalidade de dismantelar crimes e organizações criminosas complexas que vem levando a sociedade às ruínas. A essência deste trabalho é demonstrar, com argumentos sólidos, a indiscutível adequação do referido instituto da colaboração premiada com os anseios sociais e o seu enquadramento em todo ordenamento jurídico pátrio vigente, sem que se precise abandonar a tutela do homem como sujeito de direitos e o seu lugar em um estado democrático, livre e, acima de tudo, de direito, que impõe uma atuação estatal limitada e estrita à legalidade.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Colaboração Premiada. Limites.

Sumário – Introdução. 1. Constitucionalidade da colaboração premiada como meio de prova no processo criminal e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. 2. A prisão do colaborador como modo coerção estatal e a exigência de voluntariedade deste para a celebração do acordo de colaboração premiada. 3. A indisponibilidade da ação penal e os limites da atuação do Ministério Público na colaboração premiada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a contribuição da colaboração premiada na persecução criminal como meio de prova e os limites estatais no seu desenvolvimento à luz das normas fundamentais protetivas da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o artigo se baseia em artigos, posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de sorte a discutir a eficácia da colaboração premiada como mecanismo de combate ao aumento da criminalidade, especialmente no âmbito de organizações criminosas, que amedronta a vida em sociedade e a sua utilização como meio de obtenção de prova em investigações criminais e processos judiciais, à luz das normas protetivas da dignidade da pessoa humana como vetor limitador da atuação estatal na elaboração de acordos com fulcro nos princípios da legalidade e interesse social.

O tema é controvertido tanto na doutrina acerca do assunto quanto na jurisprudência e merece muita atenção, dada a possibilidade de relativização de normas que são consideradas como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal.

Pretende-se discutir a constitucionalidade dos acordos de colaboração premiada e sua eficácia, e a imperiosa necessidade de maior regulamentação dos limites da atuação estatal na elaboração dos acordos e no ato de sua homologação tendo por fundamento o fato de que esse instituto está inserido em um Estado Democrático de Direito que se submete, dentre outros, ao princípio da legalidade e supremacia do interesse público.

O primeiro capítulo se inicia com a ponderação de normas constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana no processo criminal e a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada como meio de prova no processo criminal sob o prisma do livre arbítrio do colaborador na disposição de alguns direitos fundamentais envolvidos, desde que em seu favor, e o inegável êxito deste modelo de justiça negocial no desmantelamento de organizações criminosas.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise da ausência ou não de voluntariedade na manifestação de vontade do colaborador no caso de agentes presos que realizam o acordo de colaboração premiada e a capacidade de caracterizar coerção estatal que vicia o ato de sorte a impedir a sua homologação e a produção de efeitos.

O terceiro capítulo analisa a indisponibilidade da ação penal pública e a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, desde que observados os requisitos legais, de modo a defender maior autonomia da instituição na concessão de benefícios na elaboração do acordo de colaboração premiada à luz da supremacia do interesse público.

A pesquisa é desenvolvida com uma abordagem qualitativa de sorte que a pesquisadora se vale da bibliografia pertinente ao tema em questão – analisada e fichada em fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina, artigos e jurisprudência) – para apoiar e corroborar sua tese.

1. CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CRIMINAL E A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colaboração premiada, instituto corolário da justiça criminal negocial previsto na Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), no art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei de Drogas), na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), na Lei nº 9.613/98 (Lei

de Lavagem de Dinheiro), e outros, ganhou especial relevância no ordenamento jurídico nacional diante do atual cenário de crise econômica e social que assola o país, principalmente com o crescimento desenfreado dos índices de criminalidade, criando margens de consenso entre as partes na investigação e na persecução penal em prol da produção de provas necessárias à elucidação dos fatos, à formação de justa causa, à recuperação de vítimas com a sua integridade preservada e de bens que são produtos dos delitos, entre outros.

Trata-se, em síntese, de um meio de obtenção de prova na condução de procedimentos criminais que vem sendo aplicado na persecução penal de crimes econômicos formalizado por meio de um acordo estabelecido entre o delegado de polícia e o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público e investigado ou acusado e seu defensor. Posteriormente, o acordo de colaboração deve ser remetido ao juiz que o homologará apenas para verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade.¹

Segundo o Ministro Dias Toffoli²

[...] 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.

Ocorre que, a despeito de se revelar como um suporte à eficácia do processo criminal e à efetivação da lei penal, o referido instituto tem sido alvo de duras críticas doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no tocante ao aspecto de eventual criação de barganha de direitos fundamentais que são, em um primeiro momento, indisponíveis, o que, para alguns, significaria flagrante inconstitucionalidade por violação ao Estado de Direito que se baseia no neoconstitucionalismo.

O cerne da discussão está na ponderação entre a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana e a supremacia do interesse público, este revelado como vetor orientador máximo da atuação do Estado.

¹GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista#author>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127483*. Relator: Ministro Dias Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Segundo Santos³, nos termos do artigo 5º da CRFB/88, a função precípua do Direito Penal é a de proteger os bens jurídicos valiosos elencados, não podendo o Estado violar frontalmente valores importantes que se dispõe a garantir. Neste sentido, não haveria coerência na previsão do acordo de colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro haja vista que ao Estado é dada a qualidade de garantidor dos bens jurídicos mais relevantes socialmente ao mesmo tempo em que outorgaria às autoridades um mecanismo de caráter antiético que fomenta a traição, o individualismo, a imoralidade e a desconfiança.

Damásio de Jesus⁴ enxerga a previsão normativa do instituto como algo que revela um absurdo ético sob fundamento de que se por um lado representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro traduz-se num incentivo legal à traição. Sustenta, ainda, que a colaboração premiada não pode se tornar um fim em si mesma de sorte que as autoridades envolvidas devem buscar outros meios probatórios que confirmem a declaração aposta no acordo. Disto se extrai que a colaboração premiada deve ser interpretada como um meio de obtenção de prova e não como fonte de prova.

Todavia, não obstante as posições jurídicas acima expostas, a maioria da doutrina e da jurisprudência corretamente enxerga o instituto em comento como um mecanismo eficaz, adequado, útil e convergente com todo o ordenamento jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito que prevê a liberdade e isonomia como valores basilares da sociedade, a legitimação da atuação estatal se extrai da mínima interferência das autoridades nas relações sociais e da completa ausência de arbitrariedades na imposição do cumprimento das normas. Neste diapasão está a colaboração premiada que, por um comando normativo, cria a possibilidade de o agente, de forma voluntária e consciente, fazer escolhas que, se não os evitarem, reduzem consideravelmente os efeitos sancionatórios de uma sentença penal condenatória e, por conseguinte, contribui para a eficácia da atuação estatal na repressão da criminalidade, reforçando a força impositiva da norma penal perante a sociedade em homenagem ao caráter preventivo geral da pena.

A colaboração premiada é um meio idôneo e constitucionalmente legítimo de produção de provas no processo penal à medida que o indivíduo, fazendo uso de sua autodeterminação, opta por cooperar com as autoridades, sem qualquer ato de coação externa, abuso ou qualquer outro que atente contra os seus direitos fundamentais, em troca de

³SANTOS apud MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. *A Aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (lei 12.850/13)*. 2014. 21f. Trabalho de conclusão de curso (Pós-graduação lato sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

⁴JESUS, Damásio de. *O estágio atual da delação premiada no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/7551/1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

benesses, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/88, no que tange à proteção da liberdade individual e do livre arbítrio. Insta assinalar ainda que o acordo formulado pelas partes deverá ser escrito e assinado por eles e pelo defensor do agente investigado/acusado, sendo, posteriormente, submetido a um juízo de admissão e homologação pelo órgão jurisdicional, o que reforça a tutela efetiva dos direitos inerentes ao colaborador e viabiliza maior controle sobre a legalidade do ato, consolidando a dignidade do indivíduo. Neste ponto, sustenta Costa⁵ que:

[...] O criminoso não é obrigado a negociar. É um ato de iniciativa pessoal dele. As leis que tratam do favor premial colocam essa característica indispensável para que a delação seja premiada: a voluntariedade e/ou espontaneidade do agente (...) Mesmo sugerido por terceiros, respeita-se a liberdade de escolha do indivíduo e a decisão última é dele. Em se delatando, receberá se prêmio, se tornar efetivo Jus Persequendi do Estado. [...]

A alegação de que a colaboração premiada significaria uma violação ao princípio da proporcionalidade, sob fundamento de que resultaria em uma aplicação diferente da pena para agentes que atuaram no mesmo crime, nas mesmas condições e circunstâncias e empregando os mesmos meios também não merece prevalecer haja vista que, em homenagem ao também fundamental direito à individualização da pena, a reprimenda penal deve ser aplicada levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e suas conseqüências danosas à sociedade. Logo, tendo em vista que aquele que colabora age de modo a atenuar os prejuízos sofridos pela sociedade e a atender o desejo social de repressão à criminalidade, este merece ser apenado de forma distinta e menos gravosa levando em conta suas circunstâncias pessoais.

No que toca à suposta violação do direito ao silêncio e da vedação à sujeição do indivíduo à autoincriminação, ainda assim não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto uma vez que, como já dito anteriormente, este se reveste de voluntariedade e só deverá ser considerado apto a exercer influência sobre o livre convencimento do juízo caso estejam presentes todos os requisitos legais, dentre os quais está a livre manifestação de vontade sem qualquer mácula que vicie o negócio jurídico, caracterizando, portanto, o uso pleno do livre arbítrio oriundo da liberdade garantida como preceito fundamental.

Neste sentido, cabe ressaltar, ainda, que o direito fundamental à ampla defesa abrange também a autodefesa, o que significa dizer que o indivíduo poderá, por autorização constitucional, se utilizar dos meios que mais lhe aprouver para alcançar a melhor situação jurídica que lhe for possível. Portanto, caso o indivíduo, de forma voluntária e no exercício do

⁵COSTA apud MENDONÇA, op. cit., nota 3.

seu direito de defesa, resolva cooperar com a persecução penal em troca de benefícios legais está realizando o direito à preservação da sua dignidade humana em seu aspecto mais sublime.

Posto isso, a colaboração premiada, além de representar eficaz manifestação da materialização da dignidade da pessoa humana, ainda eleva o interesse público ao seu real e constitucional status de norte da atuação estatal. O instituto torna viável uma resposta efetiva aos anseios sociais pela redução da criminalidade tendo em vista a criatividade e sofisticação que os criminosos têm empregado em suas ações delituosas e nos meios de garantir a impunidade destas. Em última análise, a colaboração premiada ainda cria mecanismos de proteção e defesa da manutenção da integridade das instituições, da higidez do pacto federativo, da soberania do Estado e da própria força normativa da Constituição Federal, o que demonstra total convergência do estudado instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. A PRISÃO DO COLABORADOR COMO MODO DE COERÇÃO ESTATAL E A EXIGÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DESTE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O fato de o colaborador estar preso no momento em que firma o acordo de colaboração premiada tem sido alvo de muitas críticas por estudiosos que colocam em questionamento a sua higidez, especialmente no que tange aos motivos que levaram o agente colaborador a firmá-lo. O principal argumento utilizado por eles é que o cerceamento da liberdade do agente pela prisão caracteriza uma ausência de voluntariedade na manifestação deste, o que eivaria o Termo de Colaboração de ilegalidade, já que os dispositivos legais que o prevêm exigem a presença dos pressupostos de voluntariedade e espontaneidade para que o acordo seja válido e as declarações nele constantes sejam utilizadas na persecução criminal.

Não há dúvidas de que a decretação da prisão com o fim único e exclusivo de coagir o agente a firmar um acordo de colaboração premiada é ilegal, seja porque não preenche os pressupostos autorizadores da prisão preventiva dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal⁶, seja porque não atende aos princípios norteadores do ordenamento jurídico penal, mais especificamente a determinação da prisão como *ultima ratio* nos procedimentos criminais.

⁶BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

Todavia, uma vez caracterizada como legal a prisão, considerá-la um óbice à disponibilidade do agente de realizar um negócio jurídico que acarretaria em benesses para ele, podendo, inclusive, acarretar em uma ausência de denúncia ou um perdão judicial, medidas extremas a depender da fase em que se encontra a persecução penal, nos termos do artigo 4º, caput e parágrafo 4º, da Lei nº 12850/13⁷, significaria, em última análise, uma limitação ao exercício da ampla defesa pelo agente, o que é expressamente vedado pela Carta Magna.

É imperioso destacar que o parágrafo 7º do artigo 4º da Lei nº 12850/13⁸ dispor acerca da remessa do Termo de Acordo de Colaboração Premiada ao juiz para homologação, determina que este deverá verificar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, e, a fim de resguardar ainda mais a higidez das manifestações do colaborador e a garantia de inviolabilidade de seus direitos fundamentais perquirindo a voluntariedade de suas declarações, o normativo dispõe, por fim, que o juiz poderá sigilosamente ouvir o colaborador na presença de seu defensor. Daí se extrai que a legislação mais robusta aplicável ao tema, em consonância com o texto do artigo 41 da Lei nº 11343/06⁹ e com o artigo 14 da Lei nº 9807/99¹⁰, exige tão somente a presença do requisito da voluntariedade na celebração do acordo, a despeito de outros diplomas legais que tratam dessa cooperação fazerem menção à espontaneidade, tais qual, o parágrafo 5º do artigo 1º da Lei nº 9613/98¹¹. Entretanto, ainda nesses casos de expressa menção ao termo espontaneidade, uma vez realizada uma interpretação sistemática e teleológica da lei dentro de todo o ordenamento jurídico no qual ela se insere e dos fins por ela pretendidos, mais razoável seria a interpretação do dispositivo no sentido de que a intenção do legislador era de atribuir-lhe o significado dado ao termo voluntariedade.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que espontâneo é o ato cuja motivação é interna ao agente, isto é, não há estímulo nem sugestão externa, mas a vontade decorrente de fatores intrínsecos àquele que age desse modo. Já voluntário, por sua vez, é o ato possivelmente (mas não necessariamente) derivado de provocação, estímulo, sugestão, enfim, de fator externo a

⁷BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. *Lei nº 11343*, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/112343.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 9807*, de 13 de Julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹¹BRASIL. *Lei nº 9613*, de 03 de Março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

deflagrar a vontade do agente.¹² Assim, temos que a mera prisão do agente, desde que preenchidos os pressupostos autorizadores legais e não sendo a colaboração o seu fim, por si só, não pode ser considerada uma coerção ilegal praticada pelo Estado de sorte a retirar, do acordo, a voluntariedade exigida pela norma e inviabilizar que o agente, no exercício de seus direitos fundamentais e adequadamente informado acerca das conseqüências de suas manifestações, possa optar por aderir a um modelo de justiça negocial que lhe trará grandes benefícios, mesmo porque isso se insere no âmbito de liberdade do agente de busca de melhores condições para si.

Consoante o Ministro Dias Toffoli¹³

[...] Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a “liberdade” de que se trata seria psíquica e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. [...]

Reconhece-se que o agente, investigado ou acusado, tem garantido o direito ao silêncio, nos termos do artigo 5º, LXIII da Constituição Federal¹⁴, e o direito a não se auto-incriminar, corolário do princípio do *nemo tenetur se detegere*, e estes jamais devem ser confrontados pelo uso da força, coerção ou intimidação, não havendo ressalva a este direito no ordenamento jurídico que preveja a utilização da ameaça de prisão para relativizá-lo. Aliás, este proceder não é amena questão moral – é tortura.¹⁵ Por essa razão, o que se defende com a sustentação de legalidade da colaboração premiada, mesmo nos casos de colaborador preso, é que, muito embora este tenha se manifestado favorável a celebração do acordo por se ver envolvido em um cenário de cerceamento de liberdade ambulatorial, somente a realização da prisão dissociada de qualquer elemento que indique abuso de autoridade não é suficiente para macular o Termo de Acordo, já que, no caso de entendimento contrário, estar-se-ia

¹²ANDREATO, Danilo. *Colaboração premiada: Ato “espontâneo” ou “voluntário” do colaborador*. Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4620>.

Acesso em: 08 set. 2018.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 127483*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+NA+COLABORACAO+PREMIADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y9mqgwu4>. Acesso em: 10 set. 2018.

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁵GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo, op. cit., nota 1.

procedendo a uma presunção de ilegalidade dos atos dos agentes públicos envolvidos na sua celebração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

3. A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública determina que o representante do Ministério Público, uma vez constatada a prova de materialidade de um crime e indícios suficientes de autoria que corroboram a existência de justa causa, ao receber o inquérito policial ou outro procedimento, estará obrigado a oferecer denúncia, sem que se faça qualquer juízo de conveniência e oportunidade. O artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁶ reforça essa tese ao dispor que o juiz, não se convencendo das razões invocadas pelo Ministério Público no pedido de arquivamento do inquérito policial em vez do oferecimento de denúncia, poderá fazer remessa dos autos de inquérito ou das peças de informação ao procurador-geral para que este ofereça a denúncia, designe outro órgão do Ministério Público para fazê-lo ou, ainda, insista no pedido de arquivamento, hipótese esta na qual só então estará o juiz obrigado a atender, dada a titularidade da ação penal pública. Neste mesmo sentido está a norma legal disposta no artigo 42 do Código de Processo Penal¹⁷ que prevê a impossibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público.

A indispensabilidade da ação penal por parte do Estado é um preceito profundo nas entranhas de sua necessidade e até soberania, a partir do momento em que o mesmo toma para si a responsabilidade das medidas punitivas, extinguindo a vingança privada, por exemplo, como explana Afrânio Silva Jardim¹⁸

[...] No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir. [...]

Contudo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal não é absoluto e cada vez mais o sistema jurídico vem se mostrando tendente à sua mitigação por razões de políticas criminais que buscam tutelar bens jurídicos extremamente relevantes e o efetivo atendimento

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁸JARDIM apud Figueiredo, Raphaela. *A (in)constitucionalidade da delação premiada*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/65666/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.

do interesse público, tendo sempre como norte a pacificação social. É o que se vê, por exemplo, nas medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9099/95 (Lei dos Juizados Criminais) e nas disposições que regulamentam a colaboração premiada previstas na Lei nº 12850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

Com o advento da Lei nº 9099/95, mais especificamente nas normas dispostas entre os artigos 76 e 89¹⁹, é possível se ver de forma nítida a referida mitigação da obrigatoriedade da ação penal, passando a ser possível que o Ministério Público, uma vez preenchidas as condições legais, ofereça transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo, quais sejam, aquelas nas quais a pena máxima não seja superior a dois anos, e suspensão condicional do processo, nos casos em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Vale ressaltar que, neste último caso, poderá o membro do *parquet* oferecer *sursis* ainda nos casos em que o delito não seja abrangido pela lei dos juizados criminais.

A Lei nº 12850/13, ao regulamentar a utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de prova aos crimes praticados no seio de organizações criminosas, cujos dispositivos possuem aplicação analógica às normas que tratam deste mesmo instituto em outras leis, evidenciou esse caráter relativizador da obrigatoriedade da ação penal ao dispor, em seu artigo 4º, parágrafo 4º²⁰, que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia nos casos em que o agente colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração e que ele não seja o líder da organização criminosa, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Ressalte-se, ainda, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público²¹ que, alterada pela Resolução nº 183, dispõe, em seu artigo 18, da possibilidade de o Ministério Público, não sendo caso de arquivamento, oferecer ao investigado um acordo de não-persecução penal nos casos em que o delito em questão possua pena mínima cominada inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o investigado tenha confessado a sua prática, o que é objeto das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793 pendente de julgamento no STF sob argumento de que, dentre outros, padece de vício de inconstitucionalidade dada a inovação da ordem jurídica não admitida pela via utilizada²².

¹⁹BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁰BRASIL. Lei nº 12850, de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²¹BRASIL. Resolução nº181, de 07 de Agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 24 set.2018.

²² ZIESEMER, Henrique da Rosa; JÚNIOR, Jadel da Silva. *As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/64178/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.

Diante de todo o acervo legal acima aduzido, se vê que não há qualquer óbice na legislação para que o Ministério Público atue de forma mais eficiente no processo penal, analisando a necessidade e adequação da medida ao caso concreto, a fim de se obter provas que tragam um resultado mais útil e proveitoso para toda a sociedade. Não se está falando de uma inércia ou passividade do Ministério Público, ou ainda de uma arbitrariedade deste, mas sim de meios mais inteligentes e eficazes para o desmantelamento de organizações criminosas complexas com a identificação dos demais integrantes e a revelação de seu quadro hierárquico e da divisão de tarefas, a recuperação do produto e proveito dos delitos, a prevenção de mais práticas delituosas, a localização de eventual vítima que esteja com sua liberdade privada com a sua integridade física preservada e outros, a fim de formar a justa causa necessária à propositura da ação penal cabível, com a descrição pormenorizada da atuação de cada agente inserido nesse contexto e a medida de sua culpabilidade. Daí se conclui que, não se está diante de uma disponibilidade da ação penal pública, mas sim de uma iniciativa postergada para o futuro com fundamento no interesse público e que trará maiores respostas com reflexos positivos na vida em sociedade e na tutela de bens jurídicos essenciais.

Importante salientar ainda que, tendo em vista o disposto no artigo 5º, LIX da CRFB/88²³ c/c artigo 100, parágrafo 3º do Código Penal²⁴, nos casos de inércia do Ministério Público, seja pelo não oferecimento de denúncia, pela não determinação de diligências necessárias ou pela ausência de requerimento de arquivamento do inquérito policial no prazo legal e de forma injustificada, o ofendido ou o seu representante legal poderá promover a ação penal privada subsidiária da pública, passando o Ministério Público a atuar como fiscal da ordem jurídica aditando a queixa, repudiando-a ou oferecendo denúncia substitutiva, intervindo em todos os termos do processo, fornecendo elementos de prova, interpondo recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal, consoante artigo 29 do Código de Processo Penal²⁵.

Assim, não há qualquer incongruência entre as previsões legais que dão uma margem de discricionariedade ao Ministério Público nas ações penais públicas e o princípio da obrigatoriedade da ação penal haja vista que, em uma interpretação sistemática e teleológica dos institutos, é possível se observar que o ordenamento jurídico, além de prever uma série de condições, requisitos e procedimentos que devem ser observados na colaboração premiada,

²³BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁴BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 6.

normatiza mecanismos de controle social sobre essa atuação do MP, que são um reflexo da democracia brasileira, e proporciona maior ingerência daqueles que são os destinatários finais da norma penal, a fim de resguardar, principalmente, a legalidade dos atos investigatórios e processuais.

CONCLUSÃO

A Carta Magna concebe como direito fundamental do indivíduo a liberdade, em todos os seus aspectos, atribuindo à prisão o caráter de exceção e como tal, assim como em todas as regras excepcionais, deve ser interpretada restritivamente, somente sendo cabível nas hipóteses expressamente previstas na lei. Por essa razão, esta pesquisa constatou como problemática social essencial, dentre outras, a discussão acerca da adequação do instituto da colaboração premiada aos ditames constitucionais.

De um lado, é inegável o fato de que os direitos fundamentais são indisponíveis e por isso não seria permitido ao Estado ou ao indivíduo a sua livre disposição, de sorte a evitar uma chancela de mecanismos de verdadeira aniquilação desses direitos. De outro, entretanto, cada um desses direitos deve ser interpretado em conjunto, em uma ótima sistêmica, de modo que a liberdade deve ser analisada sob todos os seus aspectos, o que lhe retira o caráter absoluto já que, em nome da tutela de outros direitos fundamentais, tal direito poderia ser parcialmente suprimido.

A autodeterminação, um dos aspectos da liberdade, pode criar mecanismo de restrição a outro aspecto da liberdade, qual seja, a liberdade ambulatorial, desde que a manifestação de vontade seja livre, consciente, esclarecida e tenha como fim um bem maior em prol do manifestante. Essa tese é aplicada e amplamente acolhida em diversos âmbitos do Direito. Entretanto, quando esta se transfere para o instituto da colaboração premiada, muitos estudiosos questionam sua validade sob o argumento da já refutada indisponibilidade da liberdade. Apesar de justificável tal argumentação, esta não se sustenta quando um acordo de colaboração é celebrado amplamente amparado de formalidades legais e traz benefícios aos quais o indivíduo não teria acesso se não firmasse o acordo. Retirar do indivíduo tal possibilidade em nome da tutela de sua liberdade é um paradoxo, já que também caracterizaria uma ofensa à sua liberdade uma vez que lhe restringe o direito a autodeterminação e lhe retira a livre manifestação de vontade. É um excesso de proteção que desampara o protegido.

Outro ponto relevante do debate acerca do instituto colaboração premiada que foi esmiuçado neste artigo está na suposta ausência de voluntariedade exigida para a homologação do acordo no caso de prisão do colaborador. De forma alguma se pretende legalizar a prisão de alguém para forçá-lo a firmar um acordo, mesmo porque sua manifestação de vontade já estaria viciada e tal prática configuraria uma legitimação de uma ilegalidade, haja vista que criaria uma hipótese de incidência da prisão fora das previsões legais, o que, por óbvio, é vedado desde a base principiológica de reserva legal do direito penal. Contudo, é importante evidenciar que a exigência de voluntariedade não equivale ao conceito de espontaneidade, de sorte que a escolha de palavras do legislador não foi a toa. Não há qualquer dúvida de que o colaborador não pode sofrer qualquer tipo coação, seja ela moral ou física, que o obriga a firmar o acordo. Mas se a prisão preenche todos os requisitos legais de validade, e o colaborador, imbuído da vontade de ver sua situação atual melhorar com eventual aplicação de diminuição de pena, progressão de regime, perdão ou até mesmo de não ser denunciado, o fato de estar preso, por si só, não é motivo justo o suficiente de impedi-lo de celebrar o acordo quando este é feito consciente, livre, com todos os esclarecimentos acerca de sua finalidade e suas conseqüências.

Esperar que alguém que cometeu um crime procure as autoridades para delatar a si e seus companheiros, entregar os produtos dos crimes, fornecer meios de produção de provas contra si ou participar com qualquer outro meio de colaboração, sem qualquer interferência externa que o motive, que se enquadra no conceito de espontaneidade, mais do que ingênuo, é utópico e não encontra respaldo nas sociedades atuais. É preciso tratar a instrução criminal com mais realidade e com maiores suportes empíricos para só então conseguir atender aos reclames sociais atuais de maneira mais efetiva e eficaz.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, que tratou da indisponibilidade da ação penal e os limites da atuação do Ministério Público na colaboração premiada, o principal argumento utilizado por esta pesquisa, mais uma vez, foi a supremacia do interesse público na investigação e na instrução criminal. Se a indisponibilidade se dá exatamente para atender ao interesse da sociedade de ver coibida uma prática criminal, não há razão para impedir que o MP, autor da ação penal, na tentativa de evitar novas práticas criminosas e de punir práticas já consumadas, possa se valer de mecanismos que o levem ao encontro da justa causa para oferecer novas denúncias ou de incluir novos culpados no banco dos réus a fim de oferecer uma resposta estatal contrária ao sentimento de impunidade que paira na comunidade.

REFERÊNCIAS

- ANDREATO, Danilo. *Colaboração premiada: Ato “espontâneo” ou “voluntário” do colaborador.* Disponível em: <https://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4620>. Acesso em: 08 set. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n.º 127483.* Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+NA+COLABORA%C7%C3O+PREMIADA%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/y9mqgwu4>. Acesso em: 10 set. 2018.
- _____. *Código de Processo Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. *Código Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. *Lei n.º 9099,* de 26 de Setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. *Lei n.º 12850,* de 02 de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.
- _____. *Resolução n.º 181,* de 07 de Agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.
- Figueiredo, Raphaela. *A (in)constitucionalidade da delação premiada.* Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/65666/1>>. Acesso em: 24 set. 2018.
- GORGA, Maria Luiza. MARCHIONI, Guilherme Lobo. *Sanção para quem mente em delação premiada precisa ser revista.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-04/sancao-quem-mente-delacao-premiada-revista#author>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- JESUS, Damásio de. *O estágio atual da delação premiada no direito brasileiro.* Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/7551/1>>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- MENDONÇA, Ana Paula Gadelha. *A Aplicabilidade da delação premiada na nova lei de crime organizado (lei 12.850/13).* 2014. 21f. Trabalho de conclusão de curso (Pós-graduação lato sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; JÚNIOR, Jadel da Silva. *As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/64178/1>>. Acesso em 24 set. 2018.