



PUC

**DEPARTAMENTO DE
DIREITO**

**A Lei 12.850/13 e seus impactos sobre a
Justiça Penal Negocial no Brasil**

por

Diana Ferreira Stephan

**ORIENTADOR (A):
VICTORIA-AMÁLIA DE BARROS CARVALHO
GOZDAWA DE SULOCKI**

2018.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

A Lei 12.850/13 e seus impactos sobre a Justiça Penal Negocial no Brasil

por

Diana Ferreira Stephan

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)
para a obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador (a):
VICTORIA-AMÁLIA DE
BARROS CARVALHO
GOZDAWA DE
SULOCKI

2018.

Dedico este trabalho a
Luiz Carlos Saboia Stephan e
Robson Fernandes Achiamé,
pais que deixaram saudades e
me ensinaram os prazeres
mais agridoces da vida: o
estudo e o amor alvinegro.

ROMANCE XXXIV
ou
DE JOAQUIM SILVÉRIO

Melhor negócio que Judas
fazes tu, Joaquim Silvério:
que ele traiu Jesus Cristo,
tu traís um simples Alferes.
Recebeu trinta dinheiros...
— e tu muitas coisas pedes:
pensão para toda a vida,
perdão para quanto deves,
comenda para o pescoço,
honras, glória, privilégios.
E andas tão bem na cobrança
que quase tudo recebes!

Melhor negócio que Judas
fazes tu, Joaquim Silvério!
Pois ele encontra remorso,
coisa que não te acomete.
Ele topa uma figueira,
tu calmamente envelheces,
orgulhoso e impenitente,
com teus sombrios mistérios.
(Pelos caminhos do mundo,
nenhum destino se perde:
há os grandes sonhos dos homens,
e a surda força dos vermes.)
- Cecília Meireles

Agradecimentos:

Não poderia ainda deixar de agradecer carinhosamente à minha família, em especial à minha mãe, Ana Luísa Auler Ferreira, e à minha avó, Hέλvia Auler, que sempre estiveram e para sempre estarão impressas em meu peito;

À minha orientadora, Victoria-Amália de Sulocki, quem me guiou dentro e fora dos muros acadêmicos da PUC-Rio, antes mesmo de decidir trilhar este caminho; professora cuja paixão pelo estudo do Processo e pela prática penal ilumina e estimula seus alunos a irem cada vez além, sem nunca se contentar com o básico.

Aos demais professores e funcionários que me marcaram ao longo dos anos com seu conhecimento e cuidado; sem eles não seria possível realizar uma segunda graduação com tanto vigor e animação, aprendendo cada dia mais.

Aos meus companheiros de PUC-Rio, de Primavera e de PIBIC, cujas trajetória acadêmica e descontrações boêmias sempre me acompanharão; aos meus amigos de que permaneceram ao meu lado, cuja ausência ocasional, seja pela distância, ou pela dedicação aos estudos nunca será capaz de diminuir o carinho e amor sentidos.

Finalmente, agradeço àquele que me auxiliou nas crises e compartilhou dos momentos de empolgação nos estudos, revisando textos e discutindo propostas. Meu mais apaixonado agradecimento a João Miguel Damous.

Resumo e Palavras-chave:

Palavras-chave:

Processo Penal; Delação; Acordo de Colaboração Premiada; Lei 12.850/13; Justiça Negocial Penal; Presunção de Inocência; Princípio da Obrigatoriedade.

Resumo:

O objeto central do presente trabalho recai sobre a delação. Apesar de não ser um instituto novo, cuja origem remonta às primeiras instalações portuguesas, ganhou roupagem completamente nova com a lei 12.850/13. Ainda que não tenha se distanciado completamente de sua natureza original, as modificações em sua utilização, fruto desta alteração jurídica e dos clamores de impunidade, foram significativos para transformar um instituto praticamente desconhecido em um dos mais frequentemente estampados nas manchetes de jornais.

Atento a esta mudança brusca, o objetivo que ora embasa esse estudo está em se debruçar sobre a nova roupagem e práticas do instituto da delação premiada tendo em vista uma prática hermenêutica sistêmica. Portanto, toda a análise será feita levando em consideração os princípios basilares do Processo Penal e do Estado Democrático de Direito, como o da Presunção de Inocência, da Obrigatoriedade, da Legalidade Estrita, do Juízo Natural e do Devido Processo Penal, verificando se o acordo de colaboração vai de ou ao encontro destes.

Sumário:

Introdução	7
1) Presunção de Inocência e o Estado Democrático de Direito	15
1.1) Presunção de Inocência enquanto Princípio Constitucional em um Estado Democrático de Direito	15
1.2) Estado Democrático de Direito no Brasil atual	17
1.3) Verdade Real <i>versus</i> Verdade Processual	25
1.4) Histórico e Pluralidade de Conceitos da Presunção de Inocência	28
1.5) Presunção de Inocência e a Produção Probatória	32
2) O Instituto da Delação	36
2.1) Presença Histórica no Ordenamento Brasileiro	36
2.2) Instituto Moderno	39
2.3) Natureza Jurídica	44
2.4) Enquadramento Sistêmico	45
2.5) Integração com a Justiça Penal Negocial	55
3) Do Acordo	63
3.1) Questões Procedimentais	63
3.2) Prêmios Acordados	75
3.3) Homologação e Poder de Vinculação do Acordo	85
Conclusão	97
Bibliografia	108
Cópia do Anexo II com a aceitação da orientadora	114

Introdução

I - Tema

A presente monografia possui como objeto central de estudo as consequências da estruturação da delação enquanto um acordo de colaboração premiada pela lei 12.850/13. A abordagem escolhida envolve trabalhar o instituto em si e os seus usos, em especial como estes se modificaram com a alteração legal e prática após seu uso em operações como a Lava Jato

A delação em si é antiga no ordenamento brasileiro, espalhada por uma diversidade de leis. Ainda hoje, observa-se a ausência de sistematização de leis bem organizadas que dialoguem entre si, deixando diversas brechas de atuação para serem resolvidas na prática pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Consequentemente, a delação premiada brasileira se constrói de maneira bastante *sui generis*.

Entre os temas abordados neste estudo estão as soluções dadas pela prática jurídica para as lacunas legais, observando como estas opções dialogam com as normas e princípios constitucionais e gerais de Direito Penal e de Processo Penal. Entretanto, estas práticas são ainda muito recentes e ainda estão se solidificando, gerando discussões que vêm sendo travadas dentro da doutrina e da jurisprudência.

O recorte principal do trabalho, portanto, gira em torno de uma análise do crescimento do instituto do acordo de colaboração premiada, em especial nas mudanças geradas pela lei 12.850/13. Esta foi a primeira a positivar minimamente o procedimento para a feitura do acordo de delação, porém trouxe lacunas que não podem ser ignoradas e nem preenchidas pela analogia, pois não há qualquer tipo de instituto similar a ele. Assim, a prática, as discussões doutrinárias e jurisprudência vêm tentando responder aos problemas decorrentes da dificuldade de enquadrar esta nova estrutura

da delação ao ordenamento e, mais especificamente, às garantias individuais.

II - Objetivos

O objeto geral da pesquisa circunda a questão levantada, procurando fazer uma análise do instituto da delação premiada em seu aspecto mais amplo para, posteriormente, se focar em questões mais específicas. Com a análise dos procedimentos utilizados e observado o grau de envolvimento do *Parquet* e do magistrado, perceber como as negociações para a delação podem influir no restante do processo penal e como é realizado o diálogo entre o instituto e o princípio de Presunção de Inocência.

A delação premiada não equivale a uma mera confissão. Negocia-se os termos em troca dos quais determinados fatos serão esclarecidos. É afastado o direito à não auto-incriminação e ao silêncio, mitigado o princípio da obrigatoriedade e o cumprimento de pena e outros benefícios são determinados por meio de negócio jurídico interpartes. O acordo de delação trabalha com todas estas questões dentro de uma lógica que não pode ser igualada à liberdade de contratação do Processo Civil, o que exige um equilíbrio entre segurança jurídica do negócio e respeito às garantias individuais das partes contratantes e de terceiros denunciados. Este é um apanhado grosseiro do ponto de partida do presente trabalho.

Como objetivo principal, traça-se um escopo menor, mas não menos denso, uma análise da lei 12.850/13, primeira a estruturar minimamente o acordo de colaboração premiada. O foco é observá-la à luz de seu enquadramento nas demais normas e princípios jurídicos, tendo em vista a tendência à expansão do uso da Justiça Negocial Penal e seu impacto no sistema acusatório.

Tal tema não pode ser estudado no vácuo, sendo necessário que se entenda o instituto da delação e seu contexto político atual. Portanto, foram

traçados outros objetivos paralelos cujo esclarecimento é essencial para a realização de um estudo sério sobre a delação premiada.

Com estes objetivos em mente, propõe-se que o estudo seja dividido em três partes. O primeiro capítulo se destina a estudar o Estado Democrático de Direito, em especial pela ótica da Presunção de Inocência, um dos principais princípios a dialogar com a delação premiada, meio de obtenção de prova.

O segundo foca no estudo do instituto da delação premiada em si, trazendo suas normas dentro do ordenamento jurídico e como este foi inserido na prática jurídica brasileira. Neste ponto, será necessário observar a natureza jurídica do acordo e como ele se enquadra dentro do ordenamento, tanto em termos legais quanto sistêmicos. Portanto, será um estudo dialético, por um lado, mais focado nas características individuais da cooperação, por outro em seu aspecto macro de enquadramento no sistema acusatório e na Justiça Negocial Penal.

Por fim, o terceiro trata do procedimento do acordo de delação premiada. Devido a grande quantidade de lacunas deixadas pela lei 12.850/13, muitas soluções foram sendo construídas na prática jurídica. Portanto, é necessário estruturar quais as normas estipuladas a serem seguidas e, na ausência delas, a solução que vem sendo utilizada.

Entretanto, nem todos os pontos são pacíficos, alguns vem sendo bastante debatidos pela doutrina e alguns têm chegado ao Supremo para serem decididos. Infelizmente, é impossível exaurir o assunto no presente trabalho, então se faz necessário escolher entre os temas considerados como de maior relevância para serem adentrados.

Com o somatório destes estudos, se objetiva obter um desenho mais coeso sobre o que é e como vem sendo utilizado o acordo de delação premiada.

III - Metodologia e Fontes

Demonstrados os objetos que serão abordados para a realização deste estudo, resta apontar a metodologia escolhida. Inicialmente, será essencial uma delimitação conceitual. Um capítulo será especialmente dedicado para observar o instituto da Delação Premiada e como este foi aplicado no ordenamento brasileiro. Para tal, é indispensável abordar sua natureza jurídica, realizar uma comparação entre a delação e a confissão e seu enquadramento na Justiça Negocial Penal, em comparação com os demais institutos, da transação penal e do *sursis* processual.

Entretanto, tal recorte temático não contemplou um outro instituto próximo à delação: o acordo de leniência. Esta foi uma decisão consciente pois apesar dos objetos se tocarem em diversos aspectos, se distanciam em muitos. O acordo de leniência é voltado para pessoas jurídicas e está muito próximo do Direito Administrativo, exigindo um estudo que extrapolaria o recorte aqui proposto. Considerando que uma mera abordagem superficial do instituto, não seria proveitoso para o presente estudo, foi feita a opção de não abordá-lo.

Retomando o tema principal, o acordo de cooperação, o presente trabalho se propõe a realizar um estudo da história, usos e aplicações da delação. A metodologia partirá de um estudo mais amplo, da Presunção de Inocência e do Estado Democrático de Direito, até um foco mais micro nos efeitos da delação premiada.

A opção por iniciar o estudo por tal princípio se dá por ele possuir diversas facetas que compõem o Estado Democrático de Direito no prisma do Processo Penal, além de estar intimamente ligado ao instituto da delação premiada, uma vez que é voluntariamente afastado para que as partes negociem. O direito ao silêncio e à auto incriminação são afastados por opção do acusado, mas não como ato unilateral de vontade, e sim enquanto parte de uma negociação para um acordo bilateral. Questiona-se como e se é possível manter a presunção de inocência dentro de um processo e preservar a parcialidade do juiz natural, uma vez que o réu admite ter

cometido crimes ou mesmo após a demonstração de interesse em participar de uma delação.

Tendo em vista a novidade das mudanças, a maior parte da produção de conteúdo sobre o tema do acordo de colaboração premiada está disperso em artigos, alguns poucos livros e na jurisprudência. Entretanto, esta última ainda não é muito vasta, com muitos de seus atos protegidos por sigilo, uma vez que os processos ainda estão em andamento.

Isto posto, o presente trabalho optou por realizar um estudo sobre acordos de delação cujos termos foram tornados públicos, em especial casos de destaque, seja porque estiveram na mídia ou pela repercussão da discussão do caso no e. Supremo Tribunal Federal. Assim serão observadas as práticas que vêm sendo adotadas nos acordos.

Em contraposição, a análise teórica abordará entendimentos construídos pela doutrina e discussões travadas no STF. Entretanto, muitos temas não foram ainda pacificados em jurisprudência ou possuem solução pacífica na doutrina, algo que será abordado ao longo do trabalho quando necessário.

IV - Considerações Finais e Justificativas

Delineada a estrutura do presente trabalho, é mister apontar brevemente como ele se encaixa dentro do contexto da prática jurídica e das discussões sobre o tema. O instituto da delação não é uma construção brasileira, mas uma importação de uma prática muito comum em especial no Direito Americano, no qual a Justiça Negocial é uma ferramenta cotidianamente utilizada na aplicação do Direito Penal pelo instituto do *plea bargaining*.

Nos Tribunais brasileiros, todavia, a prática sempre foi distinta, baseada na impossibilidade de afastar a ação penal pela vontade das partes, com a inafastabilidade do *ius accusationis* do Estado. Os usos da justiça negocial veio aos poucos, se firmando com a lei 9.099/95 que trouxe a

possibilidade da aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo. Estes, todavia, somente são cabíveis em hipótese de crime de menor potencial ofensivo. A delação premiada ganha espaço como ferramenta para ser utilizada nos crimes opostos. A lei seleciona alguns crimes que permitem o acordo e na prática ela é utilizada basicamente para atacar a chamada cifra dourada de crimes, agindo sobre as infrações penais conhecidas como de colarinho.

De imediato, isso gerou uma modificação profunda na dinâmica dos chamados crimes de colarinho branco, que não somente passaram a envolver tentativas de acordos de delação premiada, como muitos se originaram de delações feitas por terceiros. Portanto, construiu-se uma forma própria para atacar este tipo de crime, contornando por meio deste caminho mais fácil as dificuldades tradicionalmente encontradas pelo Estado para obter provas pelas vias legais comuns.

A mídia reforça esse discurso em busca da delação, da punição, da luta contra a impunidade. Assim, os elementos que envolvem a delação premiada passam a ser também políticos e esta cria uma disputa de poder. Instaura-se, então, uma dinâmica de ascensão do discurso punitivista com a relativização precária dos princípios constitucionais, conforme prevê Zaffaroni:

"(...) na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso popularesco, grosseiro, primitivo tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida por causa da globalização: a sociedade perde coesão e está ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e völkisch que seja; a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples"¹

Dentro deste contexto, deveria haver uma preocupação em construir hermeticamente um instituto, em sintonia com o sistema acusatório e o devido processo legal, uma vez que vai contra o alto escalão da sociedade. Todavia, esta lógica não se concretiza. Não há uma homogeneização na

¹ (ZAFFARONI, 2007, p. 70-71)

aplicação do instituto e as lacunas legais deixadas pela lei 12.850/13 são muitas.

Consequentemente, é afetado o direito à Defesa e Contraditório, o que prejudica o acusado e o Ministério Público, pois a fragilidade do acordo cria uma insegurança jurídica que afeta a todos. À Defesa, entretanto, recai ônus ainda maiores. Para a Defesa de um processo que envolva uma delação, existe a dificuldade de ter acesso ao conteúdo dos atos de delação e às negociações, para verificar a legalidade do acordo e construir uma defesa em paridade de armas. E mais importante, qualquer processo de colarinho branco se transforma em um processo cujo o objetivo ministerial passa a ser duplo, de condenar e de fazer delatar. Consequentemente, há um duplipensar incompatível em que de um lado o *Parquet* deve buscar a sentença mais justa – podendo, inclusive, requerer a absolvição se entender sê-la cabível – e de outro, deve pressionar o máximo possível seu alvo para que ele se sinta acuado a ponto da delação ser a solução possível para escapar da situação em que se encontra, seja pela ameaça de uma condenação longa, por estar cumprindo uma prisão preventiva ou para auxiliar seus parentes.

Destarte, os limites dos acordos de delação são extremamente questionáveis, pois quando o Ministério Público se compromete com o perdão judicial, com o fim ou conversão de determinada medida cautelar (como a prisão), está adentrando na seara da prestação jurisdicional, de competência do juiz.

Cria-se, portanto a necessidade de pressionar o acusado a delatar. A partir do momento, a ação penal não serve mais somente para a aferição da verificação dos fatos imputados na denúncia e da punibilidade daquele agente, passando a funcionar também como espaço de investigação, o objetivo da atuação do Ministério Público também é modificado. Consequentemente, atuando como negociador, estimula-se a criação de maiores mecanismos de pressão: penas mais duras, tipos penais mais

abrangentes, o estímulo ao requerimento de prisões preventivas, entre outros.

Deste modo, a importação e aplicação de tal instrumento em nosso ordenamento não pode ser pensado somente como uma novidade isolada, estudado sem uma prática hermenêutica sistemática. Em termos macro, a delação premiada está envolta em pressões externas ao campo do Direito. Dentro da seara do judiciário, sua implementação vêm impondo modificações profundas no trabalho da advocacia e na atuação do Ministério Público e é essencial que estas sejam estudadas de forma mais detida. Tal a motivação trazida pela lei 12.850/13 é o que se pretende abordar no presente trabalho.

1) Presunção de Inocência e o Estado Democrático de Direito

1.1) Presunção de Inocência enquanto Princípio Constitucional em um Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito, estabelecido na Constituição Federal Brasileira, baliza nosso Processo Penal, que não se limita às normas infraconstitucionais. Seu espírito e sentido estão nos Direitos Fundamentais e as Garantias processuais penais, que apontam para a necessidade de construção de uma cultura democrática na seara do sistema de Justiça criminal.

O Processo Penal, portanto, não constitui meramente um conjunto de normas voltado para viabilizar a aplicação do *ius perseguendi* e *ius puniendi* do Estado, nem tão pouco sistema de proibições e sanções com o objetivo de prevenir ou punir atos criminosos. Por princípio, o Direito Penal e, por conseguinte, o Processo Penal, que lhe instrumentaliza, configuram a *ultima ratio* e servem para limitar o uso do Estado de seu monopólio da violência e proteger os direitos e liberdades dos indivíduos. Destarte, a forma como se configuram e são aplicados não se trata de mera decisão teórica; falar de Direito Penal e Processo Penal é sempre falar de poder e de controle social².

Nesta linha, se destaca a importância do princípio da legalidade³, que possui o condão de constituir os tipos penais, mas também a forma

² Não cabe adentrar neste momento em uma discussão conceitual mais profunda acerca do significado de Direito Penal. O autor Raúl Zaffaroni, no primeiro capítulo de seu livro *Direito Penal Brasileiro*, volume I, realiza uma discussão profunda sobre o tema, sobre a qual o grupo de estudos se debruçou na execução de seus estudos.

³ O advogado e jurista Nilo Batista aborda com maiores detalhes o tema em um capítulo totalmente dedicado ao princípio da legalidade em seu livro *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Neste, ele destaca que “O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni” (BATISTA, 2015, pp. 65)

como o Estado tem permissão para exercer seu poder persecutório e, conseqüentemente, punitivo. Portanto, é tão somente pela formulação de leis federais⁴ que o Poder de Polícia do Estado pode ser exercido sobre a liberdade de seus cidadãos, em respeito à uma estrutura democrática. Como percebido desde a Revolução Francesa e a positivação de seus ideais liberais, o princípio da legalidade estrita é um fator central para evitar o retrocesso ao autoritarismo de Estado.

Por se tratar da limitação do exercício do Poder de Polícia, as permissões dadas ao Estado para perseguir e punir os indivíduos são geralmente normas descritivas e bem delimitadas, deixando a menor margem possível para a interpretação do magistrado e todo trabalho hermenêutico deve ser realizado restritivamente, sempre beneficiando a liberdade dos homens em face do poder repressivo do Estado.

Em contrapartida, as proteções individuais possuem caráter mais amplo, muitas vezes pautadas primeiramente em princípios gerais, que por vezes se desmembram em normas mais específicas. Isso significa que, seus limites e definições são mais fluidos, permitindo que suas interpretações sejam mais amplas e que, idealmente, seja expendida sua aplicabilidade.

Tal lógica se aplica para o objeto do presente capítulo. O princípio da Presunção de Inocência não possui uma definição precisa e definitiva do que é e de como deve ser aplicado. Seus usos se modificaram intensamente e mesmo atualmente não há total coerência ou clareza na forma com a qual deve ser aplicado, o que não exclui sua centralidade no Processo Penal contemporâneo.

Será com esta amplitude da Presunção de Inocência, com a dupla função de proteger os indivíduos e limitar o poder de polícia que a presente análise trabalhará, observando se tratar de um princípio estruturador do Processo Penal Democrático. A Presunção de Inocência não se limita em si mesma, mas permeia os demais princípios e a forma como ele é abordado influencia a lógica inata à Teoria do Processo Penal, conforme será

⁴ Conforme estipulado no art. 22, I, da Constituição Federal.

desenvolvido mais adiante. Isso significa que esta garantia não é simplesmente de interesse individual do acusado, mas um direito fundamental de todos os indivíduos à liberdade.

Portanto, para que exista um verdadeiro Estado Democrático de Direito, é essencial que este possua e respeite a Presunção de Inocência. Em contrapartida, o afastamento das práticas democráticas significa a violação eventual deste princípio, o que pode ser observado seja pela supressão de direitos nos textos legais, seja empiricamente, no dia-a-dia da aplicação do Direito Penal.

1.2) Estado Democrático de Direito no Brasil atual

No Brasil atual, a doutrina se questiona a quantas anda o Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva destaca que para que este exista, não basta a soma dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito⁵. Este tipo de Estado constitui algo novo, baseando-se em um ideal democrático inserido dentro de uma sociedade justa, livre e solidária, cujo poder emana do povo e que seja participativa e pluralista. É uma premissa básicas para o bom funcionamento do mundo contemporâneo, pautado pela diversidade, que este tenha mecanismos para permitir a proteção do indivíduo e das minorias, além da promoção de uma real justiça social, fundada na dignidade da pessoa humana.

Todavia, ainda que na teoria a Constituição e as normas infraconstitucionais sigam estas premissas, na prática, a democracia e as minorias acabam ignoradas, quando não desrespeitadas. No lugar do respeito e da igualdade democrática, observa-se o crescimento da desigualdade social, expressiva nas mais diversas frentes⁶. Além desta dura

⁵ SILVA, 2014, p. 121

⁶ Com base em dados colhidos em 2015, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) divulgou que o Brasil cresceu em seu nível de desigualdade social e de gênero. Em termos de IDH, que leva em consideração os quesitos de saúde, educação e renda, ele ocupa o 79º lugar, dentre 188 países. Ainda que esta posição não possa ser considerada como positiva, a desigualdade se acentua ao observarmos o Coeficiente de Gini, referente somente à concentração

realidade de falta de proteção, de serviços públicos ou políticas de distribuição de renda de qualidade, o país ainda sofre uma profunda crise representatividade. O descrédito do povo frente ao governo é acentuado, perpassando não somente políticos ou partidos específicos, mas indo além e afetando o próprio sistema político.

Uma parte da doutrina afirma que as críticas que a democracia sofre, tanto pelas vias acadêmicas e midiáticas quanto por manifestações populares, são normais e simplesmente reforçam o aspecto democrático do Estado, tratando-se da materialização de um crescimento e amadurecimento da democracia brasileira⁷. Outra parte discorda e defende que o Brasil vive uma crise do Estado Democrático de Direito⁸. Na prática, a representatividade não existe pois os representantes eleitos se limitam a práticas de governo que beneficiem a si e a seu partido, o que significa que o bem estar da sociedade e a defesa dos princípios democráticos vêm sendo colocados em segundo plano e a confiança da população frente ao poder público encontra-se profundamente debilitada.

Outros vão ainda além, afirmando que se instaurou um Estado de Exceção permanente. O magistrado Rubens Casara argumenta que falar em crise significa que ainda há esperança da democracia se recuperar⁹. Para o capitalismo, a crise seria algo natural, vindo e passando ocasionalmente.

de renda, que coloca o Brasil em 10º país mais desigual do mundo, 4º se considerar somente a América Latina.

As desigualdades sociais também são gritantes. A violência contra a mulher continua sendo expressiva. A pesquisa DataSenado publicada em 2017 apontou que das entrevistadas autodeclaradas brancas, 57% afirmaram já terem sido vítimas de violência física e 11% de sexual. Os números são ainda mais gritantes entre as negras, onde as porcentagens sobem para 76% e 17%, respectivamente. Mas a diferença vai além, envolvendo outros tipos de violência, algumas sutis e sistêmicas e outras mais observáveis, como as violências físicas citadas acima ou as diferenças salariais. Por estes motivos, no índice de desigualdade de gênero, o Brasil ocupa o 92º lugar, dentro de uma pool de 159 países. E esses são somente alguns exemplos de desigualdade, o país também possui uma das maiores populações carcerárias do mundo e se destaca na violência e assassinato que vitimam a comunidade LGBT.

⁷ Neste sentido segue o artigo escrito em conjunto por Fernando de Brito Alves e Guilherme Fonseca de Oliveira, que busca exatamente desconstruir a noção de que a democracia representativa brasileira estaria passando por um momento de crise e, conjuntamente, criticar o que consideram como excessos da atuação do judiciário em nome de um ativismo judicial (ALVES, 2015).

⁸ Esta crise é demonstrada no trabalho de Eduardo Bittar, mas em linhas gerais a influência do contexto pós-moderno dentro do desmantelamento das estruturas tradicionais em prol de interesses próprios pode ser observada também ao longo das obras de Zygmunt Bauman.

⁹ CASARA, 2017, p. 10.

Todavia, o jurista entende que os Poderes atualmente utilizam da violação das garantias para governar. Não se trata de excepcionalidades, mas das regras do jogo que estão na ordem do dia e nem mesmo há mais preocupação em criar uma falsa roupagem de democracia.

O desrespeito contínuo à Presunção de Inocência seria um dos grandes expoentes do fim do Estado Democrático de Direito, substituído pelo que Rubens Casara denomina como Estado de Pós-Democracia. Isto se dá pois “Com a relativização da presunção de inocência, a liberdade de uma pessoa passa a ser gerida a partir do eficientismo de viés econômico”¹⁰.

As garantias constitucionais foram transformadas em *commodities*. A democracia passa a existir somente enquanto simulacro vazio, uma fachada que esconde e justifica as atuações de um Estado sem limites rígidos atuando em nome de interesses econômicos e não em prol da sociedade e dos valores democráticos.

O poder político se funde cada vez mais com o econômico e a norma entre os governantes se torna não a permanência no poder através da conquista do apoio da população, mas pela defesa dos interesses dos grandes atores econômicos. Por conseguinte, tudo é visto pela ótica econômica, inclusive princípios e direitos. As políticas inclusivas e de diminuição de desigualdade são as primeiras a desaparecerem e quaisquer descontentamento ou desvio são resolvidos com políticas de segurança pública, não mais sociais.

Quando o normal passa a ser o uso do Estado de Polícia e das violências institucionalizadas, o princípio da legalidade estrita torna-se um empecilho para o Estado, caracterizando o esvaziamento do Estado Democrático de Direito, que deve ter com bons olhos as limitações de espaços de arbítrio e opressão estatais, sempre procurando conter e prevenir possíveis abusos do poder público. Portanto, não se trata mais da mera violação dos limites ao exercício do poder, mas do desaparecimento da pretensão de respeitar tais limites.

¹⁰ *Ibid.*, p. 150

Tal flexibilidade gera um aumento de respostas autoritária e a demanda popular por um discurso repressivo. O grande jurista argentino Raul Zaffaroni aborda bem esta dinâmica entre aumento de discurso de impunidade, insegurança e medo com uma resposta de segurança pública e controle estatal, especialmente por meio do Direito Penal e Processual Penal¹¹.

O Sistema de Justiça Criminal irá servir a esta forma de governança repressiva e pseudo-democrática, seguindo a mesma lógica de travestir-se de discursos morais para justificar atitudes anti-democráticas e o desrespeito a garantias fundamentais. Como consequência, acentua-se a desigualdade, pois aqueles sem poder aquisitivo deixam de ser protegidos pelo Estado. Estes passam, ao contrário, a ser cada vez mais perseguidos e condenados, aumentando ainda mais o estigma sobre a pobreza¹².

Como afirma Casara, “as inviolabilidades tornam-se cada vez mais seletivas. Apenas o domicílio de alguns é inviolável, (...) apenas a liberdade de alguns é inviolável, (...) apenas a intimidade de alguns é inviolável, (...) apenas a integridade física de alguns é inviolável, (...) apenas a liberdade de expressão de alguns é inviolável”¹³. Para que isso seja possível, é necessário que o Estado também se livre progressivamente de suas amarras processuais e procedimentais, seja através do judiciário que cada vez mais

¹¹ ZAFFARONI, 2007

¹² Relacionada a esta questão, está a teoria da coculpabilidade às avessas, muito difundida pelas obras do renomado professor e juiz argentino da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Raúl Zaffaroni. A premissa levantada é de que o Estado, constitucionalmente obrigado a promover a igualdade e oportunidades para seus cidadãos por meio de políticas públicas, possui responsabilidade sobre aqueles crimes cometidos por pessoas que se encontram em situação de pobreza, sem ter para onde recorrer senão as vias ilícitas. Consequentemente, deveria ser menor o grau de reprovabilidade das infrações penais cometidas por aqueles com menor grau de autodeterminação pela condição social e econômica do agente. É uma crítica ao Estado que não é capaz de cumprir seu dever de diminuir as mazelas da desigualdade. Entretanto, o ordenamento brasileiro segue na via oposta, tipificando condutas praticadas por pessoas marginalizadas como ocorre nas contravenções penais de vadiagem (art. 59 do Código Penal) e a revogada mendicância (art. 60 do Código Penal). Em contrapartida, os crimes geralmente associados àqueles de maior cabedal financeiro geralmente possuem maiores benefícios, como a possibilidade de pagamento de tributo devido, a insignificância de valores de até 20.000 reais para os crimes tributários federais e o descaminho, além da própria possibilidade de realização de acordo de delação premiada, que por seu aspecto subjetivo gera muito mais interesse quando associada a crimes ligados à grandes figuras do mercado ou da política.

¹³ CASARA, 2017 p. 42

relativiza as nulidades processuais¹⁴, seja aprovando leis que ampliam as definições dos tipos penais ou suas penas, em resposta imediatista para o clamor midiático punitivista.

Em sua história, o Brasil nunca passou por grandes revoluções consolidadas que desestruturaram o sistema vigente. Mesmo o fim da escravidão e da ditadura militar, apesar de inegáveis conquistas democráticas, foram transições leves, feitas de forma a não abalar as estruturas econômicas vigentes. Os ex-escravos continuavam a serem tratados como mercadorias, se não mais no sentido de serem bens em si, o eram enquanto potenciais consumidores, expandindo o mercado consumidor logo após a Revolução Industrial inglesa¹⁵.

A população e seus direitos extrapatrimoniais como sua dignidade e liberdade não estão sendo monetizados pela primeira vez. Viver em uma sociedade capitalista significa a constante monetização de direitos. O diferencial do mundo moderno é que o fim da forte polaridade entre capitalismo e comunismo que existiu até o final do século XX permitiu um distanciamento cada vez maior das práticas do Estado de Bem Estar Social e das políticas públicas sociais, substituídas por medidas interventivas que beneficiam o interesse de grandes blocos financeiros.

Com o afastamento do imaginário da Guerra Fria, o Estado abandona cada vez mais o argumento da não-interferência e de sua imobilidade como regra, traduzida no princípio da legalidade estrita, e se reaproxima das posturas absolutistas de outrora, ferindo e flexibilizando suas limitações de forma a governar o público para beneficiar interesses privados, traindo as conquistas democráticas e liberais obtidas ainda com a Revolução Francesa.

¹⁴Casara levanta o exemplo da produção massificada de decisões judiciais para aumentar a produtividade. É uma lógica gerencial. (CASARA, 2017, p. 43)

¹⁵ Esta questão acerca dos interesses ingleses no fim da escravidão não enquanto desenvolvimento ético ou como um progresso frente à dignidade humana, mas por ser mais benéfico àquela nova estrutura de produção e às necessidades de um crescente mercado de consumo, foi muito bem trabalhada por Mauricio Goulart (GOULART, 1975).

Neste novo momento, seja vislumbrando-o pela ótica do Estado de Exceção, seja pelo Estado Pós-Democrático, a concordância é de que os valores democráticos e, mais do que isso, o respeito e poder simbólico destes valores encontram-se esvaziados, sendo o Direito Penal um dos principais braços de atuação do Estado nesse sentido. A delação premiada ascende exatamente dentro deste contexto não por coincidência.

Ainda que o instituto já estivesse positivado em leis esparsas do ordenamento brasileiro, a lei nº 12.850/13 foi a primeira a trazer uma estrutura mínima para o procedimento da delação premiada e é a que o trata com maior detalhe. Não é de se espantar que tenha entrado em vigor no ano das grandes manifestações contra a corrupção e de grande insatisfação com a estrutura política e eleitoral brasileira. O ano de 2013, quando as ruas foram tomadas por protestos e conflitos com a polícia, estourando uma crise política que culminaria no impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, também serviu como combustível para passar projetos de leis com apelo popular, entre os quais estavam a Lei Anticorrupção, nº 12.846/13, que trata do acordo de leniência, e da Lei do Crime Organizado, nº 12.850/13

A partir deste momento, na onda das profundas críticas sociais e em movimento para desarticular grupos políticos, a delação premiada se torna cartada central dentro de processos como a Lava Jato, incitando ainda mais o clamor popular. Todavia, a delação surge como um tampão para problemas de desigualdade histórica no tratamento entre os mais ricos e os mais pobres dentro da seara penal. Não estando plenamente estruturada, sem determinar uma série de questões procedimentais, de limites dos poderes de negociação das autoridades competentes e trazendo muitos questionamentos acerca de como encaixar um instituto profundamente negocial dentro do sistema penal vigente sem ferir os princípios legais e constitucionais, o instituto sofre duras críticas doutrinárias por estar simplesmente trazendo para os crimes de colarinho branco os desrespeitos

ao processo penal constantes no dia a dia dos julgamentos dos crimes cometidos pelas classes mais baixas¹⁶.

Apesar do público geral ter tido pouco contato com o instituto, a delação não surgiu no ordenamento brasileiro nos últimos 5 anos. A possibilidade de delatar já estava positivada, entretanto permanecia como uma espécie de desdobramento da confissão, permitindo não mais que o oferecimento de pequenos benefícios ao delator, referentes quase sempre à possibilidade de redução de pena. Somente com as mudanças legais, sociais e políticas de 2013 que o instituto foi repaginado, tanto em termos formais quanto em seus usos dentro do judiciário, tornando-se figura central na obtenção probatória de casos de grande impacto midiático e relevância política de âmbito estadual e nacional.

Desde sua criação, o instituto foi muito criticado em seu aspecto ético¹⁷, por considerar-se que não caberia ao Estado estimular a traição e realizar negociações com criminosos, que envolvem inclusive a possibilidade de perdão judicial. As principais críticas nesta seara são que tal tratamento fere o princípio da isonomia e poderia abrir brechas para escolhas discricionárias dentro da execução do *ius puniendi* do Estado, além de permitir impunidades que ferem a capacidade preventiva do Direito Penal¹⁸.

¹⁶ CASTELLAR, 2016, p. 18.

¹⁷ Penteado, em seu artigo sobre a delação premiada, dedica uma seção inteira à ética, criticando o que seria uma vitória do utilitarismo. Para o autor, o Direito não pode ser concatenado dissociado da ética. Ambos se comunicam e trabalham com um dever ser social. A flexibilização das normas éticas deformam a sociedade a um nível muito mais prejudicial do que benéfico e, ainda que o autor considere a delação como algo indefensável do ponto de vista ético, percebe que a visão comum não é de que há uma confluência entre ética e Direito neste quesito, mas que, cada vez mais, o instituto passa a ser visto como um "mal necessário" (PENTEADO, 2006). Ainda sobre esta temática, Jacinto de Miranda Coutinho, ferrenho crítico do instituto da delação premiada, publicou um artigo escrito em conjunto com Edward Rocha de Carvalho intitulado Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado, no qual aborda com maior atenção esta discussão (COUTINHO, 2006).

Todavia, este posicionamento crítico não é o único. A juíza Vanise Rohrig Monte considera que a delação premiada é capaz de trazer o criminoso a comungar com os valores do Estado Democrático de Direito, mas acrescenta que seria melhor não adentrar nos motivos que levam alguém a delatar (MONTE, 2001, pp. 240-241). No mesmo sentido, escreve o juiz Cassio Granzinoli (GRANZINOLI, 2007, pp. 158-160).

¹⁸ O presente trabalho não adentrará nesta discussão, pois isto significaria ter de analisar questões como a relação entre os campos do Direito e da Ética, as teorias da função do Direito Penal e se há

Atualmente, as críticas permeiam mais o espaço dos usos políticos e midiáticos da colaboração premiada. Parte da doutrina aponta como a delação premiada produz uma grande quantidade de material para alimentar o espetáculo midiático que auxilia na manipulação simbólica e na manutenção de um *status quo* sem grandes mudanças na estrutura de poder¹⁹. Não é de se ignorar que o instituto da delação premiada, apesar de já existir há décadas em nosso ordenamento, somente tornou-se conhecido com o destaque recebido pelos acordos envolvendo a operação Lava Jato.

Extremamente volumosa, esta operação teve diversas de suas fases televisionadas para todo o país, que acompanhou diariamente as notícias que saíam nos telejornais de crimes de colarinho branco envolvendo grandes empresas e o poder público. O desenrolamento do processo e os áudios vazados dos acordos de colaboração premiada influenciavam a opinião pública e estimulavam as manifestações contra determinados grupos políticos, acentuando uma rixa politicamente polarizada²⁰. A atuação dos promotores e do Juízo foi sincronizada com a grande mídia, com coletivas de imprensa e acompanhamento dos julgamentos e fases de inquérito. Deste modo, a opinião e a pressão pública foram essenciais para o andamento da operação, importância essa já destacada pelo juiz Sérgio Moro em seu artigo de 2004 sobre a operação mãos limpas da Itália:

"Na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. **Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial.** (...)

efetivamente tal função preventiva, elementos que infelizmente saíram completamente do recorte proposto.

¹⁹ Os usos de controle social através da mídia são um tópico já amplamente discutido nas mais diversas frentes, envolvendo não somente seus usos políticos atuais, como históricos. Dois livros muito interessantes sobre o tema são *História Cultural da Imprensa: Brasil -- 1900 a 2000*, de Marialva Barbosa, e *História da Imprensa no Brasil*, organizado por Ana Luiza Martins e Tania Regina de Luca. Atualmente, o alcance da grande mídia consegue ser ainda mais impactante, especialmente após o espaço alcançado pela televisão durante o período da ditadura militar, que permitiu que a televisão aberta se expandisse vertiginosamente no território brasileiro. Assim, a informação e o discurso possuem maior facilidade de disseminação.

²⁰ A impressão deixada pela operação Lava Jato e da atuação do Judiciário e dos promotores no imaginário coletivo fora tão forte que tornou-se tema de dois filmes nacionais, série exibida mundialmente e novela de horário nobre na maior rede televisiva brasileira.

Os responsáveis pela operação *mani pulite* ainda fizeram largo uso da imprensa. Com efeito: Para o desgosto dos líderes do PSI, que, por certo, nunca pararam de manipular a imprensa, a investigação da “mani pulite” vazava como uma peneira. **Tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no “L’Espresso”, no “La Republica” e outros jornais e revistas simpatizantes.** Apesar de não existir nenhuma sugestão de que algum dos procuradores mais envolvidos com a investigação teria deliberadamente alimentado a imprensa com informações, **os vazamentos serviram a um propósito útil. O constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva.** Craxi, especialmente, não estava acostumado a ficar na posição humilhante de ter constantemente de responder a acusações e de ter a sua agenda política definida por outros.

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, **favorecendo novas confissões e colaborações.** Mais importante: **garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados,** o que, como visto, foi de fato tentado.²¹

Conforme demonstrado, a delação é um instituto já antigo e é inegável que possui uma função dentro do processo penal enquanto meio de produção probatória. Entretanto, o crescimento do uso da delação nos últimos anos extrapolaram o que seria seu objetivo primeiro, figurando como ferramenta política. As brechas procedimentais deixadas pela legislação e a falta de compatibilização com o atual sistema penal acusatório acentuam isso. Ao longo do presente trabalho, estas incompatibilidades serão abordadas considerando que a sociedade brasileira deve estar inserida dentro dos paradigmas do Estado Democrático de Direito e, portanto, da perspectiva de que não é cabível desconsiderar os princípios fundamentais sob o argumento da efetividade penal.

1.3) Verdade Real versus Verdade Processual

A função do Processo Penal é tentar fazer com que o pêndulo que transita entre a absolvição e a condenação do acusado seja simétrico. Em um país de tradições autoritárias, esta busca é essencial para evitar os abusos de um sistema de segurança pública baseada na punição e condenações injustificadas por parte do Judiciário.

²¹MORO, 2004, pp. 57-59.

Se por um lado, o texto legal determina que a sentença penal depende do livre convencimento motivado do juiz, tal nomenclatura dissimula. A fundamentação de uma sentença produzida sob a luz do sistema acusatório nunca será totalmente livre, obrigatoriamente pautando-se sempre e somente nas provas produzidas em juízo (salvo raras exceções previstas no art. 155 do Código de Processo Penal) seguindo o crivo da Ampla Defesa e do Contraditório (art 5º, LIV, CRFB88)²².

Com o intuito de convencer o juiz de determinado ponto de vista, serão apresentadas provas pela acusação e pela defesa, cuja produção deve seguir as normas processuais e procedimentais impostas, respeitando as garantias constitucionalmente protegidas, sendo vedada a prova ilícita (art 5º, LVI, CRFB88 e art 157 CPP).

Dentro deste jogo que se desenrola, ao magistrado é vedado embasar quaisquer decisões em preconceitos ou conhecimentos externos ao processo. Essa, ao menos, é a teoria. Na prática, um homem nunca será capaz de se despir por completo de suas vivências e de sua cultura. Por esse motivo, é tão essencial o respeito às normas processuais, pois possuem a função de frear a pulsão inconsciente de aplicar na sentença meras opiniões ou desejos.

O ser humano sempre se atraiu pelo conhecimento e, conseqüentemente, pela busca da verdade. Ao longo da História, seja recorrendo à fé ou à razão, o homem trabalhou com a noção de busca pela verdade real. Ainda que hoje este conceito seja relativizado²³, ele ainda está muito enraizado na cultura ocidental e em especial, no conceito de Justiça.

²² Este tema é desenvolvido desta forma por diversos autores de livros e manuais de Processo Penal. Entre eles, André Nicolitt, Aury Lopes Jr, Cândido Rangel Dinamarco, Eugênio Pacelli e Guilherme Nucci, ainda que este último somente tangencie o tema em seu capítulo sobre a prova, quando questiona qual seria a finalidade da produção probatória, associando-a tão somente com o convencimento do juiz, dissociando convencimento e verdade real.

²³ A relativização do conceito de verdade é um tema há muito discutido nos campos da Filosofia e da História. O nome mais disseminado nesta quebra de paradigma possivelmente é o de Nietzsche, que já em meados do século XIX questionava a concretude da realidade e das verdades incontestes. Na História, a memória, os fatos e as narrativas do passado foram reconceituados e dissociados. Os teóricos mais contemporâneos trabalham com a noção de existirem uma diversidade de narrativas sobre o mesmo fato, sem procurar mais descobrir uma verdade real, conscientes de que toda construção historiográfica traz por detrás de si um discurso de seu tempo.

Tanto o é que o princípio da Verdade Real continua vigente no ordenamento brasileiro, sendo verificável sua aplicação na execução do poder jurisdicional. Enquanto operadores do Direito, é impreterível reconhecer que o Supremo Tribunal Federal o aceita e aplica²⁴. Tal qual os demais princípios, cabe a ponderação. A busca por uma verdade real não pode atropelar os outros princípios e proteções processuais, excedendo os limites do juiz imparcial, pois isso significaria o posicionamento desse ao lado da acusação. Portanto, o princípio da Verdade Real vigente na jurisprudência só pode ser aplicado se for em conjunto com a construção de uma verdade processual, no respeito à inércia do poder Judiciário²⁵ e às garantias individuais. Esta ponderação é necessária para manter o modelo de Estado Democrático de Direito, conforme afirma o professor Dinamarco²⁶.

O Código de Processo Penal igualmente corrobora a necessidade de respeitar os demais princípios. Neste sentido, por exemplo, a lei, em seus artigos 206 e 207, prevê a possibilidade da desobrigação da prestação de depoimento por determinadas testemunhas. Independentemente de quão central seja o conhecimento que um padre ou um advogado tenha do acusado, há uma opção processual e moral do Direito em permitir que estas pessoas respeitem o silêncio, mesmo que isto signifique a não condenação de um culpado.

A própria Constituição traz limites à busca da verdade real ao vedar a prova ilícita, demonstrando que há princípios mais essenciais dentro de

Sobre este tema, Roger Chartier, Ginzburg e Koselleck são três nomes com enfoques distintos, mas que abordam a questão da construção do discurso e das diferentes narrativas e como elas se associam com a produção historiográfica e produção de uma imagem de passado.

²⁴ O princípio da Verdade Real é utilizada por esta corte em ampla jurisprudência no Direito Penal, como presente no Informativo 659: "O Min. Gilmar Mendes acrescentou que o desvelamento, objetivo, de um fato verificado durante a instrução processual, por si só, não seria hábil a comprometer a imparcialidade do juiz, derivada de busca da verdade real, de modo que conseguisse apreender os acontecimentos com todas as suas circunstâncias, inclusive colhendo aquilo que as partes — por limitação ou vontade — teriam deixado de narrar." [grifo nosso] (HC 109098/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.3.2012).

²⁵ Sobre este tema, já foi bastante discutida a possível inconstitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal, que atribui a iniciativa probatória ao juiz, todavia não adentraremos nesta questão controversa.

²⁶ DINAMARCO, 1993. p. 27.

um Estado Democrático de Direito. Afinal, o Direito Penal não se limita a punir e prevenir o crime, atuando também sobre os possíveis abusos do poder de polícia do Estado, na proteção dos indivíduos.

Aqui, se prioriza o princípio acusatório, pois se o poder jurisdicional aceitar percorrer quaisquer meios para buscar a verdade e, conseqüentemente, uma condenação -- afinal, o ordenamento brasileiro se baseia no princípio de inocência e do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, absolve-se -- significaria retornar aos moldes do processo inquisitorial. Isso se dá pois a defesa das garantias processuais penais é contraintuitiva, em especial a Presunção de Inocência.

1.4) Histórico e Pluralidade de Conceitos da Presunção de Inocência

Para o presente trabalho, é desimportante se fixar em uma única definição fechada do termo Presunção de Inocência. O que importa é conhecer o percurso histórico das mudanças de significado e ser capaz de identificar seus usos contemporâneos.

Isso se dá pois a Presunção de Inocência não está limitada a sua faceta de princípio, tal qual é aplicada no decorrer do processo, sendo muitas vezes resumida ao *in dubio pro reo*. A Presunção de Inocência aparece de forma incipiente já no s. XII, mas somente se firmará enquanto máxima após a Revolução Francesa (1789)²⁷ e ao longo dos séculos, possui diferentes interpretações e usos.

²⁷ Em seu artigo, "*Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maximum*", o historiador Kenneth Pennington explora qual teria sido o momento do nascimento da Presunção de Inocência, não enquanto princípio, mas enquanto conceito utilizado no processo penal. Em sua pesquisa, ele demonstra as dificuldades de conseguir pontuar este momento preciso, mas aborda uma mudança central que ocorreu no s. XII, na produção probatória, em que, por imposição da Igreja Católica, passou a ser adotada a *ordo iudiciarius* em cortes eclesiásticas e até em algumas seculares. Sua justificativa se associava ao texto do Antigo Testamento e a história da expulsão de Adão e Eva do Paraíso, quando Deus deu a Adão a chance de se defender. Já aqui se observa a necessidade do devido processo legal e parte do pressuposto da presunção de inocência. Na prática, todavia, a Presunção de Inocência não era sempre aplicada, mas o conceito já era conhecido entre os juristas. O tema da origem da Presunção de Inocência é controverso. Douglas Camarano de Castro, em sua dissertação de mestrado, aponta que Ferrajoli, a remete a tempos ainda mais antigos, remontando ao Direito Romano. O autor aponta que o termo *in dubio pro reo* é encontrado em escritos de Trajano, da Roma clássica, reapropriado tardiamente pelo Direito medieval (FERRAJOLI *apud*

Entre as diferentes dimensões da Presunção de Inocência, ela apresenta três facetas centrais, sendo utilizada como regra de tratamento processual conferido ao investigado/acusado, como modelo de processo penal, e como regra de Estado em sua dimensão garantidora e como regra de juízo, atuando sobre o campo da produção probatória. As três facetas dialogam intimamente com a utilização do instituto da delação premiada.

Enquanto regra de tratamento processual, os direitos individuais surgem como limitações ao poder do Estado de punir. Com a revolução liberal, se rompe o poder absolutista do soberano julgador e aplicador de pena²⁸. As arbitrariedades do sistema inquisitório vão dando lugar à garantias individuais, sendo uma das mais importantes a presunção de inocência, que vem expressa na Declaração de Direitos do Homens e do Cidadão de 1789.

A busca inquisitória pela verdade real, em uma estrutura em que a confissão figura como rainha das provas²⁹, a ser alcançada nem que por meio da tortura, é substituída pela obrigação de tratar todos os acusados como inocentes até que seja provado o contrário. Mesmo antes da aprovação da DDHC, cedendo a pressões de reformistas, em 1780, o monarca Luis XVI decretou a proibição da tortura como meio para obtenção confissão, mas essa continuou a ser utilizada para pressionar os condenados a morte delatar seus companheiros. Somente em 1788 a tortura foi suprimida completamente do ordenamento francês³⁰.

Esta mudança e distanciamento das práticas inquisitórias fizeram parte de um processo paulatino que ainda não findou, devendo ser constantemente aprimorado frente às novas tecnologias e instrumentos de obtenção de prova. Os abusos estatais não possuem somente a tortura como

CASTRO, 2008, p. 34). Finalmente, reapropriados na Declaração dos Direitos do Homem em 1789.

²⁸Sobre a evolução histórica das punições, impossível não citar o livro clássico *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, no qual resta demonstrado como a modificação da estrutura sócio-política altera sensivelmente o modelo penal e a forma de punição (FOUCAULT, 2009).

²⁹ Conforme seguem os adágios: *confessio est probatio omnibus melior* e *confessio est regina probationum*.

³⁰ OVINSKI, 2001, pp. 25-26.

forma de se manifestar e cabe aos operadores do Direito impedir que estes se imponham suas novas ou velhas roupagens. Tendo a dignidade da pessoa humana como fundamento principal e levando em consideração as novas gerações de Direitos Humanos, a prática jurisdicional deve proteger uma gama de direitos. Se a integridade física e liberdade devem ser preservadas, o mesmo vale para outros direitos, como a liberdade de expressão e a inviolabilidade de domicílio e privacidade. Sem esquecer que com o advento da internet e a facilidade de disseminação de notícias, a violação de alguns destes direitos pode ter resultados gravosos³¹.

Na construção de um modelo de Processo Penal, a presunção de inocência exerce função central, pois a determinação de uma estrutura mais focada na punição ou na proteção estará balizada neste princípio. A professora Mônica Ovinski, em sua dissertação de mestrado, aponta como a relação com a presunção de inocência foi se modificando ao mesmo passo que as teorias do Processo Penal. Sua força veio com a Escola Clássica, quando frente a um sistema autoritário, observou-se a necessidade de uma maior segurança jurídica para evitar acusações e punições arbitrárias³².

O espaço da teoria no Processo Penal é um de luta de poder e forças. Sua estruturação define para qual lado o inclina o pêndulo entre poder punitivo e proteção do indivíduo. Os modelos inquisitório e acusatório são modelos extrapolados de opções processuais penais. Cada ordenamento

³¹ Um exemplo de repaginação dos direitos fundamentais pode ser encontrado no livro do jornalista Jon Ronson intitulado *So You've Been Publicly Shamed*. O tema abordado é como a humilhação pública pelas mídias sociais, imortalizadas em páginas da internet podem destruir a vida de uma pessoa tanto no nível profissional quanto social. Apesar das discussões acerca do direito ao esquecimento, a realidade é que quando uma informação vexaminosa alcança altos níveis de visualização e compartilhamento na internet, é quase impossível se desassociar daquele fato, seja ele verdadeiro ou falso. Esta pressão criada por uma ultra exposição da pessoa pode surgir de diversas formas. Todavia, por vezes esta é utilizada pela própria mídia como forma de ganhar audiência. A Justiça Penal é o alvo principal para este fim, especialmente quando surgem casos que envolvam celebridades ou que sejam considerados como particularmente imorais. Nestes é feito um pré-julgamento da mídia sobre a culpabilidade ou não do acusado e o processo passa a ser acompanhado, fiscalizando as decisões daquele responsável por julgá-lo, criticando-o ferrenhamente caso não decida de acordo com o que foi veiculado. Aqui não importa se a decisão tomada fora perfeitamente fundamentada ou não, somente se está de acordo com a opinião pública construída. Neste momento, o próprio julgador passa a ter sua imagem pública vinculada ao seu posicionamento dentro do processo, estando ameaçado de ser publicamente exposto assim como o acusado.

³² OVINSKI, 2001, p. 27.

adota um modelo próprio, com elementos que se mesclam, aproximando-se de cada um destes extremos. No ordenamento brasileiro, a opção feita foi em seguir o modelo acusatório, considerando que o Estado já chega muito mais munido de poder do que o indivíduo, pois detêm o monopólio da utilização legítima da força.

Por fim, talvez a função mais conhecida da presunção de inocência seja a probatória. Esta está bem visível na Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Escrita em 1948, representou uma época pós Segunda Guerra mundial preocupada com a universalização da garantia dos direitos individuais frente ao poder de polícia estatal. Enquanto esta já estava bem estruturada em países como os Estados Unidos e a França, o Direito Internacional se preocupava em disseminar a positivação de direitos fundamentais.

A DUDH trouxe garantias ao justo processo e acerca da presunção de inocência positivou em seu artigo 11.1:

“Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Se confirma aqui o clássico adágio do Direito Romano, *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, que determina que a pena não é consequência do delito, mas do efetivo processo penal. E a partir desta afirmativa, firmou-se o entendimento de que não cabe ao acusado produzir provas que lhe exima de culpa, mas à acusação demonstrar sem dúvida razoável a autoria e a materialidade do crime imputado. O ônus da prova é definido na forma do *in dubio pro reo*.

Acerca do ônus da prova, a imputação criminal é uma hipótese levantada pela acusação. Tal afirmativa, portanto, deve ser comprovada pela acusação. O juízo deve sempre partir do pressuposto da inocência do

réu e decidir neste sentido se não restar demonstrada, por meio de provas, a existência de conduta típica, ilícita e culpável³³.

Se resta claro que em um Estado Democrático de Direito, o processo deve respeitar a Presunção de Inocência em diversos níveis, ela não pode ficar adstrita à esfera do Poder Judicial. O acusado, idealmente, deve ser tratado como inocente em todas as esferas de sua vida enquanto não sobrevier uma condenação. A mídia, portanto, não poderia realizar julgamentos antecipados que não somente estigmatizam a pessoa como por vezes podem até mesmo interferir no próprio julgamento daquela pessoa, tanto afetando o convencimento do juiz quanto inserindo uma pressão social sobre aquela sentença. Portanto, a Presunção de Inocência deve ir além, abarcando ainda uma faceta externa ao Judiciário³⁴.

Em síntese, a presunção de inocência é vasta e não se limita somente a sua faceta de produção probatória. O *in dubio pro reo* existe porque faz parte de um sistema integrado com o modelo processual adotado no ordenamento, a teoria por detrás do Processo Penal brasileiro e suas regras de aplicação na prática processual. Não pode ser ignorado que há um equilíbrio de direitos e deveres porque o Direito Penal serve para controlar não somente indivíduos, mas também os abusos Estado. Permitir brechas na atuação do Poder de Polícia para afastar a Presunção de Inocência, como será abordado nos capítulos seguintes, traz o perigo de permitir abusos, daí a necessidade de controle, para proteção de qualquer Estado Liberal.

1.5) Presunção de Inocência e a Produção Probatória

³³ Em seu texto sobre a presunção de inocência, Maria Lúcia Karam afirma que existe quem afirme que ao MP cabe apenas a prova da tipicidade e autoria da conduta, cabendo ao réu provar qualquer excludente de antijuridicidade ou culpabilidade. Contudo, tal hipótese seria uma forma de afastar a presunção de inocência. Um dos argumentos desta corrente é a premissa de que o ordinário se presume, o extraordinário se prova. Ou seja, a presunção de inocência se limita a enquanto o fato típico não foi provado. Uma vez estes sendo demonstrado, sua ilicitude e culpabilidade tornam-se presumidos. Karam entende que essa lógica subverte o princípio da presunção de inocência, que é geral e inafastável. Portanto, qualquer sentença que se limita a verificar autoria e tipicidade deveria ser considerada nula por manifesta desobediência ao dever de motivação (KARAM, 2009, p. 30).

³⁴ AURY, 2015, pp. 96 a 97.

Abordada a presunção de inocência em seus aspectos gerais, resta ainda compreender sua relação no processo com os institutos da delação premiada. Tal tópico será adentrado com mais cuidado no capítulo final do presente trabalho, entretanto algumas questões preliminares não podem deixar de ser apontadas. Tal como qualquer princípio, a Presunção de Inocência pode ser relativizada e mitigada, algo que geralmente é feito em prol da busca por uma Verdade Real.

Uma das facetas clássicas da presunção de inocência é o direito do acusado de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmo³⁵, conhecido na expressão latina *nemo tenetur se detegere*. Sob nenhuma hipótese o réu ou investigado pode ser obrigado a apresentar informações incriminadoras. Entretanto, o acusado possui o direito de, por livre e espontânea vontade, abrir mão dessa proteção para se defender, confessar um crime ou fornecer ainda quaisquer novas informações que desejar, ciente de que estas podem ser usadas contra ele. Ainda que o princípio da presunção de inocência seja, em si, indisponível, o direito a permanecer em silêncio e a não auto-incriminação não o são, podendo ser afastados pela livre vontade da parte.

A mais conhecida destas hipóteses, detalhada no Código de Processo Penal e prevista no Código Penal como atenuante de pena, é a confissão. Por livre e espontânea vontade, o réu pode admitir sua culpa. O objetivo aqui seria premiar aquele que de alguma forma se arrepende do feito e coopera com a Justiça. Obviamente, tal atitude facilita o trabalho investigativo da polícia e o acusatório do Ministério Público. Todavia, não é dado a qualquer autoridade pública permissão para estimular ou negociar uma confissão, sob o risco de se reaproximar de práticas inquisitoriais.

O mesmo se dava com a delação. O instituto em si não é novidade no ordenamento brasileiro, sendo tratado tradicionalmente como um braço da confissão. Todavia, ele se modifica profundamente a partir do momento

³⁵ Postulado internacionalmente no art 14, §3º, "g", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e internamente no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988.

em que é transformado em um acordo entre Ministério Público e acusado, afetando a pena ou mesmo permitindo o não oferecimento de denúncia frente ao acusado.

Ambos os institutos continuam hoje a ser meios de produção probatória. Todavia, esta mudança na forma de obtenção e nos poderes oferecidos ao *Parquet* mudam completamente a dinâmica da delação. A alteração foi tão profunda que afetou sua natureza jurídica, que passa a ser de negócio processual, se distanciando da figura da confissão, da qual decorre no máximo o direito subjetivo do réu a ser beneficiado pela atenuante do art. 65 do Código Penal quando a admissão de culpa influenciar na fundamentação da sentença (conforme súmula 545 do STJ), respeitando a proporcionalidade e individualização da pena. Aqui, portanto, a relação jurídica se dá frente ao Juízo, que deve respeitar as normas processuais na prestação do poder jurisdicional, aplicando a correta dosimetria da pena. Não há, portanto, qualquer procedimento voltado para incitar ou induzir ativamente a confissão.

Elemento central do processo acusatório, baseado na Paridade de Armas e na Ampla Defesa e no Contraditório, a Presunção de Inocência é uma ficção contraintuitiva, mas o é por reconhecer o estado de vulnerabilidade do réu frente à máquina estatal. Por tal motivo, a opção do réu de afastar seu direito ao silêncio deve sempre ser pautada no voluntarismo, sem qualquer tipo de coação ou pressão sobre o acusado. Permitir que o Estado estimule ativamente a confissão tem como principal perigo permitir abusos individuais que podem ser de difícil identificação e correção. Afinal, sempre que se trata da liberdade do réu, falamos de direitos sensíveis.

Este sistema complexo deve ser levado em consideração durante todo o estudo de delação premiada. Dentro de uma lógica liberal e do Estado Democrático de Direito, o princípio da presunção de inocência só pode ser afastado pelo próprio acusado respeitando sua voluntariedade, ciente de sua situação de vulnerabilidade, tanto que é vedada a condenação

embasada somente em confissão ou delação. Daí a necessidade da realização de uma análise sistêmica de qualquer instituto novo do Direito Processual Penal, especialmente quando se tratar de Justiça Negocial.

2) O INSTITUTO DA DELAÇÃO

2.1) Presença Histórica no Ordenamento Brasileiro

A presença da delação no Brasil não é algo exclusivo da modernidade, prevista no ordenamento desde os tempos das Ordenações do Reino. O trabalho de Pachi³⁶ demonstra que o instituto estava presente já nas Ordenações Filipinas, publicadas em 11 de janeiro de 1603, que vigoravam em Portugal e, por conseguinte, também em suas colônias.

Nos Títulos VI e CXVI do Livro V, que tratava de matéria penal, estava previsto que aqueles que colaborassem nas investigações do Estado, admitindo o crime perpetrado e trazendo informações sobre os demais envolvidos, teriam direito ao perdão e a outras vantagens. Tais possibilidades de obtenção de prêmios estavam previstas para uma diversidade de crimes. O Título VI era específico dos crimes de Lesa-Majestade, enquanto o CXVI é mais abrangente. Intitulado simplesmente "Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão", traz o seguinte texto legal:

"Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe, meu filho, ou em falsar sinal de algum Vedor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official Mór, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fora per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Serivão; tanto que assi dêr à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte.

E se fôr participante no mesmo maleficio, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qualquer maleficio, que tenha,

³⁶ PACHI, Lais Helena Domingues de Castro. Delação Penal Premial. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal).

postoque grave seja, e isto não sendo maior daquelle, em que he culpado o que assi deu à prisão.

E se não tiver perdão das partes, havemos por bem de lhe perdoar libremente o degredo, que tiver para Africa, até quatro annos, ou qualquer culpa, ou maleficio, que tiver commettido, porque mereça degredo até os ditos quatro annos.

Porém isto se entenderá, que o que der à prisão o malfeitor, não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer.

E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e dêr à prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê."

O instituto não existia somente no texto legal, nos registros jurisprudenciais também pode ser observado o seu uso. Inclusive, foi a delação premiada a grande responsável por uma das condenações à morte mais icônicas do século XVIII; a de Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes. A Inconfidência Mineira, que se estendeu de 1788 a 1792, foi debelada pelas autoridades a partir das informações vazadas de um de seus integrantes, o coronel Joaquim Silverio dos Reis. Como prêmio, o delator recebeu perdão pelos crimes cometidos e pôde manter seus bens. Os demais envolvidos na Inconfidência foram condenados à força e tiveram seus bens confiscados, levando seus descendentes à pobreza.

Ainda que utilizada, a delação era vista, desde seus idos, como algo negativo. A prática de denunciar outrem, quebrando-lhe a confiança, sempre trouxe consigo uma conotação depreciativa. Permeados por uma tradição judaico-cristã, na qual a morte do messias decorre de uma delação em troca do perdão e de moedas de ouro, a transformação iconográfica de Tiradentes à semelhança de Cristo e o aproveitamento da sua história para a construção de uma história e identidade republicanos³⁷, transformando-o no

³⁷ Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, era militar e, nos três anos em que permaneceu preso, era obrigado a receber cortes de barba e cabelo periodicamente, dificilmente ostentando os cabelos e barba longos e acastanhados à semelhança de Cristo. Esta iconografia passou a ser adotada como oficial após o quadro de Pedro Américo, "Tiradentes Esquartejado", de 1893, produzido após a declaração da república, em um momento de crise econômica e política, quando o sistema republicano clamava por uma construção identitária capaz de firmar a opinião pública a seu favor. A história de Tiradentes, mártir republicano, foi então retomada nestes moldes, para possibilitar a construção do mito congregador do herói da República brasileira. Sobre este tema, ver José Murilo de Carvalho, Maraliz de Castro Vieira Christo e José Luciano de Queiroz Aires.

"Patrono Cívico da Nação Brasileira"³⁸ não ignora a revolta e desonra associado aos atos de traição.

Portanto, é antiga a noção de que o Estado não deveria negociar com aqueles dispostos a delatar. Afinal, conceder perdão a estes significa permitir que criminosos confessos saiam impunes dos crimes cometidos. Mais absurdo ainda ganharem benefícios adicionais, como a permissão de manter bens advindos de atividades ilícitas. Aqui se fortalece o argumento da impunidade, que se mistura com as justificativas morais. Afinal, o Estado estaria permitindo a realização de um ato não aceito nem mesmo no código de conduta dos próprios criminosos, entre os quais a delação é uma atitude imperdoável e duramente punida. Estas críticas não são atuais. Beccaria, em seu *Dos delitos e das Penas*, já criticava a manutenção da confissão e da delação como *regina probationum*, sendo passível, à época, sua obtenção até mesmo através da tortura física³⁹.

Com o passar do tempo e o abandono gradual do sistema inquisitivo, a confissão e a delação foram perdendo espaço dentro da valoração das provas e seu lugar como *probatio probatissima*. As leis e Códigos que sucederam as Ordenações foram aos poucos retirando as vantagens dadas aos delatores. Em realidade, a própria confissão só tornou a trazer vantagens ao criminoso quando se transformou em circunstância atenuante genérica, no Código Penal de 1940.

Tal qual atualmente, a confissão nada mais é que um meio de prova, que não pode ser o único fundamento de uma condenação. Conforme esta previsão legal, a jurisprudência já na década de 1940 se preocupava em não fundamentar as decisões somente nas informações trazidas de confissões, como pode ser observado mesmo em decisões proferidas em Tribunais brasileiros⁴⁰:

³⁸ A Lei 4.897/65 prevê em seu artigo 1º que "Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, é declarado patrono cívico da Nação Brasileira".

³⁹ BECCARIA, 1764.

⁴⁰ O advogado João Carlos Castellar, em seu parecer sobre o projeto de lei nº 4.372/16, que visa alterar a lei 12.850/13, traz em seu início uma breve história da delação premiada no Brasil,

"No processo criminal o valor confissão depende da existência de outras provas confirmatórias. As declarações policiais na sistemática do processo, não tem valor probante. A confissão extrajudicial é apenas indício remoto, mormente se não foi espontânea, e sim resultado de sucessivos interrogatórios."⁴¹

A delação demorou mais para reaparecer. Por muito tempo, não havia previsão específica do instituto, sendo tratado como uma hipótese de confissão.

2.2) Instituto Moderno

Progressivamente, os institutos foram ressurgindo e ganhando mais força. Atualmente, o Código Penal brasileiro prevê tanto a confissão (artigo 65, III), quanto a delação premiada para caso de extorsão mediante sequestro realizado em concurso (artigo 159, §4º), cujos prêmios se restringem à atenuação da pena do delator.

Esse ressurgimento do instituto da delação não se deu isoladamente ao contexto mundial. Profundamente associado ao combate contra as organizações criminosas, ganhou força com as lutas contra as drogas que surgiu como uma política estadunidense forte, sendo exportada mundialmente⁴² e, posteriormente, contra os crimes de colarinho branco, todos considerados como de difícil obtenção de provas.

Será em 1990, já sob a vigência da Constituição Democrática de 1988 que reaparece a delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, com o artigo 8º da Lei nº 8.072, conhecida como "Lei de Crimes Hediondos", prevendo redução de pena de um a dois terços para quem denunciar à autoridade o bando ou quadrilha ao qual pertence, permitindo

destacando essa modificação de postura frente as benesses dadas aos delatores com o passar do tempo. (CASTELLAR, 2016, p. 9)

⁴¹ TACrim-SP: Relator Des. DIOGENES DO VALE, 2º C. Crim. Ap. nº 7.305 da Capital, jultº em 27/08/42, *in*: Revista dos Tribunais, v. 151/540, apud CASTELLAR, 2016, pp. 9-10.

⁴² Sobre a história da guerra internacional às drogas e o papel dos Estados Unidos da América nesta empreitada no âmbito da política internacional, o juiz Luís Carlos Valois lançou um livro denominado *O Direito Penal da Guerra às Drogas* (VALOIS, 2017), fruto de sua tese de doutorado, no qual trata detalhadamente sobre o tema. Castellar também trabalha essa questão em seu artigo para a Revista Digital do IAB (CASTELLAR, 2014, p. 103)

seu desmantelamento. Ademais, em seu artigo 7º, acrescentou o seguinte parágrafo ao artigo 159 do Código Penal:

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

Tal modificação trouxe a delação premiada pela primeira vez ao Código Penal, presente ainda hoje. Seu texto sofreu somente uma pequena modificação, com a Lei nº 9.269/96, alterando as hipóteses de "quadrilha ou bando" para "em concurso", ampliando a aplicação do instituto.

A partir desta mudança, aos poucos o instituto foi crescendo. No mesmo ano, a Lei nº 8.137/90, de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo, em seu artigo 16, parágrafo único, trouxe a possibilidade de redução de pena para aqueles que colaborassem com as investigações do Estado.

Em 1995, a lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro, nº 7.492/86, foi acrescida em seu art. 25 de um novo parágrafo, prevendo que os crimes contidos nela, se cometidos em quadrilha ou co-autoria, se o co-autor ou partícipe decidir voluntariamente revelar à autoridade competente (policial ou judicial) "toda a trama delituosa", estará apto a ter sua pena reduzida na proporção de um a dois terços⁴³.

Somente três anos depois, a Lei de Crimes de Lavagem de Capitais, nº 9.613/98, trouxe o instituto em seu artigo 1º, §5º, modificado em 2012 para sua redação atual, que prevê os seguintes benefícios:

"§ 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."

Portanto, somente em 1998 uma lei previu benefícios que iriam além da redução de pena, trazendo expressamente a permissão de fazer com que o delator não cumpra sua pena em regime fechado e, mesmo, que tenha sua

⁴³ Este acréscimo foi feito pela lei nº 9.080/95.

condenação substituída por pena restritiva de direitos, excluindo a necessidade de sofrer uma privativa de liberdade, dentro de uma instituição penal. Todavia, ainda não havia a hipótese de perdão judicial.

Tal possibilidade somente surgiria um ano depois, com a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99), nos seus artigos 13 e 14, mas somente para os delatores que forem réus primários, cabendo nos demais casos, redução de pena, conforme se segue:

"Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado** que, sendo **primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal**, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços."

Se tratando de uma lei preocupada com a integridade das testemunhas, em seu artigo 15, esta prevê ainda que ao delator caberá a adoção de medidas especiais de segurança, seja fora ou dentro do presídio, para garantir sua segurança.

Em 2004, a delação reaparece com a participação do Brasil na Convenção de Nova Iorque contra o Crime Organizado, trazendo como prêmio não somente o perdão judicial e a extinção de punibilidade, mas a possibilidade de não iniciar o próprio processo criminal, conforme consta:

"27. Sem prejuízo da aplicação do parágrafo 12 do presente Artigo, uma testemunha, um perito ou outra pessoa que, a pedido do Estado Parte requerente, **aceite depor num processo ou colaborar** numa investigação, em processos ou outros atos judiciais no território do Estado Parte requerente, **não será objeto de processo, detida, punida ou sujeita a outras restrições à sua liberdade pessoal** neste território, devido a atos, omissões ou condenações anteriores à sua partida do território do Estado Parte requerido. Esta imunidade cessa quando a testemunha, o perito ou a referida pessoa, tendo tido, durante um período de quinze dias consecutivos ou qualquer outro período acordado pelos Estados Partes, a contar da data em que recebeu a comunicação oficial de que a sua presença já não era exigida pelas autoridades judiciais, a possibilidade de deixar o

território do Estado Parte requerente, nele tenha voluntariamente permanecido ou, tendo-o deixado, a ele tenha regressado de livre vontade."

A previsão da Convenção, ratificada pelo governo brasileiro e internalizada no ordenamento brasileiro com o Decreto nº 5.015/04, traz claras influências da estrutura estadunidense e do *plea bargaining*. Até aquele momento, todas as normas que previam a delação trouxeram prêmios que respeitaram o Princípio da Obrigatoriedade do Processo Penal. Caberia ao juiz, após o transcurso do devido processo, a concessão ou não das reduções de pena, do perdão judicial ou dos demais benefícios. Esta foi a primeira previsão legal a mitigar tal princípio.

Na luta contra as organizações criminosas e, mais especificamente, da guerra às drogas, com a qual o governo brasileiro se comprometeu internacionalmente, foi sancionada a Lei nº 11.343/06, conhecida como Lei de Drogas, que traz diversas previsões à colaboração.

Em seu artigo 41, permite que o delator que contribua durante a investigação ou o processo, seja na identificação dos demais envolvidos nos crimes tipificados naquela lei ou na recuperação total ou parcial de produto do crime, tenha sua pena reduzida de um a dois terços. Em relação aos crimes tipificados nos artigos 33, caput e § 1o, e 34 a 37 da lei, condutas associadas ao tráfico de drogas, há ainda a possibilidade de aplicar o perdão judicial previsto na Lei no 9.807/99 para extinguir a punibilidade de uma eventual condenação.

Adicionalmente, em seu artigo 68, trouxe a permissão para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem estímulos fiscais e outros, para pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas. Aqui, um poder muito grande é dado aos entes da Federação para estimular o uso do instituto da delação.

Apesar de todas estas previsões legais, na prática, o instituto ainda não estava tão difundido. Em seu manual de Processo Penal de 2016,

Nucci⁴⁴ traz como principal crítica à delação o fato desta quase não ser utilizada nos tribunais. Sua popularidade veio somente alguns anos mais tarde, com o destaque midiático da operação Lava-Jato e a criação da Lei nº 12.850/13, de Organização Criminosa⁴⁵.

Tal lei alterou sensivelmente o instituto da delação premiada. Além das benesses dadas ao delator, trouxe os primeiros requisitos processuais para a aplicação do instituto e tipificou crimes específicos da delação. Em seu artigo 18 traz o crime de revelar, fotografar ou filmar sem autorização por escrito do colaborador, e, no art. 19, a imputação falsa de crime sobre pessoa que se sabe inocente ou fornecer informações inverídicas sobre a organização criminosa para fins de colaboração premiada.

Em termos dos prêmios à delação, ela repetiu a previsão de outras leis, trazendo a possibilidade do juiz conceder, a pedido das partes, o perdão judicial ao delator, reduzir em até dois terços sua pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos, mas também inovou. Com inspirações no sistema adversarial estadunidense e a partir da previsão da Convenção de Nova Iorque, a nova lei permitiu que o Ministério Público negocie o não oferecimento de denúncia na hipótese do delator não ser o líder da organização criminosa e se ele for o primeiro a colaborar. Além de trazer hipótese de suspensão do processo ou do prazo para oferecimento da denúncia em até um ano enquanto estiverem sendo cumpridas as medidas acordadas, havendo igualmente suspensão do prazo prescricional.

Acerca da questão procedimental, a lei foi a primeira a trazer algum tipo de positivação acerca do tema. A proibição de envolvimento do juiz na negociação da delação e a exigência de participação da Defesa em todos os atos foram as principais adições. Entretanto, não se foi muito além desta

⁴⁴ Vide NUCCI, 2016, pp. 268 - 270. Em análise jurisprudencial feita para seu artigo de 2006, Penteado também aborda a pouca quantidade de decisões que envolvam a delação premiada nos tribunais brasileiros (PENTEADO, 2006).

⁴⁵ Em temática similar, Enrico Altavilla critica a delação premiada por essa ser raríssima entre corréus de crimes políticos ou em associações criminosas em decorrência dos vínculos de solidariedade, por considerarem sua conduta meritória e para não dar ares de maior gravidade à infração pelo envolvimento de uma trama criminosa. A incriminação (falsa ou não) de outros comparsas estaria relegada a crimes mais populares, motivada por razões mesquinhas (ALTAVILLA, 1929 *apud* PENTEADO, 2006).

questão, mantendo muitos pontos em aberto, em especial quanto aos limites dos poderes de negociação da autoridade competente.

Após esta construção de um panorama geral do instituto, verifica-se que a delação premiada se construiu no ordenamento brasileiro de forma gradual, ressurgindo nas últimas décadas em leis esparsas, que nem sempre dialogam entre si. O instituto surge como uma excepcionalidade, mas que paulatinamente se irradia para uma pleura de situações diferentes, a medida que novas leis passam a adotá-la.

2.3) Natureza Jurídica

O próprio STF já tratou do tema da natureza jurídica da delação premiada. Em seu Informativo nº 796 (HC nº 127.483/PR), o pleno do STF, com a relatoria do ministro Dias Toffoli aponta uma dupla natureza jurídica para a colaboração premiada. A colaboração enquanto acordo configura um negócio jurídico processual bilateral, sujeito às exigências do plano da existência, validade e eficácia tal qual quaisquer negócios jurídicos. Todavia, a colaboração possui um objetivo por parte da autoridade que o realiza: a produção probatória. Portanto, também se qualifica como um veículo de produção probatória, igualmente restrito a seus requisitos. Conforme as palavras do ministro relator, em seu voto vencedor:

"Estes [os depoimentos prestados] seriam, efetivamente, **meio de prova**, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser **corroborado por outros meios idôneos de prova**. (...) 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. (...) Além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria **negócio jurídico processual**." (HC 127.483/PR, Relator min. Dias Toffoli, Pleno, Publicação: DJE 04/02/2016 - ATA Nº 4/2016. DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016)

A colaboração, portanto, é para o STF um negócio jurídico processual entre o Estado e o indiciado, cuja validade está condicionada à

homologação do juízo. Portanto, deve ser submetido ao exame dos planos da existência, da validade e da eficácia. Em sua decisão de homologação, a autoridade judicial observa somente estes elementos, sem adentrar no mérito do acordo, ou seja, não trata do conteúdo da delação ou da proporcionalidade do prêmio oferecido pelo Ministério Público. Este será abordar somente na sentença.

O autor Marcos Paulo Dutra Santos questiona esta classificação, afirmando que a delação seria um direito subjetivo do acusado. Conforme será abordado com mais atenção no próximo capítulo, o jurista defende que, tal qual o juiz não está condicionado aos prêmios requisitados pelo *Parquet*, ele igualmente não dependeria da feitura do acordo para dar os prêmios. Ainda que a negociação e o acordo deem uma maior segurança ao indiciado, pois contará com a requisição e o apoio do promotor no pedido da redução de pena ou perdão judicial, por exemplo, no momento em que ele realiza uma delação, o juiz, se entender que os requisitos para o acordo constam naquele ato, alcançados os objetivos previstos na lei, poderá premiar o réu independentemente da concordância do promotor atuante.

O que não se questiona em definitivo é o caráter de meio de produção de prova, não somente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, como pela própria lei 12.850/13, em seu artigo 3º, caput e inciso I⁴⁶. Consequentemente, também está amparado pelos limites da produção probatória. Qualquer tipo de abuso ou vício que envolve a produção daquela prova significará não somente uma resolução daquele negócio jurídico, mas também que aquela é uma prova ilícita, constitucionalmente vedada e que, portanto, deve ser retirada dos autos e desconsiderada em termos de fundamentação de sentença.

2.4) Enquadramento Sistêmico

⁴⁶Segundo o texto legal do art. 3º, I, da lei 12.850/13: " Art. 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"

Em termos de destaque, a delação premiada passa a ser conhecida com a crescente repercussão da Operação Lava-Jato na mídia. Deflagrada pela Polícia Federal em 2014, com seu primeiro acordo de delação homologado no mesmo ano, a operação atualmente está na sua 51ª fase⁴⁷, com diversas delações feitas, envolvendo dezenas de réus, geralmente políticos ou empresários, de múltiplos Estados brasileiros.

Ao longo de todo este processo, conforme já abordado anteriormente, a mídia teve papel essencial, de modo a informar a população da movimentação da máquina do Judiciário frente a crimes de colarinho branco que envolveram o erário e para formar uma opinião pública positiva para o esforço do Ministério Público e do Judiciário. Todavia, o discurso não incluiu uma discussão jurídica acerca do instituto e de como este se enquadra ou não dentro do ordenamento jurídico enquanto sistema, nem quais as possíveis repercussões destes usos da delação premiada.

O grande problema envolvendo o crescimento de popularidade do instituto pode ser observado pela grande quantidade de artigos discutindo-o, sem alcançar um consenso. Conforme demonstrado, a delação premiada não é uma novidade no ordenamento, mas a popularidade de seu uso sim e esta mudança fez com que ele fosse profundamente repensado, emergindo críticas novas e antigas, em especial quanto a seu enquadramento dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁷ Cinquenta e uma fases dentre as principais, pois além destas, houve diversos outros desdobramentos de processos e inquéritos. Em todos os processos, a grande mídia acompanhou os fatos, produziu linhas do tempo, explicações detalhadas, com exibições de julgamentos considerados centrais. Provavelmente a maior operação de colarinho branco do país, a mídia teve um papel decisivo para trazer a população e a opinião pública para esta operação, de tal modo que as figuras envolvendo o caso tornaram-se espécies de celebridades. Em Curitiba, inclusive há empresas de turismo que oferecem para os visitantes a opção de fazerem o chamado tour Lava-Jato, um passeio de 4 horas que passa pela Procuradoria da República, Universidade Federal do Paraná (onde o juiz Sergio Moro leciona), a Justiça Federal, a Polícia Federal, o Complexo Médico-Penal e o Museu Oscar Niemeyer (onde estão guardadas obras apreendidas na operação). Vide http://www.curitiba-travel.com.br/pt/Tour_Lava_Jato_Curitiba (disponível e acessado em 25 de março de 2018).

O defensor Marcos Paulo Dutra dos Santos traz em seu livro sobre a colaboração premiada um estudo de Direito Comparado, no qual contrasta o instituto brasileiro e seus correlatos nos Estados Unidos e na Itália. A escolha destes países se deu por conta das fortes influências que tiveram na construção do instituto no Brasil, especialmente o norte-americano. Conforme já exposto neste capítulo, a delação premiada não foi uma criação brasileira, cujo nascimento se deu com o ordenamento pátrio em mente. Ela foi importada e adequada. Por isto, é essencial que seja analisada em sua origem.

No presente trabalho, o enfoque central do estudo será no instituto americano, pois ainda que a delação premiada exista em outros países, sua aplicação mais notória se dá nos Estados Unidos, no qual mais de 97%⁴⁸ das penas aplicadas advêm do *plea bargaining*. Ademais, percebe-se que este foi o principal influenciador na importação do instituto no Brasil e em diversos outros países, como afirma Anitua:

"O modelo a imitar por todas estas legislações [da Espanha, de Portugal, da Guatemala, do Panamá, da Costa Rica, da Bolívia, do Paraguai, de El Salvador, da Argentina e do Brasil] é o *plea bargaining*. Este sistema é uma prática nos sistemas processuais dos Estados Unidos, da Inglaterra e de País de Gales. A rigor, o modelo adotado é o de uma classe de *plea bargaining*: o *sentencing bargaining*, em que o acordo se realiza sobre a pena a ser imposta se o acusado assume sua culpabilidade (*guilty plea*). Pela influência do princípio da legalidade penal na tradição continental europeia (e, logo, na ibero-americana) não se pode realizar outros acordos, também realizados no âmbito anglo-saxão, como o *charge bargaining*, *lateral bargaining*, etc. que permitem negociar também o próprio fato ou a qualificação legal"⁴⁹

O sistema americano se difere do brasileiro em seu próprio núcleo estruturante, adotando a *Common Law* como sistema jurídico e o *adversary system* como sistema de Direito Processual Penal. Em oposição ao Direito brasileiro, admite-se que há duas partes em posicionamentos contrários: uma executando a função de acusador, com o objetivo claro de condenar o acusado, e outra na defesa, pela absolvição. Aqui, o juiz não possui controle

⁴⁸ O site do *United State Sentencing Commission* traz os dados comparativos das condenações federais referentes ao período de 1º de outubro de 2015 a 30 de setembro de 2016, como pode ser observado em seu site oficial: <https://www.ussc.gov/research/data-reports/geography/2016-federal-sentencing-statistics>

⁴⁹ Vide ANITUA, 2017, p. 360.

sobre a atividade acusatória da Promotoria⁵⁰, que possui absoluta discricionariedade para decidir se irá ou não denunciar, se opta por realizar o acordo, denominado *plea bargaining*, ou se simplesmente não fará nada com o caso⁵¹.

Aqui, o controle dos abusos na realização dos acordos é sutil. Conforme a estrutura do *Common Law*, a ausência de leis específicas sobre os limites que atrelam o promotor faz com que os casos tenham de ser decididos pela Suprema Corte para ter algum tipo de efeito *erga omnes* pela construção de precedente. Dentre estas questões, temos a dos limites da negociação. Esta é vista como algo a ser feito entre a Promotoria e os advogados do acusado. Inclusive, há uma discussão doutrinária se a pessoa do acusado teria o direito a estar presente nas negociações, o chamado *right to be present*, afinal, estas reuniões não correspondem a julgamentos e, portanto, não haveria motivo para falar de contraditório.

A proteção aos direitos do réu fica ainda mais fragilizada quando se trata dos usos possíveis das informações prestadas pelo agente. Apesar de haver norma determinando que as informações prestadas não podem ser utilizadas em desfavor do acusado -- Regra Federal nº 11 (f), combinada com a Regra Federal nº 410 (a), isso somente vale quando o acordo de *plea bargaining* é fechado. No caso *United States v. Mezzanatto* (1995), a Suprema Corte já relativizou esta proteção. O Tribunal considerou que, enquanto negociava com a Promotoria, o réu teria aberto mão da Regra Federal nº 410, que protege quaisquer informações que ele venha a oferecer. Todavia, fracassando as negociações de *plea bargaining*, o acusado foi denunciado e condenado com base nas declarações dadas por ele enquanto tentava o acordo. A condenação foi mantida quando a decisão chegou à Suprema Corte.

Ainda acerca dos limites da acusação, nova discussão foi trazida nos casos *Santobello v. New York* (1971) e *Mabry v. Johnson* (1984), em ambos

⁵⁰ Tradução livre do termo original *Prosecution* e que será adotada ao longo do presente trabalho.

⁵¹ Vide SANTOS, 2017, p. 54

a Defesa discutia se a promotoria poderia voltar atrás na proposta dos acordos e denunciar o réu por crime mais gravoso. No primeiro caso, a Suprema Corte estadunidense declarou que se o promotor já havia fechado o acordo, este deve ser respeitado. Todavia, no segundo a decisão é que a mera proposta, sem ter ainda fechado o acordo, mesmo que a Defesa demonstre seu interesse neste, não vincula a Promotoria⁵².

Outro entendimento da Suprema Corte é que o indiciado não possui o Direito de saber quais provas a acusação possui contra ele antes da denúncia. Portanto, a negociação e acordo do *plea bargaining* são realizados totalmente no escuro pela parte, que sequer sabe qual será sua capacidade de Defesa e, portanto, situando-se em total desigualdade e vulnerabilidade.

Assim, observa-se flexibilidade e um grande espaço de manobra e negociação por parte do promotor, algo inclusive já criticado na doutrina estadunidense⁵³. Esta permissão do *plea bargaining* de aplicação de pena restritiva de liberdade sem o devido processo legal é muito associada ao grave problema de super encarceramento vivido nos Estados Unidos, elevando-o à categoria de país com maior número de presos, com valores muito acima, tanto quantitativamente quanto proporcionalmente, ao restante do mundo⁵⁴.

⁵² *Ibid* pp. 47-51.

⁵³ Muitos trabalhos norte americanos de análise seguem uma via mais científica e econômica em sua abordagem do contexto social estudado. A partir de qual modelo e variáveis forem observadas, diferentes resultados e conclusões são retiradas. Tradicionalmente, se considera que esta estrutura de justiça negocial e do *plea bargaining* é eficiente e socialmente benéfico. Ainda que este posicionamento não tenha sido superado, observa-se construções em sentido oposto. Em sua tese de doutorado do professor de Economia da Universidade de Connecticut, Douglas Savitsky, em especial seu capítulo denominado "Economic Models of Plea Bargaining", que trata desta questão. O autor, por sua vez, apresenta um modelo que associa intimamente a utilização do *plea bargaining* e a possibilidade de penalizar sem o julgamento com o aumento do encarceramento estadunidense e a colocação dos Estados Unidos no topo dos países com maior número de presos, seguindo esta tendência mais crítica ao sistema penal de seu país. (SAVITSKY, 2009)

⁵⁴ O site do instituto da World Prison Brief (WPB) traz algumas informações essenciais acerca dos presídios mundiais. Ele constrói uma database que oferece acesso gratuito a informações sobre os sistemas prisionais mundiais. Sobre os Estados Unidos da América, segundo dados recebidos do U.S. Bureau of Justice Statistics no dia 31 de dezembro de 2015, a população prisional total era de 2.145.100 pessoas. Tal número é não somente quantitativamente elevado, mas também comparativamente. Enquanto os Estados Unidos é o país com maior população carcerária, a China vem em segundo com um total de 1.649.804 e em terceiro o Brasil com 672.722, números muito inferiores, apesar de ainda serem elevados. Em termos proporcionais, a quantidade de

O ordenamento brasileiro, por sua vez, trabalha com uma estrutura diferente, baseada na *Civil Law*. Há uma maior preocupação com a segurança jurídica do que com a flexibilidade das normas. Por este motivo, os limites e características de colaboração premiada devem estar previamente determinados em lei, não sendo permitido ao Ministério Público atuar pela sua própria vontade, mas senão dentro dos limites legalmente estipulados, respeitando a legalidade estrita.

A lei 12.850/13 trouxe alguma delimitação processual para o instituto, mas a positivação deste ainda está dispersa pelo ordenamento, sem uma estrutura coesa e há ainda muitas brechas legais. Da atual estrutura da delação, há duas conclusões possíveis a serem alcançadas: a primeira é que a intenção do legislador era a construção de um procedimento menos engessado, conforme é a tendência na qual segue o Direito Processual Civil; a segunda é que falta uma coesão interna ao instituto, o que significa que qualquer contradição deve ser interpretada conforme der maior proteção àquele que faz o acordo.

A tendência de flexibilização do processo penal é uma questão que já foi levantada pelo desembargador aposentado e professor federal Geraldo Prado, que destaca as facilidades processuais da Justiça Negocial como extremamente sedutoras. Todavia, esta sedução pode não passar de um canto de sereias. O jurista aponta como a Justiça Penal de caráter negocial se baseia em um horizonte estratégico que não se baliza nas provas e no convencimento do juiz⁵⁵. Portanto, na Justiça negocial, o processo jurisdicional é substituído por um jogo no qual o que importa não são as provas passíveis de afastar a presunção de inocência, mas a capacidade de negociação das partes.

Por se tratar de uma negociação, há o risco do *Parquet* brasileiro, em uma sociedade de cunho ainda bastante punitivista, atuar segundo as

encarcerados nos Estados Unidos também é o maior do mundo, restando em 666 presos para cada 100,000 pessoa da população.

Vide <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america> , acessado em 15 de março de 2018.

⁵⁵ Vide PRADO, 2010, p. 153.

premissas do sistema adversarial americano, buscando sempre a condenação do réu. Isto significaria desrespeitar sua função dentro do processo penal, que apesar de ser de acusação, exercendo o *ius accusationis*, não se desvincula da função geral da instituição de garantir a defesa do regime democrático⁵⁶, sendo necessário "conciliar a persecução penal com a defesa de direitos e garantias fundamentais", como afirma o promotor de Justiça Márcio Berclaz⁵⁷. Inclusive, sendo sua função pleitear pelo arquivamento ou absolvição caso considere que não há provas ou indícios suficientes para da perpetração do ilícito ou se for convencido da inocência do réu.

É impreterível destacar que dentro da conjuntura negocial da delação, as posições das partes aptas a negociar são completamente díspares. O Ministério Público possui ao seu lado o aparato do Estado, o que envolve todo seu Poder de Polícia e ferramentas de supressão de garantias fundamentais, como a possibilidade de pedir pela aplicação de medidas cautelares e até mesmo da prisão ou da quebra de sigilo e privacidade da vida do réu. Ao réu, cabe somente a hipótese de aceitar ou não os termos propostos, tentando convencer o *Parquet* da validade das informações prestadas, o que significa abrir mão do direito ao silêncio e à não auto incriminação antes mesmo de ter a certeza de que qualquer acordo será fechado.

Ao tratar de Direito Penal, o que está em jogo é a liberdade do réu e, portanto, garantias fundamentais que vão além da proteção constitucional, alcançando diretos considerados como *ius cogens* no plano internacional dos Direitos Humanos. Observando a aplicação do instituto nos últimos anos, não é infundado o receio de abusos, por exemplo, nos pedidos de prisão cautelar com o intuito principal de forçar a delação e a inserção de

⁵⁶ Lei orgânica do Ministério Público, nº 8.625 de 1993, art. 1º, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

⁵⁷ Vide BERCLAZ, 2016.

cláusulas que afastam garantias constitucionais, como quando o réu abre mão de apelar na segunda instância.

Tais cláusulas são padrão em todo acordo de delação e seu descumprimento ocasiona na resolução do contrato em razão do delator não cumprir uma de suas cláusulas. Portanto, cria-se uma obrigação unilateral, pois o *Parquet* não é limitado de nenhuma forma em sua faculdade recursal. No texto padrão deste tipo de contrato, o acusado se obriga a:

"f) renunciar expressamente ao uso da instância recursal nos autos da ação penal nº... , a partir da homologação judicial do acordo de delação, deixando de impugnar, por qualquer forma, a sentença prolatada nos referidos autos, desde que sejam observados os parâmetros de pena aqui acertados."⁵⁸

Sobre as prisões, o próprio Procurador da República, Manoel Pastana já admitiu em rede nacional que “Em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”⁵⁹, insinuando que a prisão cautelar é um instrumento a ser utilizado para conseguir a delação. Tal declaração foi feita em referência aos pedidos de diferentes réus da operação Lava-Jato que estavam sendo presos preventivamente. Nos *habeas corpus* impetrados requerendo a liberdade destes acusados, em parecer, mesmo o Procurador Pastana afirmou que:

"A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que **tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos.**" [grifo nosso] (Parecer do MPF sobre o HABEAS CORPUS Nº 5029016-71.2014.4.04.0000, p. 6)

⁵⁸ Tal redação está presente em um modelo de acordo de delação premiada anexo ao artigo do juiz federal Casio Granzinoli e vem sendo aplicada (GRANZINOLI, 2007, pp. 162ss). No acordo de delação referente à Petição de pedido de homologação nº 7265/DF, julgada pelo STF, pode ser observada a mesma seguinte redação, similar: "CLÁUSULA 12ª: As partes poderão recorrer da sentença apenas no que toca à fixação da pena, ao regime de seu cumprimento, à pena de multa e à multa cível, limitadamente ao que extrapolar aos parâmetros deste acordo". Portanto, o Ministério Público não somente restringe o direito ao acesso à segunda instância, como busca delimitar o poder jurisdicional do juiz, permitindo recurso somente ao que exceder seu pedido condenatório.

⁵⁹ Vide o artigo disponível no site seguinte, acessado em 26 de março de 2018: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>

"Com efeito, à conveniência da instrução processual, requisito previsto artigo 312 do Código de Processo Penal, deve-se acrescentar a possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal, como se tem observado ultimamente, diante dos inúmeros casos de atentados contra a administração e as finanças do país." [grifo nosso] (Parecer do MPF sobre o HABEAS CORPUS Nº 5029050-46.2014.404.0000, p. 7)

Ainda que nem todo promotor aja com tal intuito e que o pedido de prisão preventiva passe pelo crivo do controle jurisdicional, avaliando se estão presentes as condições legais que justifiquem a aplicação de tal medida cautelar extrema, a delação premiada gera facilidades em termos de agilidade processual e de obtenção de prova que indubitavelmente estimulam o aumento de tais pedidos e pareceres favoráveis ao encarceramento. Sendo importante destacar que os requisitos do art. 312 são deveras amplos, sendo tema de diversas discussões. Tal situação ganha contornos mais gravosos ao analisar o contexto brasileiro, com a terceira maior população carcerária do mundo Além disso, 36,2% dela é composta por presos provisórios⁶⁰, indicando uma tendência a adotar esta medida cautelar em vez de outras menos gravosas.

Tais questões surgem pois a delação premiada foi importada sem uma preocupação mais detalhada em como seria seu enquadramento dentro do sistema de Processo Penal brasileiro. Considerou-se que como já havia outros institutos ligados à Justiça Negocial, não seria um problema a simples introdução de um novo. Todavia, a colaboração não pode ser simplesmente equiparada à Transação Penal ou à Suspensão Processual, como será melhor abordado a seguir.

A combinação de ausência de normas bem delimitadas e a importação de um instituto profundamente negocial e flexível, trouxe uma

⁶⁰ Acerca da posição do Brasil nos ranking de população carcerária, é mister remeter novamente ao site do instituto da World Prison Brief (WPB), que traz de forma mais detalhada estes dados. No endereço eletrônico <http://www.prisonstudies.org/country/brazil>, acessado em 26 de março de 2018, a organização aponta que o país consta como o terceiro maior em número de pessoas encarceradas, sendo 36,2% delas presos provisórios, segundo informações de 2018. Tais informações são corroborados internamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que traz um levantamento feito em janeiro de 2017 dos presos do país, apontando que dos 654.372 presos, 221.054 são provisórios, totalizando 34% dos encarcerados. Vide o site, disponível e acessado no 26 de março de 2018: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

insegurança jurídica que refletiu nas vozes de juristas que surgiram contrários à sua aplicação e na necessidade de diversas questões terem de ir ao Supremo Tribunal Federal para que esta corte possa então definir acerca da constitucionalidade de diferentes aspectos do instituto e de seu enquadramento no ordenamento brasileiro.

Em decisão, o próprio Supremo Tribunal Federal, no voto do relator min. Lewandowski, afirmou que:

"Bem examinados os autos, ressalto, na esteira do voto que proferi há quase uma década no HC 90.688/PR, que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova **introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada**."

No entanto, deve-se ponderar que o **arcabouço processual penal brasileiro, de matriz romano-germânica, guarda profundas diferenças estruturais em comparação com seu equivalente anglo-saxão**" [grifo nosso] (Decisão monocrática da Petição nº 7265/DF, Julgada em 14 de novembro de 2017)

Retomando as críticas de Geraldo Prado acerca do instituto e de seu enquadramento no ordenamento pátrio, o jurista afirma que este não seria em absoluto condizente com o sistema acusatório adotado pelo Direito Processual Penal brasileiro, como segue:

"Não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal. (...) Para o Processo Penal com o núcleo acusatório que em minha opinião foi consagrado pela Constituição da República de 1988, cabe ao titular da ação penal demonstrar em juízo a responsabilidade penal do acusado. Deverá fazer isso com provas que só alcançam essa "dignidade jurídica" porque se submetem ao contraditório.

Será visto adiante que o produto da delação premiada não preenche este requisito."⁶¹

A voz do jurista demonstra que não é pacífico o entendimento de que a delação premiada se encaixa no sistema penal adotado no ordenamento pátrio. As críticas no geral costumam estar associadas à adoção da Justiça Negocial como um todo, mas se agrava com a lei 12.850/13 e a possibilidade do Ministério Público discricionariamente afastar a obrigatoriedade da denúncia e das brechas ainda presentes em todo o procedimento de negociação que pode vir a estimular práticas de cunho inquisitorial.

⁶¹ *Ibid* p. 73.

2.5) Integração com a Justiça Penal Negocial

A delação premiada decorre de uma tendência atual do Direito Penal brasileiro a se aproximar de instrumentos da Justiça Negocial. Por este motivo, por vezes, ao trabalhar a integração sistemática do instituto no ordenamento brasileiro surge o argumento que a partir da lei 9.099/95 e com a positivação da transação penal e da suspensão processual, o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal foi mitigado como um todo, justificando qualquer atuação negocial do Ministério Público. Logo, não haveria qualquer questão a ser resolvida em relação à integração da delação no ordenamento. Por este motivo, é importante observar este ponto com maior esmero.

Já desde a implementação da lei 9.099/95, atentava-se para a tendência de crescimento da Justiça Negocial dentro das práticas penais, numa importação das práticas tipicamente estadunidenses, de cunho mais contratual. Todavia, há uma grande diferenciação entre a negociação que ocorre entre partes de um processo cível e na relação de poder disposta entre acusado e Ministério Público em um processo penal. Afinal, enquanto as partes atuam basicamente segundo sua livre manifestação de vontade, o Ministério Público precisa seguir o Princípio da Legalidade Estrita⁶². Como foi abordado acima, o Brasil não adota o sistema adversarial conforme a justiça americana, sendo a atuação da acusação sempre controlada pelo poder jurisdicional detido pelo juiz.

É importante frisar que a transação penal e a suspensão do processo não equivalem à delação premiada e não devem ser a ela equiparadas. Apesar do nome e de integrarem a chamada Justiça Negocial, a negociação que ocorre nos primeiros é meramente superficial. Conforme doutrina majoritária, a transação e a suspensão condicional são direitos subjetivos do réu⁶³. O Ministério Público deve observar os requisitos legais e, estando

⁶² Vide SILVA, 2014 pp. 123-124.

⁶³ Conforme aponta Aury Lopes Júnior, em seu livro de Processo Penal, presentes os requisitos legais, ao *Parquet* cabe somente a discricionariedade quanto aos elementos da pena a ser proposta, limitando-se às restritivas de direitos ou à multa (LOPES JR., 2015, pp. 752 e 763).

estes presentes, é seu poder-dever ofertar a transação ou a suspensão processual. Ao acusado, cabe aceitar ou não a oferta, podendo ainda tentar negociar as condições propostas. A aceitação, por sua vez, não significa reconhecimento de culpa ou envolve qualquer tipo de condenação. O acusado continua sendo réu primário. Aqui, portanto, o Legislador e o *Parquet* abrem mão da busca de uma suposta Verdade Real.

O objetivo é aliviar o judiciário nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, numerosos quantitativamente, mas de menor repreensão social, raramente gerando a execução de penas privativas de liberdade. Por meio destas medidas da Justiça Negocial, se afasta o enfoque do encarceramento, mas o Estado mantém algum controle sobre estes indivíduos supostamente desviantes, pois apesar de não haver condenação, eles são obrigados a cumprir medidas específicas e a não se envolverem em novos crimes⁶⁴.

A delação premiada, apesar de também compactuar em alguma medida com estes propósitos, não se limita a eles. Com algumas exceções, o acordo não exclui a necessidade de apreciação judicial e nem tem como foco o desencarceramento. Seu principal objetivo é a obtenção de provas frente a outros criminosos, auxiliando o trabalho investigativo. Enquanto as medidas da lei 9.099/95 sequer são consideradas como declarações de culpa, o acordo de colaboração deve sempre envolver uma confissão de culpa e oferecer informações que auxiliem na condenação de terceiros.

⁶⁴Acerca da questão, o ex-desembargador Geraldo Prado demonstra o enorme número de pessoas "controladas pelo sistema", ou seja, que de alguma forma estão associadas ao Sistema Criminal, diretamente sob a vigia estatal. Ele, entretanto, critica este fato, alegando que o Estado deve optar por manter esta quantidade de pessoas controladas – seja presos preventivo, condenados, cumprindo restritiva de direitos, entre outros – ou adotar estratégias para reduzir este número. Afinal, o Direito Penal só age depois que o bem jurídico já foi violado. (PRADO, 2010, p. 145). Pela teoria tradicional da pena, o objetivo desta manutenção de controle, seria promover a prevenção geral e específica dos crimes, entretanto os números de encarcerados e agentes cumprindo medidas restritivas de direitos continua a crescer, junto ao sentimento geral de insegurança.

O controle fica especialmente claro frente à súmula vinculante 35, que determina que a transação penal não faz coisa julgada material e seu descumprimento gera retorno à situação anterior. O promotor possui, então, poder para continuar a persecução penal e ofertar denúncia. Portanto, tanto na suspensão condicional do processo quanto na transação, o acusado se compromete a não se envolver em atividades criminosas nos próximos anos, sob pena de ter de responder pelo crime novo e pelo antigo.

Aqui, o interesse central é a busca de uma Verdade Real e a facilitação do exercício do *ius persecuendi* estatal, em contraponto total com os demais institutos.

Na transação e na suspensão condicional, o *Parquet* não possui particular interesse em conseguir a aceitação do réu. Seguindo o princípio da Subsidiariedade, idealmente busca-se evitar que os conflitos sejam resolvidos na seara penal. Todavia, caso o acusado prefira prosseguir com o processo, não há qualquer vantagem que o Ministério Público deixe de obter. Na delação premiada, há um interesse maior em estimular a cooperação de determinados agentes. Não é a toa que os crimes que permitem a obtenção de prêmios melhores em troca da delação são aqueles geralmente envolvem organizações criminosas e tráfico, afinal, estes são os cujas provas são mais difíceis de conseguir, sendo essencial os depoimentos de pessoas envolvidas no esquema ilícito. Portanto, o benefício ofertado não é proporcional à gravidade do delito em abstrato ou às peculiaridades dos casos concretos, mas à dificuldade de obter essa prova, ou seja, ao interesse estatal em obter informação do acusado.

A delação em tese não pode ser a única prova a fundamentar uma condenação. Todavia, frente às baixas taxas de resolução de crimes do país⁶⁵, unidas à alta sensação de insegurança, é razoável se tema que o Estado busque neste instituto uma forma mais fácil e rápida para o problema da segurança pública e insatisfação popular. Entretanto, isto pode gerar efeitos ainda piores, como o sucateamento das atividades investigativas, desestimulando investimentos públicos -- já abaixo do necessário -- nos setores da polícia investigativa e, em especial, de suas

⁶⁵ Esta baixa taxa de resolução de crimes pode ser observada em algumas notícias sobre o tema, como: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/homicidios-no-brasil-sao-pouco-elucidados-diz-pesquisa> e <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Infelizmente, é precário o acesso às taxas reais de resolução de crimes, pela dificuldade de obter esta informação. O Instituto Sou da Paz tentou fazer uma pesquisa sobre qual a porcentagem de homicídios que são resolvidos e só conseguiu calcular o índice para seis Estados. O próprio Diagnóstico dos Homicídios no Brasil, lançado em 2015 pelo SINESP - Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, órgão do Ministério de Justiça, se furta a trazer tais dados (http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/1diagnostico-homicidios.pdf).

equipes técnicas e periciais. A brecha deixada pelo distanciamento da prova pericial como prova por excelência, em direção ao princípio inquisitório da *confessio est regina probationum*, seria então ocupada pela palavra do acusado delator.

A prova pericial normalmente produz resultados mais objetivos e confiáveis. Ainda que a lei não traga uma hierarquia valorativa entre os tipos de provas, uma vez que aos magistrados decidem à luz do livre convencimento motivado, ela reconhece sua maior imparcialidade. Alguns exemplos deste tratamento diferenciado se dá quando o legislador proíbe a condenação baseada tão somente na confissão ou quando se exige o corpo de delito em crimes que deixam vestígio⁶⁶.

Isto pois a prova pericial é produzida em um ambiente controlado, seguindo determinado método científico, o que significa que não pode ser forçada a prestar informações contra sua vontade. O mesmo não acontece com os homens. Mesmo cientes de determinada infração penal, o homem só falará se desejar fazê-lo. Enquanto alguns podem voluntariamente prestar depoimento ou confessar por acreditar por ímpeto moral, outros só o farão em troca de algum benefício.

As pressões para aumentar penas cominadas, o endurecendo das penas e de seu regime de cumprimento, o pedido de medidas cautelares mais gravosas, a manutenção de um acusado preso preventivamente por longos períodos de tempo, a ameaça de denunciar familiares: são todos exemplos de meios para estimular o medo e aumentar o desejo de realizar acordos. Isto, todavia, pode transformar o momento do processo em um prolongamento do inquérito.

Afinal, se o acusado possuir entrada nos meios das organizações criminosas, por mais que o *Parquet* possua provas do envolvimento criminal do acusado naquele crime pelo qual ele está respondendo, sempre há a possibilidade de obter novas informações, sobre terceiros ou sobre crimes ainda desconhecidos. Independente de ter ou não iniciado o processo

⁶⁶ Vide art. 158 do Código de Processo Penal e LOPES JÚNIOR, 2015, p. 444.

penal, o interesse em obter uma delação continua presente. Entretanto, é entendimento pacífico que o grande diferencial da fase do inquérito para a processual é sua faceta inquisitorial. Por este motivo, é imperioso que fique deveras claro o limite entre uma fase e a outra.

Dentro ainda deste escopo, adentra-se na questão da mitigação do princípio da Obrigatoriedade. A transação e a suspensão processual são instrumentos despenalizadores, que exploram a possibilidade de controle social por vias menos gravosas que a restrição de liberdade e a tramitação de um processo penal, se adequando ao Princípio da Subsidiariedade. Isto significa permitir que o Ministério Público não entre com denúncia mesmo presente a justa causa e, portanto, mitigando o Princípio da Obrigatoriedade. Aqui, tal relativização ocorre em prol dos direitos e garantias individuais. As penas aplicadas antecipadamente somente podem ser restritivas de direitos ou de multa, sempre em respeito à proporcionalidade, visando ainda a economia e celeridade processual.

Ora, sobre o acordo de colaboração premiada, a mesma linha de raciocínio não pode ser aplicada. O Princípio da Obrigatoriedade não é afastado por conta da Subsidiariedade do Direito Penal e por se tratar de crime considerado como menos gravoso. Ao contrário, o acordo de colaboração premiada só está previsto para ilícitos penais que geram particular interesse social, frente aos quais o Estado está disposto a negociar com criminosos confessos para obter informação. Portanto, isto significa que estes crimes são considerados como mais reprováveis, como pode ser observado pelo *quantum* de suas penas cominadas.

A previsão de não oferecimento da denúncia nada mais é que o melhor prêmio que pode ser oferecido pelo Estado em troca de provas. Portanto, sua motivação não está atrelada à economia processual, à subsidiariedade do Direito Penal ou à despenalização e preservação de um dos direitos individuais mais preciosos do homem desde a Revolução Francesa: a liberdade. O que interessa é a obtenção de um interesse estatal, obter informação.

O princípio que se contrapõe ao da Obrigatoriedade e gera sua mitigação na delação é o da Verdade Real que, entretanto, nunca pôde por si só afastar a Presunção de Inocência. Quando o desejo por encontrar uma suposta verdade, para daí, obter condenações, confiando nas palavras de pessoas acuadas pelo *ius puniendi* estatal, periga-se a reaproximação de práticas inquisitoriais. Ao se tratar da Justiça Negocial, tanto nos demais institutos brasileiros quanto no Direito Penal americano, é importante frisar, não há qualquer busca pela verdade, ao contrário, o acordo serve exatamente para afasta o processo penal e a produção probatória. Não importa o que de fato ocorreu, mas tão somente o acordado. Inclusive, no Direito brasileiro, se tiver início um processo quando a transação penal ou a suspensão seriam cabíveis, sua sentença deve ser declarada nula em sede de apelação, retrocedendo ao momento da propositura do acordo para que este seja ofertado.

Destaca-se aqui uma discussão já antiga no Direito Penal que afirma que não é possível contrapor garantias individuais e direitos coletivos (como a segurança pública), pois o sujeito sempre perde. Afinal, o argumento da proteção de bens coletivos e da paz social sempre sobrepesa a liberdade ou privacidade de uma única pessoa. Todavia, é na relativização do caso a caso, que se constrói uma regra geral que destrói os direitos do coletivo, pois abre portas para práticas abusivas e autoritárias do Estado.

Portanto, apesar de poder ser reconhecida esta tendência brasileira em face da Justiça Negocial e da mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, não se pode tratar dos institutos como se todos se adequassem igualmente dentro do ordenamento jurídico. A lei 9.099/95 não trouxe precedentes tão abrangentes. O que se instaurou com a transação penal e a suspensão condicional foi um direito subjetivo do acusado de aceitar as propostas e o dever do Ministério Público de ofertá-las quando presentes os requisitos legais. O Princípio da Obrigatoriedade, portanto, foi mitigado para gerar um benefício que constitui direito do acusado, garantido legalmente e, portanto, coberto pela segurança jurídica.

Na contramão da lógica até agora apresentada, argumenta-se que tal mitigação do princípio permite que o Ministério Público não ofereça denúncia na delação⁶⁷. Ora, o que se delineia aqui é o oposto das hipóteses da lei 9.099/95, pois cria-se um direito discricionário do *Parquet*, do poder acusatório estatal, que sequer está amparado pela segurança jurídica. Não há qualquer garantia de que ao acusado será ofertada a realização do acordo, que suas informações serão interessantes o suficiente para o promotor entender que valem tal prêmio ou que haverá homologação do juiz. Tudo fica a cargo de negociação e do que pode ou não chamar atenção aos olhos do promotor do caso.

Ademais, tal discricionariedade traz brechas para que se escolha quem receberá o benefício. Esta decisão cabe tão somente ao promotor em questão e pode gerar tratamentos desproporcionais. Duas pessoas envolvidas igualmente em determinado crime dentro de uma organização criminosa, a única beneficiada será a que tem maior envolvimento, a ponto de deter informações dos cabeças da operação. Assim, a pessoa com menor envolvimento nas atividades criminosas será sentenciada a penas mais duras, mesmo que tenha confessado voluntariamente seus crimes.

Estes pontos demonstram que os instrumentos que compõem a Justiça Negocial não podem ser tratados em uníssono, como se todos significassem a mesma coisa. Apesar de todos serem consequências de uma tendência de se aproximar do método do *plea-bargaining*, algumas práticas se adequam melhor ao Direito Processual Penal e ordenamento brasileiro que outras. As meras proximidades entre os institutos não podem ser trazidas como argumento para se furtar a estudar como os institutos individualmente funcionam e quais consequências podem trazer dentro da visão jurídica macro.

Todavia, uma coisa é certa: há uma tendência a aplicar e criar novos institutos ligados à Justiça Negocial⁶⁸. A obrigatoriedade não somente de

⁶⁷ Vide SILVA, 2016.

⁶⁸ Além dos institutos mais amplamente conhecidos, como da transação penal, da suspensão condicional do processo, o Ministério Público no final de 2017 passou as Resoluções 181 (7 de

oferecer denúncia, como de prestar a tutela jurisdicional efetiva, deixa de ter força, retirando o poder do juiz e passando-o para o Ministério Público. Nesta questão, se questiona o quanto este movimento pode ser danoso para os direitos individuais, pois discute-se aqui direitos fundamentais sensíveis, como a presunção de inocência, a liberdade e a propriedade. O Ministério Público, portanto, atuaria cada vez mais como parte acusadora e como juiz. Como Aury afirma em seu artigo, "Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal."⁶⁹

agosto de 2017) e 183 (24 de janeiro de 2018), que criam novas hipóteses de acordo de estipulação de pena em troca de confissão. As ADIs 5790 e 5793 foram propostas, respectivamente, pela AMB e pela OAB. Entretanto, ainda não há previsão de quando serão julgadas.

⁶⁹ LOPES JR, 2015.

3) Do Acordo

3.1) Questões Procedimentais

Abordadas as questões abstratas e os princípios que envolvem o instituto da produção probatória e do negócio jurídico da delação premiada, resta tratar da negociação e do acordo propriamente ditos.

Ao contrário da transação penal e da suspensão processual, o acordo de colaboração não é um direito subjetivo do réu, que a autoridade competente obrigatoriamente deve oferecer. Portanto, o delator deve convencer o promotor ou delegado a fechar um acordo, e ainda negociar de modo a conseguir boas cláusulas para o cumprimento da pena ou, idealmente, o perdão judicial ou o não oferecimento de denúncia.

A arte da negociação, entretanto, envolve um jogo complexo de sedução. O acusado deve ser capaz de demonstrar que possui informações que valeriam um bom acordo sem, contudo, contá-las de pronto. Enquanto para alguns este jogo pode ser mais fácil, pela centralidade da posição que ocupam, outros acabarão tendo que dar quase todas as informações que possuem sem mesmo ter a certeza de que a outra parte terá interesse em firmar um acordo.

Esta diferença na posição de negociação é natural e será afetada tanto pela quantidade e qualidade da informação que o acusado possui, quanto pela capacidade negocial da defesa contratada. Entretanto, independentemente destes fatores, o que importa realmente é o interesse da autoridade no conteúdo oferecido e as dificuldades de investigação sobre o tema, pois se trata de um poder totalmente discricionário. Quem possui a legitimidade para escolher ou não realizar o acordo é o poder público.

A não obrigatoriedade do acordo não significa que a autoridade age necessariamente motivada por intenções vis ou interesses próprios. Entretanto, é necessário reconhecer que surge uma brecha da qual podem resultar abusos. Ainda que possa ser alegado que o Ministério Público age tanto como acusador quanto como *custos legis* no Direito Penal, quando se

trata de um bem jurídico tão sensível como a liberdade, é necessário garantir uma fiscalização robusta para preservar o respeito aos princípios do Direito Processual Penal.

Neste ponto entra o quesito central das críticas trazidas neste trabalho, que é a ausência de estrutura procedimental bem definida para a realização do acordo de delação premiada. Somente com a lei 12.850/13 surgiu algum tipo de previsão legal sobre quais seriam os elementos essenciais de validade dos acordos de delação. Entre as regras positivadas, o juiz foi expressamente proibido de participar das negociações (art. 4º, §6º) e definiu-se como obrigatória a homologação do acordo pelo juiz, momento no qual deve ser observada sua "regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4º, §7º). Neste momento, caso o magistrado entenda que a proposta não atende aos requisitos legais, poderá alterá-la ou rejeitá-la (art. 4º, §8º). Todavia, os limites deste poder de análise e alteração do acordo ainda são fruto de discussão.

Como direitos do delator, os principais previstos na lei são: (i) a obrigatoriedade de estar sempre assistido pela Defesa Técnica; (ii) que os atos da colaboração devem sempre ser registrados; e (iii) que nenhuma sentença condenatória será fundamentada somente nas declarações obtidas por acordos de delação.

Todavia, a lei não desenvolve o tema além dos pontos acima expostos. Os procedimentos são descritos de forma breve e ao averiguar o texto legal, percebe-se que as normas nele presentes não se estendem para muito além deste delineado. Dúvidas a seu respeito se avolumam e criam-se lacunas que afetam profundamente a capacidade dos acusados de exercerem sua ampla defesa.

Um ponto particularmente dúbio da lei diz respeito à gravação dos atos de colaboração. A lei traz a previsão da gravação destes atos, todavia não informa se as gravações englobam ou não os atos de negociação do acordo, momento em que o acusado terá inevitavelmente de informar quais ilícitos ele conhece e quais possíveis envolvidos, além de ser um momento

chave na fiscalização de possíveis abusos da autoridade pública. Ademais, a redação do §13 é igualmente inclara quanto tratar-se de obrigação ou mera sugestão. Segue *in verbis* o texto legal do art. 4º, §13º da Lei nº 12.850/13:

"Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações."
[grifo nosso]

Ora, os maiores interessados em averiguar que não existiu coação nas negociações são o magistrado, os delatados -- que não estavam presente durante os atos da colaboração -- e por ventura os colaboradores caso o *Parquet* não cumpra o acordo ou alegue que o delator não cumpriu o que foi prometido, requerendo a resolução do acordo.

Enquanto o negócio jurídico estiver em vigor, uma vez que ele foi firmado pela livre vontade das partes em negociar e traz benefícios para ambas, considera-se que ambas agirão da melhor forma possível para que ele alcance seu fim e seja devidamente cumprido⁷⁰. Todavia, terceiros serão afetados em sua integridade física e moral por tal acordo, o que significa que o texto legal ser interpretado não somente tendo em vista a proteção das partes envolvidas no negócio jurídico, como também dos demais afetados por ele, possíveis réus de futuros processos penais.

É importante frisar que tal como no processo penal, não há igualdade entre as partes que negociam. Enquanto o Ministério Público ou o delegado representam o poder estatal, o possível colaborador fala enquanto indivíduo, possivelmente preso, do qual o Estado deseja extrair informações que sequer tem certeza de existirem. Cena incrivelmente similar àquela dos inquisidores que buscam a todo custo a confissão. Nosso processo já abandonou o sistema inquisitório, cabendo ao juiz a manutenção de uma estrutura acusatória, justificando a obrigatoriedade do registro das

⁷⁰ Como qualquer negócio jurídico contratual, o acordo de delação premiada seguirá as normas e premissas do Direito Civil, por isso é regido por princípios como a cooperação e o princípio da conservação dos contratos, partindo do pressuposto que as partes irão fazer tudo dentro da sua possibilidade para cumprir suas obrigações.

negociações e demais atos da colaboração, mesmo que não seja nas mídias expressas no artigo⁷¹.

Ainda que a questão não tenha sido amplamente discutida, a tendência atual é da dispensabilidade dos registros. Tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência no sentido de que o texto legal trata tão somente de uma recomendação, vide respectivamente decisões sobre o Inquérito nº 4146 e no Recurso Ordinário Constitucional de *Habeas Corpus* 37.000/RS.

Antes ou depois da feitura do acordo, o colaborador não possui controle sobre os usos das informações que ele está prestando⁷². A obrigatoriedade do reconhecimento de culpa na delação faz com que a mera demonstração de interesse em realizá-la já possa ser entendida como uma forma de se autoincriminar. Como o Ministério Público exerce o *ius accusationes* estatal e o juiz não pode participar da negociação, seria natural supor que a lei protegeria o sigilo do réu e a presunção de inocência no caso

⁷¹ No sistema americano do *plea bargaining*, são bem permissivos os limites às táticas de persuasão da promotoria para convencer o acusado para aceitar se declarar culpado e realizar um acordo. A Suprema Corte considera legal, por exemplo, que a defesa não tenha acesso às provas de acusação antes do processo, fazendo com que a negociação ocorra antes do acusado saber se a promotoria possui ou não quaisquer provas. As decisões jurisprudenciais da Suprema Corte permitiram que hoje seja comuns práticas como o *overcharging*, quando a acusação aumenta a pena ou acrescenta ao crime outros tipos penais para aumentar a pena máxima e pressionar um acordo, e o *package deal*, que consiste na oferta do mesmo acordo para todos os corréus, aumentando a desconfiança entre os acusados e o medo de ser delatado por um de seus colegas. Mesmo dentro deste sistema, como a Suprema Corte entende ser essencial a voluntariedade para assegurar a validade do acordo, é impreterível que todas as negociações sejam gravadas. Somente com a gravação é possível comprovar que o acusado, ao se declarar culpado, estava plenamente consciente das consequências de sua declaração e que o fez de livre e espontânea vontade, sem estar coagido moral ou fisicamente. Inclusive, no caso *Blackledge v. Allison* (1977), a Suprema Corte anulou uma declaração de culpa pois não havia prova gravada de que o acusado fora advertido das consequências penais do acordo, senão um formulário impresso. Tais elementos do *plea bargaining* são mais profundamente desenvolvidos por Marcos Paulo Santos em seu livro sobre delação premiada (SANTOS, 2017).

⁷² Inclusive, o delator sequer terá acesso às informações prestadas em decorrência do acordo, pois dentre as cláusulas gerais, que ordinariamente se repetem, pode ser observada uma que lhe retira o direito a ter acesso a cópias do depoimento prestado. Como exemplo, tomemos os acordos de Youssef "Cláusula 6 (...) §4º Os depoimentos colhidos serão registrados em duas vias, das quais não terá cópia o COLABORADOR ou sua defesa técnica, resguardado o direito de receber, a cada depoimento, um termo atestando que prestou declarações em determinado dia e horário no interesse de determinada investigação" e de Wesley Batista, cujo acordo é muito mais benéfico para o investigado, mas ainda sim afirma que "Cláusula 15 O COLABORADOR e a sua defesa técnica não receberão cópia dos depoimentos prestados pelo COLABORADOR enquanto o Acordo permanecer sob sigilo, resguardado o direito de receber, a cada depoimento, atestado de que prestou declarações em determinado dia e horário".

de uma frustração de realização do acordo⁷³. Afinal, a mera informação de que o acusado buscou um acordo pode ser interpretada como uma forma de autoincriminação e possivelmente ferir a imparcialidade do juiz no momento do julgamento.

Não obstante, a lei é silente acerca do sigilo das informações prestadas durante as tratativas negociais. Ainda que o texto legal determine o sigilo sobre os atos atrelados ao acordo de colaboração premiada, nada ventila acerca dos atos negociais em si, independentes da assinatura do documento. Significando que, se o Ministério Público não se interessar na feitura do negócio jurídico, não há expressa vedação sobre a utilização destas informações, restando o questionamento de até onde e de que maneira estas poderão ser utilizadas.

Vale destacar que a lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e positiva o acordo de leniência, traz as seguintes previsões:

"Art. 86 § 9º Considera-se **sigilosa a proposta de acordo** de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo"

"§ 10. **Não importará em confissão** quanto à matéria de fato, **nem reconhecimento de ilicitude** da conduta analisada, a **proposta de acordo de leniência rejeitada**, da qual **não se fará qualquer divulgação**". [grifo nosso]

Tais parágrafos poderiam perfeitamente ter seus conteúdos repetidos para o acordo de delação premiada, instituto similar ao da leniência, aprovado somente 2 anos depois. Entretanto, o legislativo deu maior proteção às pessoas jurídicas, sujeitos legitimados para realizar acordo de leniência, do que às pessoas naturais. Vale destacar que o acusado que tenta a colaboração premiada ainda pode ser protegido pela cláusula do acordo de leniência, mas para que o juiz a aplique, precisa entender que a lei 12.850/13 foi omissa na questão, para só então aplicar analogicamente a

⁷³ Nos Estados Unidos, país em que a prática do *plea bargaining* está muito mais assentada do que no Brasil, a Suprema Corte decidiu que se o acordo for firmado, obriga a acusação a segui-lo, mesmo que o *prosecutor* a acusar não seja o mesmo que firmou o acordo (*Santobello v. New York*, 1971). Entretanto, até a assinatura do acordo e sua homologação em Juízo, não há nada senão negociações, o que significa que o pretenso delator não possui qualquer proteção sendo possível, inclusive, que o *prosecutor* retire informações dele em negociações e as utilize para entrar com denúncia mais gravosa que a originalmente pretendida (*Mabry v. Johnson*, 1984) (SANTOS, 2017, p. 51-52)

norma, consoante com o art. 4º da LINDB. Entretanto, tal aplicação só será feita casuisticamente, pois como não existe norma expressa ou entendimento jurisprudencial firmado, não há nenhuma norma obrigatória atrelando os atos do Juízo ou do Ministério Público.

Portanto, nada impede formalmente que o juiz seja comunicado da tentativa de acordo, ou mesmo de seu conteúdo. Este elemento não pode ser utilizado como prova para uma condenação, mas será uma informação passível de influenciar o julgamento do magistrado. Assim, toda tentativa de iniciar uma negociação significa um risco. Se este não for firmado, não há proteção de sigilo sobre nada do que foi apresentado pela parte nas negociações. O que significa que qualquer ato de delação feito de antes da assinatura do acordo deve ser cuidadosamente calculado pela Defesa em referência ao *quantum* que decide compartilhar na tentativa de seduzir o *Parquet*.

Esta questão é particularmente sensível, especialmente frente ao direito de não auto incriminação, se confrontada com o escopo do conteúdo dos acordos de colaboração. Normalmente, o Ministério Público já possui ciência de alguns dos ilícitos ventilados, afinal, as propostas quase sempre estão atreladas a processos ou inquéritos específicos. Todavia, se o acordo se limitasse às informações contidas nos autos, não existiria necessidade em premiar os delatores. O que interessa é o que não foi descoberto. Inicia-se aí outro grande problema da colaboração premiada: a indefinição de seu objeto.

Os acordos associam as delações a crimes específicos, que possuem autoria e materialidade minimamente delineados. A importância desta definição se mostra pois o objetivo da delação é exatamente trocar informação por benefícios que incidirão sobre estes crimes. Entretanto, ao ler os acordos, é comum se deparar com cláusulas como a que segue:

"II - Do Objeto

Cláusula 3ª. O presente acordo tem por objeto **todos os fatos ilícitos praticados pelo COLABORADOR até a data da assinatura deste Termo**, assim como **todos os fatos ilícitos que sejam de seu conhecimento**, os quais estão explicitados nos anexos que compõem e integram este Acordo.

Parágrafo 1º. O objeto do presente acordo, descrito nos anexos, será pormenorizado e complementado pelo COLABORADOR após a assinatura deste instrumento, por meio de depoimentos e fornecimento e indicação de meios de prova.

Parágrafo 2o. O COLABORADOR terá o prazo máximo de **120 dias** contados da assinatura do acordo para **apresentar novos anexos**, desde que não seja caracterizada má-fé na sua omissão.

Parágrafo 3º. Identificado fato ilícito praticado pelo COLABORADOR que não tenha sido descrito nos anexos que integram este acordo, inclusive após o transcurso do prazo fixado no parágrafo anterior, o Procurador-Geral da República poderá **repactuar a presente avença ou rescindi-la**, submetendo, em qualquer caso, ao Juízo homologatório." (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Joesley Batista, fl. 02)

O objeto, portanto, envolve os crimes da gênese do acordo, mas não se limitam a estes. Para que o negócio tenha validade, é necessário que o delator informe todo e qualquer ilícito do qual tenha conhecimento. Não somente de si, como de outrem. Em um trabalho hermenêutico sistêmico, levando em consideração a utilidade das informações prestadas, é de se esperar que o Ministério Público tenha interesse em quaisquer crimes que possam ser investigados e processados. Portanto, é possível concluir que se enquadra nesta obrigação os crimes que, se tratando de ação penal pública incondicionada, ainda não prescreveram, ou de crimes continuados que o delator não tenha ciência de terem sido encerrados. Ou seja, todo e qualquer perpetrado por si ou por outrem, nos últimos 20 anos, ou antes se se tratar de crime continuado.

Entretanto, sequer pode-se afirmar que o acordo se limita a infrações penais. Como as consequências da colaboração não estão adstritas à esfera penal, respingando também nas esferas administrativa e cível, é possível questionar se os ilícitos se referem tão somente à esfera penal, sendo perfeitamente plausível interpretação que entenda ser dever do colaborador informar toda e qualquer ilícito. Desnecessária uma análise mais detalhada sobre a questão, pois a breve leitura dos artigos 186 e 187 do Código Civil demonstra quão irreal é a possibilidade de uma pessoa informar para outrem todo e qualquer ato ilícito do qual tenha conhecimento:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (Código Civil de 2002)

Combinado com a questão material, não pode ser ignorado o tempo de vigência dos efeitos do acordo de delação. Apesar da lei trazer como possibilidade para o Ministério Público negociar o não oferecimento de denúncia ou a possibilidade de oferecer uma pena mais branda em troca de informações, não se trata de um negócio jurídico instantâneo, mas uma prestação continuada.

Do lado da pretensão do delator, uma rápida familiarização com o instituto poderia dar a errônea impressão de que a obrigação do delator se limita a prestar informações dos crimes de que tem conhecimento. Na prática, os acordos trazem obrigações bem mais complexas.

De pronto, o colaborador se compromete a dar toda e qualquer informação de ilícitos -- seus e de terceiros -- dos quais tenha ciência, além de entregar à autoridade provas às quais tenha acesso, incluindo documentos que estejam em seu nome ou em nome de terceiros. Complementarmente, acorda-se em, enquanto durar o acordo, comparecer para prestar depoimentos e dar esclarecimentos em inquéritos e processos oriundos de seus atos de delação. Até aí, ainda está no campo de conhecimento da parte, ciente de quais segredos ele abre mão em troca de sua liberdade. Mas por vezes, o acordo vai além, com cláusulas como as seguintes, previstas no negócio firmado entre Alberto Youssef o Ministério Público Federal, já homologado em Juízo:

"Cláusula 6ª. Para que do acordo proposto pelo MPF possam derivar quaisquer dos benefícios elencados nesse acordo, a colaboração deve ser voluntária, ampla, efetiva e eficaz e conducente:

- a) à identificação dos autores, coautores, partícipes das diversas organizações criminosas de que **tenha ou venha a ter conhecimento** (...)
- b) à revelação da estrutura hierárquica e à divisão de tarefas das organizações criminosas de que **tenha ou venha a ter conhecimento**;
- c) à recuperação total ou parcial do produto e/ou proveito das infrações penais de que **tenha ou venha a ter conhecimento** (...)" [grifo nosso] (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Alberto Youssef, fls. 5)

Paralelamente a este fato, deve ser considerado que o acordo terá validade por mais de trinta anos. Em suas cláusulas, estipula que com o trânsito em julgado da sentença, o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal será suspenso por dez anos⁷⁴, iniciando só então a contagem de vinte anos do art. 109, inciso I, do Código de Processo Penal⁷⁵. Desta forma, iguala-se o período de cumprimento da pena acordada ao prazo máximo de trinta anos previsto no art. 75 do Código de Processo Penal para cumprimento de sentença judicial comum. Esta estipulação dá maior valor ao acordo pois, a suspensão do prazo prescricional, que passa a totalizar trinta anos, em vez dos vinte originalmente previstos em lei, faz com que ele coincida com o fim da sentença estipulada. Isto estimula o delator a não tomar ações passíveis de gerar a rescisão do contrato durante sua vigência.

A junção da abrangência das obrigações do delator com o extenso tempo de contrato cria uma situação de completo controle sobre aqueles dispostos a fechar negócio com o *Parquet*. Constroem-se negócios jurídicos que podem facilmente ser rescindidos pelo descumprimento das cláusulas contratuais pelo delator, o que significa o fim dos benefícios e a manutenção da validade das informações prestadas⁷⁶.

⁷⁴ No acordo de colaboração de Youssef com o Ministério Público Federal, consta o seguinte texto no inciso II da Cláusula 5ª: "logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos."

⁷⁵ Utiliza-se aqui esta contagem, pois os acordos tratam de penas cominadas acima de 30 (trinta) anos, conforme os próprios termos da Cláusula 5ª, que traz *in verbis*: "I - a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultam em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão" e, portanto, cujo prazo prescricional alcança, portanto, a marca dos 20 (vinte) anos.

⁷⁶ Hoje, poucos anos após o início do uso sistemático dos acordos de colaboração premiada no Brasil, o Judiciário já tem de lidar com a questão da possível abusividade das cláusulas contratuais. Ainda sem decisão no STF, a Defesa de Joesley Batista reclama do pedido de rescisão contratual, concedido pelo Juízo, poucos meses após a assinatura de acordo de delação. O motivo da rescisão decorreria do fato do acusado ter guardado para si informações que deveriam ter sido compartilhadas com o *Parquet*. Sua Defesa ainda discute se o pedido do Ministério Público pela rescisão e perda de benefícios não teria sido duro demais frente, considerando que as informações não compartilhadas eram de pequena relevância, especialmente ao serem colocadas em contraposição a tudo que de fato foi descoberto e conquistado graças às delações de Batista, gerando diversos processos, inquéritos e condenações. Inclusive, o caso de Joesley Batista não é

Uma vez acordadas as partes, para que o acordo tenha validade, será ainda necessária a homologação do juiz (art. 4º, §§ 7º a 9º da Lei 12.850/13). A homologação é um tema delicado, que será abordado mais adiante. Entretanto, é certo que uma vez submetido o tema à apreciação do Juízo, este possui o poder de deferir ou não a petição requerendo a homologação ou ainda alterar as cláusulas acordadas.

Isto significa, em contrapartida, a possibilidade de não validação do acordo. Novamente, traz-se a foco as questões sensíveis acerca do sigilo das informações prestadas, com um grande diferencial. O Juízo observou os elementos do acordo e decidiu que há ali vício suficientemente grave que impede que este seja válido. Portanto, as provas não poderão ser utilizadas. Entretanto, o acordo já traz as informações ligadas ao processo, com anexos de informações já prestadas, tornando o magistrado ciente de que aquela parte confessou alguma parcela de culpa nos acontecimentos. O coração do problema está em qual será o uso destinado às informações prestadas até o momento e se a continuação do processo dentro daquele Juízo preventivo respeita a presunção de inocência enquanto norma de processo penal.

Sendo hipótese de rescisão de acordo homologado, a questão é menos controvertida. Caso o acordo tenha sido resolvido em decorrência de *venire contra factum proprium* do réu, algum desrespeito às normas contratuais acordadas, todas as informações prestadas continuam sendo válidas enquanto meio de prova. Tal previsão geralmente está garantida em cláusula contratual e já foi reforçada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, no caso de resolução dos contratos de Joesley Batista e Ricardo Saud⁷⁷.

único, o Procurador Geral da República já pediu a resolução dos acordos de Wesley Batista, de Francisco de Assis e de Ricardo Said, por terem ferido os deveres contratuais estipulados. Há ainda exemplos de delatores, como Sérgio Machado, que estão em uma situação cinzenta, pois a mídia desde 2017 já veicula notícias afirmando que o Ministério Público estuda uma possível rescisão contratual.

⁷⁷ Citação retirada da notícia veiculada no site do G1 na data 14 de setembro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/acordos-de-delacao-de-joesley-e-saud-foram-rescindidos-informa-pgr.ghtml>. Acessado no dia 24 de maio de 2018.

Acerca da utilização das informações nesta hipótese não há grandes debates. A questão mais sensível acerca deste tema está relacionada ao fato de que a grande extensão de tempo dos acordos e a abrangência de seus objetos fazem com que seja extremamente fácil surgir motivos que justifiquem este tipo de rescisão. Todavia, o tema já foi abordado, não havendo necessidade para adentrá-lo novamente.

No caso do Ministério Público, a situação se inverte. A rescisão pode ser requerida pela outra parte se o *Parquet* não cumprir sua parte do acordado. Entretanto, há o questionamento de até onde o Ministério Público possui poder de vincular ou não a decisão do juiz. Consequentemente, resta indefinido qual o limite dos atos que constituem o efetivo não cumprimento adimplemento da obrigação do poder público.

Sobre as consequências da rescisão há ainda menos respostas. Há acordos com cláusulas determinando que as informações se tornam inválidas, mas há previsão afirmando que os órgãos acusadores e investigativos podem continuar a utilizá-las. Mesmo na hipótese em que está prevista a invalidação das provas, fica em aberto qual seria a consequência disto para, por exemplo, as autoridades estrangeiras com as quais estas já foram compartilhadas. Sem adentrar no problema decorrente da anulação de diversos processos oriundos daqueles atos de delação, uma vez que cada delação produz os processos penais referentes ao seu delator e uma série de chamados "processos filhos".

Por fim, se faz necessária a realização de um rápido recorte para tratar da figura do delatado. Ainda que a nova lei tenha previsto ao menos alguns direitos do delator -- uma evolução frente às antigas -- ao afastar o juiz das negociações do acordo e exigir a presença da Defesa em todos os momentos da delação, não há praticamente qualquer menção à figura do delatado. Em seu parágrafo 7º, a lei 12/850/13 traz informações referentes ao sigilo da delação, que tal qual todo elemento de prova, estará acessível a todos aqueles que possam dela precisar para exercer seu direito de defesa,

exceto se houver diligências em andamento, tornando-se público o acordo de colaboração após o recebimento da denúncia.

Os acordos trazem em suas cláusulas a obrigação do delator auxiliar as autoridades sempre que necessário, incluindo tanto em atos investigativos quanto processuais. Entretanto, os delatores não são chamados nos processos instaurados a partir de suas colaborações, exceto naqueles em que está arrolado como réu. Mesmo neste, por vezes seu depoimento é tomado enquanto interrogatório, outras como oitiva de testemunha.

Quando os atos de delação geram novos processos, a prática comum é disponibilizar somente partes da declaração, consideradas pelo Ministério Público como as únicas pertinentes àquele processo. A Defesa do delatado não possui acesso à integralidade do ato de colaboração ou ao registro das negociações e não pode exercer o contraditório pela oitiva da testemunha. Tal dispensa do contraditório não tem qualquer justificativa, uma vez que a testemunha está disponível, em lugar certo e plenamente apta a se apresentar em Juízo. Se até mesmo a prova emprestada exige o contraditório, não há motivo para que este não valha para os atos de delação⁷⁸.

Tais são alguns dos motivos que se critica tão duramente a ausência de estrutura procedimental e de limites bem definidos para a delação premiada. Tratar o processo penal segundo os princípios da autonomia da vontade das partes e da *pacta sunt servanda* gera incompatibilidades principiológicas e legais, as quais afetam a própria segurança jurídica do negócio. O conflito com princípios fulcrais para o Estado Democrático,

⁷⁸ Este tema foi discutido no caso do Lula, questionando os limites do sigilo acordo quando este traz informações que incriminam terceiros e a ausência de determinações legais que tratem dos direitos dos delatados. Apesar do processo contra o ex presidente ainda não ter esgotado seus recursos, a discussão até agora travada foi contrária a seus pleitos. O próprio STF, em decisão do ministro Edson Fachin na Reclamação 27.229, já julgou improcedente as alegações da defesa de que houve cerceamento de defesa, pedindo consequentemente pela suspensão da ação penal até que lhe fosse concedido acesso a informações sobre eventual acordo de colaboração premiada que estaria em negociação entre o Ministério Público Federal (MPF) e outros corréus no processo.

Fonte:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365481&caixaBusca=N>

como a ampla defesa e o contraditório, fragiliza a própria eficácia do negócio jurídico. Uma mudança de entendimento do Supremo ou uma negativa fundamentada do juiz, que decida não estar atrelado ao acordo homologado já possuem o poder de esvaziar o instituto, voltando ao *status quo* que possuía antes da explosão da Lava-Jato, restando em aberto o que aconteceria em retrospectivo com os acordos já firmados e as condenações transitadas em julgado.

3.2) Prêmios Acordados

Dentro de uma estrutura dialética, base do sistema acusatório adotado pelo ordenamento brasileiro, o Ministério Público atua enquanto *longa manus* do Estado no exercício de seu poder de acusar. Este não pode jamais ser confundido nem com o poder jurisdicional, monopólio do Poder Judiciário⁷⁹, de competência do juiz natural, nem com o *ius puniendi*, que surge tão somente com a condenação⁸⁰. O promotor, por sua vez, possui proteções, como a vitaliciedade e inamovibilidade⁸¹, inerentes ao cargo, obtido por concurso público.

O sistema americano segue um parâmetro completamente distinto, em que os *prosecutors* são majoritariamente selecionados por meio de eleições locais. Esta pressão faz com que precisem atuar colocando como uma de suas prioridades a opinião pública, e a avaliação de seu trabalho em grande medida gira em torno de suas taxas de condenação, o que faz sentido dentro do modelo adversarial por eles adotado.

⁷⁹ Conforme afirma o doutrinador constitucionalista José Afonso da Silva: "A primeira garantia que o texto [constitucional do art. 5º, XXXV,] revela é a que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada" (SILVA, 2014, p. 434)

⁸⁰ Data venia, o presente trabalho não abordará a discussão se para que seja iniciada a execução da pena é necessário ou não do trânsito em julgado ou se seria possível a execução provisória com decisão condenatória de segunda instância. O tema é bastante denso e vem sendo debatido com veemência tanto pelo egrégio STF em seus julgamentos de Turma e do Pleno, quanto pela doutrina.

⁸¹ Vide CRFB/88, em seu art. 128, §5º, I.

O *plea bargaining* se encaixa perfeitamente nesta estrutura, em que os *prosecutors* possuem como objetivo final a condenação. No caso do *plea bargaining*, tão logo o negócio jurídico é firmado e validado, já pode ter início o cumprimento de pena acordado. Entre outras coisas, negocia-se o próprio reconhecimento de culpa, o que suprime a necessidade de realizar o processo penal. O *prosecutor* não depende da cognição exauriente do Juízo ou de uma decisão condenatória para que seja imposta a pena acordada.

Entretanto, a colaboração premiada brasileira segue uma lógica distinta. O promotor atua enquanto acusador e *custos legis*. Sua função dentro do sistema penal excede a mera busca por condenações. A obrigatoriedade de entrar com denúncia quando houver indícios de autoria e materialidade casa perfeitamente com o beneplácito para requerer penas mais brandas ou a absolvição quando, ao longo do processo, se verificar que estas são mais adequadas ao caso. Sua função é prezar pela boa aplicação da norma, pois o interesse da sociedade não se limita à punição, mas se estende ao respeito aos direitos individuais e ao não abuso de direito.

Por estes motivos, está adstrito aos princípios da legalidade estrita e, conseqüentemente, da obrigatoriedade, os quais podem ser mitigados, desde que fruto de determinação legal e dentro da sistemática do ordenamento. A lei 12.850/13 indubitavelmente permite que, se for interessante e necessário ao Estado, no caso do acusado não ser líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar colaboração, será cabível o não oferecimento da denúncia. Entretanto, esta previsão legal não veio sem críticas da doutrina.

Eugênio Pacelli⁸² critica a dificuldade, senão impossibilidade, de determinar com precisão o posicionamento do delator dentro da hierarquia da organização criminosa. Por vezes, tal determinação depende de uma atividade cognitiva exauriente, finda tão somente com a instrução criminal. Por conseguinte, o não oferecimento da denúncia poderia resultar numa falsa impressão de que o colaborador não era o líder da organização.

⁸² PACELLI, 2016, pp. 863 - 864

A resolução possível para este ponto específico seria se o Ministério Público, com as informações novas obtidas pela investigação ou decorrentes do próprio processo penal aberto contra os demais investigados, suspeitando agora que o colaborador atuava como líder, requeresse a resolução do acordo em Juízo. Neste caso, deve ser respeitado completamente o Contraditório e a Ampla Defesa do delator. Todavia, importante observar aqui os limites da atuação do *Parquet* e o quanto tal pedido não configura um *venire contra factum proprium*, uma vez ser seu dever verificar a posição do investigado na cadeia de poder antes de fechar o acordo e não depois de obter todas as informações desejadas.

O renomado jurista destaca ainda outro argumento: o texto legal parte do pressuposto de que há sempre somente uma liderança, premissa ingênua para o mundo moderno. Na atualidade, com a complexidade de sistemas de comunicação e de organização, as estruturas criminosas não se limitam ao padrão da máfia clássica, com um único chefe que coordena tudo e todos. Ademais, o próprio conceito de líder é aberto. Uma interpretação literal do texto legal, entretanto, daria a entender que só a uma pessoa é proibido de receber tal benefício, seguindo este esquema tradicional da máfia.

Isto leva a outra questão, de como devidamente estratificar as organizações criminosas que envolvem mercado de capital e política. Nos casos de esquemas de corrupção, muitas vezes não há um padrão definido para determinar quem é o chefe da organização. O crime é praticado por diversas pessoas, cada qual com seus próprios interesses, negociando entre si e beneficiando-se mutuamente. Nesta situação, a organização criminosa existe, mas há certa fluidez entre as relações de poderes.

Idealmente, será pela análise individual de cada caso que se buscará indícios de liderança. Entretanto, muitas vezes estes não estão claro. Tal questão cria dúvida na hora de saber quem pode ser beneficiado com a não denúncia. Afinal, na compra de favores entre um presidente ou senador por empresários, não há necessariamente como se apontar quem está em

posição de liderança frente aos demais. Se os fatos descobertos não trazem indícios de estrutura hierárquica rígida, igualmente não é possível hierarquizar tão somente tendo em vista a função de cada investigado. Não há como definir entre um político e um empresário ou entre um senador e um deputado federal quem é superior. Não há uma relação de subordinação clara definida *a priori*.

Caberiam, portanto, duas opções interpretativas. Primeiramente, uma leitura restritiva e literal, que só proíbe o não oferecimento de denúncia para o líder máximo da organização. Esta aplicação da norma deve conviver com as críticas acima apontadas e com a consequência de permitir a realização de acordos com outros chefes ou figuras-chave de organizações criminosas. Recai, portanto, sobre a discricionariedade do Ministério Público a responsabilidade de evitar o esvaziamento do instituto, cujo *mens legis* associa-se a alcançar e punir os líderes de organizações criminosas em vez de beneficiá-los com o prêmio máximo de não serem sequer processados⁸³.

De forma contrária, é possível ainda uma interpretação menos benéfica aos investigados, entendendo que o prêmio de não denúncia não pode ser aplicado a ninguém que ocupe posição de líder dentro da organização, uma vez demonstrado que não há somente uma figura controladora. Esta prática hermenêutica diminui a mitigação ao princípio da obrigatoriedade, mas ainda permite a realização de acordos que tragam outros benefícios em troca da colaboração.

Apesar de ainda não haver solução para esta questão, no caso do acordo de delação de Paulo Roberto Costa, a solução adotada pelo *Parquet* foi a realização do negócio jurídico, mesmo reconhecendo sua centralidade

⁸³ Mister destacar que, ao contrário do art. 4º, §2º, que trata do perdão judicial, o §4º, sobre não oferecimento de denúncia não traz a previsão de utilização análoga do art. 28 do CPP/41. A aplicação direta da norma do CPP fica prejudicada pois a lei 12.850/13 não traz expressamente que o Ministério Público deve pedir o arquivamento frente àquele sujeito, mas tão somente não inserir ele no rol de acusados. Afrânio Jardim defende que resta a possibilidade de uma aplicação analógica, pois o *Parquet* deverá necessariamente pedir o arquivamento do inquérito frente àquele sujeito. Para o procurador aposentado, esta possibilidade de controle é essencial por se tratar de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal (AFRÂNIO, 2015).

nas atividades ilícitas. O acordo foi homologado e está válido nos seguintes termos:

"Cláusula 4ª. Essas apurações estão relacionadas à atividade do réu Paulo Roberto Costa que, enquanto Diretor de Abastecimento da Petrobrás e mesmo após, atuou **como líder de organização criminosa** voltada para o cometimento de fraudes em contratações e desvio de recursos em diversos âmbitos e formas, totalizando dezenas de milhões de reais (...)

"Cláusula 5ª. II. Promoverá o **arquivamento de fatos novos em relação ao acusado** trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância;" [grifo nosso] (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Paulo Roberto Costa, fls. 2-3)

A consequência desta prática, segundo o jurista Marcos Paulo Santos⁸⁴, é a maculação do princípio da legalidade. O Ministério Público deve oferecer ação penal pública sempre que presentes os requisitos objetivos da justa causa, fazendo-o na forma da lei. Seria, portanto, necessário que a lei trouxesse requisitos objetivos que permitissem esta mitigação. Ainda que os promotores sigam a exigência constitucional de fundamentação dos pronunciamentos ministeriais (art. 129, VIII, CRFB/88), a decisão sobre o cabimento do benefício no caso concreto se baseará em elementos de natureza subjetiva. Isso faz com que surja o que o jurista chama de oportunidade regrada racional ou motivada⁸⁵.

Dentro dos demais institutos da Justiça Negocial adotados no Brasil, foram adotados requisitos objetivos para avaliar quando a transação ou a suspensão do processo são obrigatórios e quando é vedada sua aplicação. Assim preserva-se o princípio da legalidade estrita e justifica-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade.

Igualmente, não há elementos objetivos para determinar quando será cabível cada um dos outros prêmios previstos na lei. Entretanto, estes só terão eficácia após a cognição exauriente do magistrado e com sua sentença fundamentada. Isto não significa que é pacífica sua aplicação, em especial acerca da competência do *Parquet* para se comprometer com algumas das

⁸⁴ SANTOS, 2017, p. 168.

⁸⁵ *Ibid.*

cláusulas comumente acordadas. Uma das críticas mais importantes sobre o tema é o quanto o acordo vincula o Juízo, questão que será trabalhada mais a frente, quando será discutido o papel do magistrado dentro da colaboração premiada. Por ora, outro problema igualmente importante será debatido. Os benefícios legais não se limitam ao *quantum* da pena, sendo comum que as partes decidam também acerca de seu regime de cumprimento. Tal prática vem sendo tão utilizada que se cunhou o termo "regime diferenciado de cumprimento de pena" na prática jurídica, daí a importância do presente trabalho analisar este uso.

Conforme apresentado no capítulo anterior, as previsões legais do acordo de delação premiada trazem geralmente permissões muito específicas para os benefícios a serem dados aos colaboradores. Majoritariamente, tratam da possibilidade de diminuição de pena e do perdão judicial e, excepcionalmente, do não oferecimento de denúncia. A lei 12.850/13 traz ainda uma outra hipótese, prevista em seu artigo 4º, §5º:

"§ 5o Se a colaboração for **posterior à sentença**, a pena poderá ser **reduzida até a metade** ou será admitida a **progressão de regime** ainda que **ausentes os requisitos objetivos**." [grifo nosso]

Destarte, a única previsão legal frente a modificações acerca do cumprimento de regime aponta que esta será cabível quando o acordo se der posteriormente à sentença. Tal determinação amolda-se ao sistema processual penal, uma vez que a lei prevê que a competência para decidir sobre questões de execução de pena privativa de liberdade será do juiz de execução penal⁸⁶. Portanto, seria ele quem deveria homologar e aplicar

⁸⁶A lei de Execuções Penais, ao tratar das competências do Juízo de Execução deixa claro que compete a ele a tomada de decisões acerca do cumprimento da pena, além de impor-lhe o dever de fiscalizar seu devido cumprimento. *In verbis*: "Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; (...) III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; (...) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;".

estas cláusulas do acordo, e não o juiz da fase de conhecimento, que já desempenhou suas funções no processamento da ação penal.

Acerca do cumprimento diferenciado de pena, discute-se a competência do Ministério Público para elencar estas cláusulas, afinal o texto legal se restringe a permitir a antecipação da progressão de regime e não a aplicação de normas totalmente inovadoras. Em sentença monocrática denegatória da petição de homologação do acordo de colaboração feito entre MPF e Renato Barbosa Rodrigues Pereira, o relator Lewandowski, em sua fundamentação, adentrou nas ilegalidades das cláusulas acertadas, criticando profundamente a estipulação de um regime diferenciado para o cumprimento de sentença. As cláusulas permitiam, entre outras coisas, que o delator realizasse viagens nacionais e internacionais, sendo necessário tão somente que o Juízo fosse informado com certa antecedência. Sobre a questão, vale apreciar algumas passagens da decisão de r. Ministro do STF:

"Inicialmente, observo que não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador. (...) como é de conhecimento geral, o **Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição**, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado. (...)

O mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento de pena, o qual deve ser estabelecido pelo **magistrado competente**, nos termos do disposto no art. 33 e seguintes do Código de Processo Penal, os quais configuram **normas de caráter cogente**, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração.

Aliás, convém ressaltar que sequer há processo judicial em andamento, não sendo possível tratar-se, desde logo, dessa matéria, de resto disciplinada no acordo de colaboração de maneira **incompatível com o que dispõe a legislação aplicável**. Sim, porque o regime acordado pelas partes é o fechado (cláusula 5ª, item 1), mitigado, conforme pretendem estas, pelo recolhimento domiciliar noturno (cláusula 5ª, item 2, a), acrescido da prestação de serviços à comunidade (cláusula 5ª, item 2, b).

Ora, validar tal aspecto do acordo corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, **sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico**, ademais de caráter híbrido. (...)

No que se refere à autorização para **viagens internacionais**, noto que **incumbe exclusivamente ao magistrado responsável pelo caso avaliar**, consoante o seu

prudente arbítrio, e diante da realidade dos autos, se deve ou não autorizar a saída do investigado do Brasil. Aliás, como o regime de cumprimento de sentença, acordado entre as partes, corresponde ao fechado, segundo visto acima, se válida fosse a respectiva cláusula, a permissão para a saída do investigado do estabelecimento prisional somente poderia ocorrer em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão ou, ainda, de necessidade de tratamento médico, conforme estabelece o art. 120 da Lei de Execuções Penais." (Proposta de acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Renato Barbosa Rodrigues Pereira pp. 21-24)

O Ministro Lewandowski destaca, portanto, que ainda que haja uma permissão legal para a realização dos acordos, a vontade das partes deve respeitar os limites legais. Tais cláusulas, por ser vedada a criação de novas penas ou procedimentos, acabam ferindo o princípio da legalidade estrita e a divisão de poderes, uma vez que o Poder Judiciário é quem detém o monopólio de prestação jurisdicional e o Legislativo da formulação de normas sobre processo penal e execução.

Consequentemente, mesmo reconhecendo que o acordo de colaboração premiada trouxe maiores liberdades para o Ministério Público negociar com o investigado, criando um instituto novo da Justiça Penal Negocial, não se pode aplicar nestes acordos a mesma lógica da autocomposição do Processo Civil. Não há a mesma liberdade para acordar que no negócio jurídico processual trazido pelo CPC/15. Tudo que for acertado pelas partes deve respeitar as previsões legais, o que inclui o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Em outra cláusula comumente repetida nos acordos, o réu abre mão de realizar qualquer ato de Defesa nos processos instaurados ou de apelar em segunda instância. Em teor exemplificativo, segue uma reprodução do negócio firmado entre Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa:

"Cláusula 12. A defesa desistirá de todos os *habeas corpus* impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades." (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Paulo Roberto Costa, fls. 10)

"Cláusula 17. Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, a presença de seu advogado, está ciente do dirieto constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação. Nos termos do art. 4º, §14, da lei 12.850/13, o colaboradore renuncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito

ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. O colaborador renuncia ainda, ao exercício de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos aqui formulados” (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Paulo Roberto Costa, fls. 12-13)

O que se observa é um acordo *inter partes*, entre um indivíduo e um representante do Estado brasileiro, em que as partes acordam que a pessoa natural abre mão completamente do seu direito à Defesa (art. 5º, inciso LV, CRFB/88) e ao duplo grau de jurisdição (artigo 8º, 2, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizado pelo Decreto 678/92). Estes direitos fundamentais não são centrais simplesmente para o ordenamento brasileiro, mas o são reconhecidos como *ius cogens* do direito internacional, peças integrantes dos direitos humanos e que são, portanto, indisponíveis, como previsto no Pacto São José da Costa Rica, internalizado no Brasil como norma supralegal, *in verbis*:

"Artigo 8. Garantias judiciais

1. **Toda pessoa tem direito a ser ouvida**, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente**, independente e imparcial, **estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela**, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes **garantias mínimas**:

H. **direito de recorrer** da sentença para juiz ou tribunal superior." (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)

Não se ignora que as partes tenham o direito de optar por não entrar com recurso ou não ofertar denúncia. A indisponibilidade desses direitos, todavia, deve impedir que eles sirvam como moeda de troca entre Estado e indivíduo. A vedação à realização de atos de defesa e de recorrer, o que vai completamente contra o Código de Processo Penal e não está previsto na lei de delações premiadas, retira o direito da esfera de voluntariedade do réu, deixando de ser um direito potestativo do acusado, pois ele não mais escolhe não exercer aquilo que pode, mas é proibido de fazê-lo pelo Estado.

Afinal, a constituição de qualquer ato de defesa torna-se um ilícito civil, sancionado com a rescisão contratual. Apesar do acordo de delação trazer benefícios ao réu, não há motivos para não permitir que ele tente alcançar uma sentença ainda mais favorável, uma vez que todos os atos da delação continuarão válidos.

O direito à ampla defesa está expressamente protegido como cláusula pétrea, o que significa que não pode ser modificado nem sequer por emenda constitucional. Portanto, o Ministério Público igualmente não possui capacidade para, em um acordo *inter partes*, mitigar tal direito fundamental. Inclusive, é dever legal e constitucional do *Parquet* assegurar o respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo⁸⁷. Cabe ao Ministério Público o trabalho inverso, de prezar pela constante proteção dos cidadãos e dos direitos fundamentais, evitando abusos perpetrados por particulares e, especialmente, pelo Estado.

Destarte, os prêmios aqui abordados trazem algumas das cláusulas do acordo de colaboração premiada, mas em nenhum momento o presente trabalho se pretende exaustivo. Afinal, as cláusulas acordadas vêm se modificando ao longo do tempo, ainda que algumas práticas tenham se mostrado mais comuns. O objetivo central com esta exposição é, seguindo o entendimento construído pelo i. Ministro Lewandowski, demonstrar a incompatibilidade da liberdade contratual civil com a Justiça Penal Negocial. A lei 12.850/13 é bastante vaga quando se trata do processo de formação e validação do acordo, mas não sobre o conteúdo material que pode ser elencado em suas cláusulas.

A extrapolação dos limites previstos na Lei 12.850/13 faz com que os acordos firmados pela colaboração premiada não se aproximem da Justiça Penal Negocial que se fixa no ordenamento brasileiro desde a Lei

⁸⁷ Neste sentido, segue o art. 129 da Constituição Federal, que elenca os deveres do Ministério Público, e a lei do Ministério Público Federal (lei complementar 75/93), que positiva logo em seu artigo primeiro: "O Ministério Público da União, organizado por esta lei Complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis."

9.099/95, mas sim à autocomposição e ao negócio jurídico processual trazido pelo Código de Processo Civil em 2015. Entretanto, ao contrário do Processo Penal, o Processo Civil possui princípios e normas próprias, ligadas à liberdade de contratar, à autonomia da vontade e ao *pacta sunt servanda*, portanto, com uma faceta contratual que não é compartilhada pela esfera penal.

Como afirmado no primeiro capítulo, o Processo Penal atua ao mesmo tempo na execução do *ius perseguendi* e *puniendi* do Estado e na proteção dos direitos fundamentais, o que é completamente contraintuitivo. Tendo em vista a disparidade entre Estado e indiciado, é essencial o respeito à Presunção de Inocência, ao Devido Processo Legal, à Legalidade Estrita e à Isonomia, para assim garantir a manutenção do sistema acusatório.

3.3) Homologação e Poder de Vinculação do Acordo

Após a negociação, com a exteriorização da vontade pela assinatura de ambas as partes, para que o acordo tenha validade, ainda será necessário requerer a homologação do Juízo competente⁸⁸. Caso ainda não exista Juízo prevento para julgar os processos dos quais trata o acordo, este será distribuído para um entre aqueles competentes, levando em consideração possíveis prerrogativas de foro em decorrência da função do delator ou dos delatados. Uma vez homologado o acordo, ele estará apto a produzir todos os seus efeitos.

Entretanto, ao prever a necessidade de homologação, a lei 12.850/13 é novamente aberta em sua interpretação. No presente trabalho, serão abordados três dúvidas principais geradas pela vagueza da lei. Primeiramente, quais aspectos do acordo podem ser analisados pelo magistrado ao julgar a homologação. Em segundo, se as cláusulas do

⁸⁸ Conforme previsto no § 7º do art. 4º da lei 12.850/13, *in verbis*: "Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor."

acordo homologado vinculam de alguma forma a prestação jurisdicional. Por fim, se o acordo é um prerequisite para que os benefícios da delação possam ser aplicados na dosimetria da pena.

Sobre a análise de homologação, não se questiona a necessidade de avaliar os requisitos de existência e validade do negócio jurídico. Tal como em qualquer outro negócio jurídico, se ele for eivado de vício, possuirá uma nulidade. O que se questiona é o quanto esta decisão adentra no conteúdo das cláusulas acordadas.

Acerca do tema, o texto legal se restringe ao previsto no parágrafo 8º do art. 4º da lei 12.850/13, que afirma: "O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto". Portanto, aparentemente existe uma previsão legal permitindo que o juiz aprecie e modifique o acordo se necessário.

Permanece indefinido o limite desta apreciação. Uma análise profunda, que vise adequar o acordo ao caso concreto pode significar um julgamento de mérito antecipado, driblando o Devido Processo Legal. Na maioria das vezes, o acordo de delação é firmado antes do início do processo, ainda na fase de inquérito, o que significa que o juiz não deveria posicionar-se de qualquer forma acerca do mérito do acordo, limitado pela presunção de inocência. Portanto, seria o momento inadequado para confirmar ou não o mérito das afirmativas do delator e decidir pela alteração de uma pena prevista pelo Ministério Público no acordo, "adequando-a ao caso concreto", pois, pelo princípio da Presunção de Inocência, mesmo que exista uma confissão, enquanto não se der o Devido Processo Legal, o julgador deve considerar o réu inocente.

Tal postura seria inclusive contrária à própria Lei 12.850/13. Afinal, apesar de configurar meio de prova, é vedado embasar uma condenação tão somente na delação (art. 4º, §16º da lei). Ademais, se o juiz não pode participar das negociações (art. 4º, §6º da lei), respeitando o princípio do juiz natural e da inércia do judiciário, soa contraditório que ele possa, além de aceitar ou recusar o acordo, alterá-lo em seu conteúdo.

Outra interpretação seria no sentido que a decisão monocrática de homologação limita-se a um juízo de delibação das cláusulas, análise geral de validade, regularidade e voluntariedade do contrato em si. Destarte, esta decisão interlocutória não serve para averiguar o conteúdo das cláusulas, mas limita-se a uma análise de legalidade. Isto impediria um julgamento antecipado do processo, uma vez que a decisão não adentra no mérito, na adequação da aplicação das cláusulas no caso concreto ou possui poder para decidir sobre a veracidade dos depoimentos prestados até então.

Este último vem sendo o entendimento firmado pelo STF na maioria de suas decisões. O tema foi julgado pelo Pleno do STF nos dias 21 e 28 de junho de 2017, como questão de ordem suscitada pelo i. Ministro Marco Aurélio, em agravo de petição 7074, que recorre de decisão de homologação de acordo feita pelo Supremo Tribunal⁸⁹. Sobre a questão, quando restou decidido:

"Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de que o entendimento adotado no julgamento da questão de ordem na **PET 7074 se estende a outros casos**. Em seguida, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, ora reajustado, resolveu questão de ordem no sentido de reafirmar, nos limites dos § 7º e § 11 do art. 4º da Lei 12.850/2013, e incs. I e II do art. 21 do RI/STF: i) a **atribuição do Relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença**, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio; ii) a competência colegiada do Supremo Tribunal Federal, em decisão final de mérito, para avaliar o **cumprimento dos termos** bem como a eficácia do acordo, vencidos, nos termos de seus votos, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio; iii) que o acordo homologado como regular, voluntário e legal em regra haverá de ser observado mediante o **cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador**, sendo possível ao Plenário a análise de sua legalidade, nos termos do **§ 4º do art. 966 do CPC**. Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando do Seminário de Verão 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2017." (Decisão de questão de ordem pelo Tribunal Pleno)⁹⁰

⁸⁹ Mais sobre esta decisão, no site do próprio STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348254>. Acessado em 25 de maio de 2018.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição 7074. Relator: Min. EDSON FACHIN. ATA Nº 22, de 22/06/2017. DJE nº 143, divulgado em 29/06/2017.

A jurisprudência vem seguindo neste sentido, de limitar-se a observar a ausência de vícios formais, tais como presença da Defesa nas negociações e livre expressão da vontade por parte do réu. Entretanto, a questão não é totalmente pacífica⁹¹. Em decisão monocrática, o i. Ministro Lewandowski indeferiu a petição de homologação do acordo de Renato Barbosa Rodrigues Pereira⁹² com base em fundamentos de ilegalidade das cláusulas firmadas. Segundo o i. Ministro, o *Parquet* excedeu os limites legais ao garantir um cumprimento de pena diferenciado e ao restringir direitos indisponíveis do réu, como o direito à Ampla Defesa e ao Contraditório, além de acordar sobre temas que são de competência exclusiva do poder jurisdicional.

A discussão é complexa pois deve-se pensar ainda nos limites destes juízo de delibação. O próprio i. Ministro Edson Fachin, no julgamento supracitado, em que atuou como relator, apontou em sua fala que ao analisar a higidez jurídica do contrato, ainda que o julgador não adentre no mérito das cláusulas, deve ser analisada sua legalidade. Destacou em particular a necessidade de proteger questões de ordem pública. Baseando-se em jurisprudência firmada com o falecido Ministro Teori Zavascki, afirmou ser impreterível impedir que se haja determinações contratuais que mutilem o direito ao acesso à Jurisdição, constitucionalmente protegido.

Afinal, ainda que elementos como o *quantum* de pena ou o regime diferenciado, trabalhados acima, só produzam efeitos após a sentença, algumas das cláusulas contratuais são de cunho procedimental ou processual e passam a ter validade de pronto, como é o caso da proibição de produção de atos de Defesa. Daí se demonstra a importância de averiguar a

⁹¹ O procedimento de homologação vem sendo profundamente debatido no STF, construindo debates diversos, o que significa em geral julgamentos bem divididos. As controvérsias levantadas são múltiplas, como no julgamento conjunto de QO e AgR na PEt 7074, quando o i. Ministro Gilmar Mendes defendeu em plenário, no dia 26 de junho de 2017, que "os acordos devem ser avaliados pelo relator, mas sua homologação deve ocorrer no colegiado". Infelizmente, seria necessário separar mais tempo para analisar todos os pontos da questão com profundidade, por este motivo, o presente trabalho optou por fazer um recorte entre os pontos mais centrais da execução do acordo.

⁹² Este pedido de homologação já foi abordado no presente trabalho, ao tratar dos limites materiais das cláusulas.

legalidade destas cláusulas já na decisão de homologação, pois se fossem abordadas somente na sentença final, de nada adiantaria o veto ou alteração destas cláusulas.

Independentemente de haver alterações ou não, uma vez feita a homologação do acordo, os atos de delação serão realizados e novas investigações resultarão daí. Normalmente, criando uma série dos chamados coloquialmente como "inquéritos filhos". Então, não sendo caso de não oferecimento da denúncia, será oferecida a denúncia para iniciar os devidos processos ou haverá aditamento daqueles que já estavam em andamento. Afinal, conforme definido pela Carta Magna, para que haja uma pena, é necessário passar pelo devido processo penal. Em nenhum momento a lei dispensa o processo penal e a sentença ou acórdão condenatórios para que o delator cumpra a pena determinada no acordo, como ocorre na Transação Penal.

Questiona-se, então, se esta sentença está ou não de alguma forma vinculada ao acordo homologado pelo juiz. Esta questão é profundamente delicada pois, como foi tratado acima, o atual entendimento é que o ato da homologação não inclui uma análise do conteúdo das cláusulas.

A obrigatoriedade em seguir os termos ditados pelo Ministério Público no acordo configura uma transferência, ainda que indireta, do poder de prestação jurisdicional do Judiciário para o *Parquet*, ferindo a separação dos poderes, o Juiz Natural e o Devido Processo Legal. Ademais, resultaria em claro julgamento antecipado, em desrespeito com o princípio da presunção de inocência e esvaziando de sentido o processo penal, pois a sentença já estaria dada do momento da assinatura do acordo. A vinculação da sentença significaria que o magistrado perde seu poder jurisdicional e, portanto, torna-se meramente decorativo.

É mister destacar aqui a diferença existente entre o sistema penal brasileiro e o *adversary system* americano. No segundo, o juiz quase não exerce controle sobre a atividade acusatória do *prosecutor*. Conforme consta na *Federal Rule* n. 11, que positiva a questão, a acusação possui

poderes para atuar com discricionariedade ao acordar com o suspeito não somente sobre a pena a ser cumprida, como também de moldar o tipo penal pelo qual ele cumprirá pena, mesmo que esta não corresponda ao ilícito perpetrado (conhecido como *charge bargain*)⁹³.

Uma prática hermenêutica meramente textual da lei não resolve a questão, que permanece em aberto. O artigo 4º §11 se restringiu a positivar o seguinte texto: "A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia."⁹⁴. Portanto, a única obrigação expressa é um desdobramento da garantia constitucional do direito à sentença devidamente fundamentada. Se o acordo foi homologado pelo Juízo, este deve levá-lo em consideração no momento de sentenciar, seja para aplicar as cláusulas ou por considerar que, naquele caso concreto, após cognição exauriente, o que fora acordado não é cabível.

Afinal, mesmo com o acordo feito, é possível que o magistrado entenda que há alguma excludente sobre o ilícito penal. Ademais, no momento da homologação, não houve cognição exauriente, nada sobre as circunstâncias do crime ou sobre os elementos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade foi abordado. Destacando que por vezes o acordo pode versar não somente sobre benefícios voltados para o delator, como também para terceiros, especialmente familiares, que não participaram de sua negociação, assinatura e homologação.

Ao tratar especificamente do pedido de perdão judicial, em seu art. 4º, §2º, a Lei 12.850/13 é contraditória. Antes de sua análise, se faz necessária a leitura do texto legal, *in verbis*:

"Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão **requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador**, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, **aplicando-se, no que couber, o art.**

⁹³ A Regra Federal 11 (c) (1) traz três direitos do *prosecutor* ao negociar o *plea bargaining*: não oferecer a denúncia, oferecer denúncia, mas sugerir qual seria a pena adequada, ou já ajustar os termos da pena a ser cumprida. Enquanto no segundo o juiz não está vinculado ao que as partes acordaram, na terceira hipótese, o juiz não terá qualquer poder para alterar as cláusulas acordadas, cabendo realizar tão somente uma análise de legalidade do contrato.

⁹⁴ *In verbis*, lei 12.850/13, art. 4º, §11.

28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (**Código de Processo Penal**)."

Uma leitura literal traz uma interpretação dúbia. Por um lado, afirma expressamente que cabe ao Ministério Público ou ao delegado de polícia requerer ou representar ao juiz para que este então decida pela concessão ou não do perdão. Por outro, indiretamente indica uma vinculação do magistrado, pois afirma que sempre que a autoridade firmar o acordo de delação requerendo o pedido judicial, a qualquer tempo, mesmo que este não estivesse originalmente no acordo de delação, deverá ser aplicado, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal. A expressão "no que couber" deixa dúbia a interpretação da lei, pois compara o pedido de perdão judicial com o arquivamento, mas não afirma em que medida ou de que modo isto se daria.

O renomado professor e procurador de Justiça aposentado Afrânio Silva Jardim destaca a contradição do artigo, apontando ser necessário interpretar o texto legal pelo prisma constitucional. Consequentemente, a despeito de confuso parágrafo, o perdão judicial continua a ter a natureza jurídica de requerimento, cabendo ao juiz decidir se é ou não cabível seu deferimento, decisão esta a ser tomada no momento da sentença.

2.9. Reconheço que a regra do parágrafo 2º do artigo 4º, a menos técnica e de difícil entendimento, mormente quando se refere ao artigo 28 do Código de Processo Penal, pode ser interpretada como um óbice ao que estamos sustentando, pois parece admitir o acordo de cooperação premiada sem a previsão do perdão judicial. Tendo em vista que a nossa proposta busca “recuperar” o princípio constitucional da individualização da pena e preservar um sistema jurídico que não impeça a garantia, também constitucional, de o **juiz decidir segundo o seu convencimento**, julgo caber aqui técnica da **interpretação conforme a constituição**. Assim, podemos entender que tal defeituosa regra estaria permitindo ao magistrado, desde que haja postulação neste sentido, a concessão de perdão judicial ao réu (na sentença final), mesmo que não exista o acordo de cooperação, mas a cooperação tenha se efetivado por “delação unilateral” do réu, conforme ocorre nas diversas leis anteriores à Lei 12.850/2013. Tais leis regulam prêmios ao “delator”, sem prévio acordo com o Ministério Público ou com a autoridade policial. (...)

4. Importante salientar que a regra do **parágrafo 2º do artigo 4º desta lei específica prevê REQUERIMENTO**, que **pode não ser deferido** pelo juiz, demonstrando que a outorga do “prêmio” não pressupõe a existência do acordo de colaboração, o que reforça o que dissemos no início deste trabalho.”⁹⁵

⁹⁵ JARDIM, 2015.

Sobre a questão da vinculação acerca do *quantum* da pena, Marcos Paulo Santos⁹⁶ considera que a dosimetria da pena e a declaração de extinção de punibilidade são matérias com reserva de jurisdição, norteadas pelo princípio da legalidade estrita. Portanto, não podem ser retiradas do poder do Judiciário pela mera voluntariedade das partes.

No mesmo sentido caminha o ministro Lewandowski, que já afirmou em decisão monocrática⁹⁷ que o Ministério Público e as partes não possuem legitimidade para decidir sobre o tema do perdão ou a redução de pena. A legitimidade do *Parquet* se limita ao oferecimento ou não de denúncia, pois ele exerce então unicamente o *ius persecuendi*, enquanto autor da ação penal pública. Nem ele nem o indiciado possuem poder para negociar livremente sobre o perdão ou a redução de pena.

De fato, ao homologar o acordo, conforme entendimento majoritário do STF, o magistrado analisa tão somente elementos de existência e validade do acordo. Portanto, não é observada a adequação das cláusulas ao caso concreto. Consequentemente, se o acordo for vinculante, o Juízo não possuiria qualquer poder de interferência na aplicação da pena, esvaziando de sentido o processo como um todo. Isto posto, não há como as cláusulas do acordo possuírem poder para exercer a prestação jurisdicional. Portanto, quem se vincula a elas é o *Parquet*, que deve requerer ao juiz aquela condenação, na forma de requerimento e, portanto, sem obrigá-lo. O grande benefício ao delator seria que, pelo princípio da inércia de jurisdição, em princípio o Juízo não poderia exceder o requerido pelo Ministério Público.

O STF abordou brevemente o assunto no julgamento do HC 127.483, quando afirmou a necessidade de assegurar a segurança jurídica e a proteção da confiança, como se o Ministério Público e o Judiciário se equivalessem neste sentido pois ambos exercem deveres estatais, *in verbis*:

"Portanto, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de

⁹⁶ SANTOS, 2017, p. 86.

⁹⁷ Decisão monocrática da Petição nº 7265/DF, Julgada em 14 de novembro de 2017.

colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador."⁹⁸

Entretanto, o tema não se exauriu. Como destacado pelo jurista Marcos Paulo Santos, esta discussão veiculada no acórdão tem dimensão de *obiter dictum* e, portanto, não constrói jurisprudência para futuras decisões⁹⁹. O que foi efetivamente motivo de discussão intensa no STF¹⁰⁰ foi a possibilidade do colegiado rever o acordo homologado monocraticamente pelo relator. Decidiu-se que o momento desta cognição se exaure com a decisão monocrática, senão quando surgir fato superveniente. Com isso, afirma-se que a Turma ou o Pleno ficam atrelados àquele acordo. Entretanto, ainda resta em aberto se o acórdão futuro deverá seguir as previsões das cláusulas acordadas, dando a ele plena efetividade ou se ele se restringe à natureza de requerimento do Ministério Público.

Como afirmado acima, tendo em consideração que o relator avalia tão somente a legalidade, regularidade e espontaneidade do acordo, tal vinculação significaria usurpação do poder de prestação jurisdicional e um total esvaziamento do processo penal. Na mesma linha segue parte da doutrina como Afrânio Silva Jardim¹⁰¹, que afirma que o magistrado possui o dever de homologar o acordo de cooperação caso não haja ilegalidades formais. Portanto, a obrigatoriedade dos termos significaria que a sanção penal fica quase totalmente ao alvedrio das partes, contrariamente a todo sistema penal. Em suma:

"Não podem as partes, via acordo, obrigar o magistrado a uma sentença que ele repudia, a uma entrega da prestação jurisdicional exigida por um órgão do Ministério Público e um membro da organização criminosa. (...) Note-se que, não podendo o juiz deixar de homologar o acordo em razão de avaliação de seu mérito, tal absurda benesse fica sem qualquer controle."

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 127.483. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 04/02/2016 - ATA Nº 4/2016. DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016 p 65.

⁹⁹Vide SANTOS, 2017, pp. 93-94.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição 7074. Relator: Min. EDSON FACHIN. ATA Nº 22, de 22/06/2017. DJE nº 143, divulgado em 29/06/2017

¹⁰¹ Vide JARDIM, 2015.

O professor Salo de Carvalho¹⁰² traz uma visão distinta que de certo modo mescla o entendimento trazido pelo STF e pelo procurador aposentado, defendendo que o negócio jurídico estipula somente um teto máximo para a sanção penal determinada. Caso o processo legal, em respeito às garantias processuais e à presunção de inocência, demonstre ser cabível pena menos dura, esta pode ser aplicada.

Isto posto, apresentados os argumentos de diversos entendimentos possíveis sobre a matéria, é possível concluir somente que a Lei 12.850/13 não foi suficientemente clara, o que por si só atrela uma enorme insegurança jurídica ao instituto. Atualmente, é necessário que a jurisprudência e doutrina construam um entendimento mais pacificado acerca dos limites do poder negocial da delação e como este acordo afeta e atrela o poder decisório do Juízo.

A última matéria de discussão acerca da relação entre a prestação do poder jurisdicional e a colaboração premiada é a existência ou não da obrigatoriedade da assinatura do acordo para a aplicação dos prêmios a delatores. Em uma leitura literal, não se observa a necessidade de acordo prévio ou exigência expressa de que exista um requerimento de ambas as partes. O juiz só estaria vedado de conceder os benefícios de ofício. Portanto, por uma leitura *in bonam partem*, pelo princípio do *favor rei*, não haveria óbice à concessão dos prêmios quando requeridos pela Defesa.

Compartilham deste posicionamento o defensor Marcos Paulo Santos e procurador de justiça aposentado Afrânio Silva Jardim¹⁰³. O primeiro traz ainda um argumento muito interessante acerca da eficácia do instituto. Por vezes, a situação fática exige uma velocidade que não permite a realização de um acordo de delação, pois este exige a presença de uma autoridade competente, seja delegado ou promotor, e de um órgão de Defesa constituído como tal. Ele cita o exemplo de uma operação policial na Floresta Amazônica em que o vigia de um dos galpões que guardava

¹⁰² Vide, CARVALHO, 2017.

¹⁰³ Vide, respectivamente, SANTOS, 2017, p. 86 e JARDIM, 2015.

madeira ilegal cooperou com os policiais para que encontrassem outros dois galpões, apreendendo mais de uma tonelada de madeira extraída ilegalmente. Em decorrência das informações prestadas, foi preso o gerente da operação e ainda dois agentes do IBAMA e dois policiais federais¹⁰⁴.

Ora, todos os requisitos do art. 4º da lei 12.850/13 se concretizaram, sendo plenamente cabível a aplicação dos benefícios. Entretanto, por não ter conhecimento e a malícia para realizar uma negociar uma delação, auxiliando a autoridade de pronto, questiona-se a possibilidade de aplicação da diminuição de pena prevista em lei.

Mister destacar que não se trata mera confissão. Em termos materiais, é inclusive discutível a aplicação da atenuante, uma vez que a confissão foi feita *a posteriori* de sua prisão em flagrante e em nada auxiliou na prisão ou condenação do vigia. Ademais, a atenuante da confissão muitas vezes nem mesmo fará efeito, pois se incidir na dosimetria quando o réu já goza de pena mínima, em nada ela será alterada. Já a delação é uma circunstância genérica de diminuição de pena, da terceira fase da dosimetria, o que significa que pode extrapolar os limites da pena base.

Afranio Silva Jardim aborda o instituto distinguindo o acordo de cooperação premiada do que ele chama de "cooperação premiada unilateral", que seria o que estava previsto na leis anteriores à 12.850/13¹⁰⁵. Enquanto o acordo configura um negócio jurídico processual público, a mera delação unilateral funciona como causa especial de diminuição de pena, sendo aceitável, inclusive que ocorra sem a confissão. Ou seja, o acusado poderia alegar inocência e, ao mesmo tempo, delatar os membros da organização criminosa. Caso o juiz não entenda pela sua absolvição, seria cabível a aplicação dos prêmios previstos em lei.

Por conseguinte, é lógico concluir seguindo estas linhas de pensamento que o juiz pode igualmente conferir ao delator prêmio maior

¹⁰⁴ Vide SANTOS, 2017, p. 90.

¹⁰⁵ Vide JARDIM, 2015.

que o proposto pelo Ministério Público. Por exemplo, em caso de requerimento de diminuição da pena em dois terços, o delator poderia, em face das provas oferecidas que se mostraram, na prática, mais úteis do que o imaginado originalmente, poderia o juiz conceder o perdão judicial. Isto, todavia, só seria possível se for o entendimento que há abusividade nas cláusulas do acordo que retiram do colaborador seu direito a realizar qualquer ato de defesa, uma vez que o juiz não poderia dar o benefício de ofício.

Conclusão:

Ao longo dos capítulos anteriores foi traçado um perfil da delação, demonstrando seu desenvolvimento histórico até sua positivação no instituto da colaboração premiada, sempre buscando um paralelo com seu enquadramento sistêmico. Sem abandonar o elemento social e cultural, destacou-se que o Brasil é composto por uma sociedade de histórico colonizador, que não superou completamente este passado. A tendência messiânica há muitos séculos assola as terras brasileiras, onde já no século XVI podia se encontrar traços do sebastianismo.

Os flertes com o autoritarismo não estão restritos ao Brasil, podendo ser reconhecido como um traço compartilhado em diversos níveis por muitos países latino-americanos, como bem aponta o renomado jurista Eugênio Zaffaroni ao associar o que chama de "autoritarismo *cool*" da América Latina com as práticas de segurança pública e o Direito Penal:

"Como resultado do autoritarismo *cool* contemporâneo, produto da difusão midiática do sistema penal dos Estados Unidos, a América Latina impõe um tratamento penal diferenciado às suas classes subalternas, de onde extrai os criminalizados, os policizados e os vitimizados, que se neutralizam politicamente em suas contradições internas, exacerbadas pelo discurso vingativo dos meios de comunicação de massa."¹⁰⁶

Dentro deste contexto social, destaca-se o aspecto contraintuitivo do processo penal, que possui dupla função: permitir o devido exercício do *ius persecuendi* estatal e proteger o indivíduo, figura vulnerável frente à máquina estatal, de possíveis abusos. Algo particularmente importante no momento em que a Constituição Federal de 88 foi criada, de faceta mais liberal, fruto de uma sociedade ferida pelos abusos constantes de um Estado Ditatorial sobre a esfera privada dos indivíduos, especialmente na seara penal.

Na dinâmica do Estado Democrático de Direitos pensado pela Carta Magna, o desejo de vingança e reparação não podem sobrepujar o respeito às garantias fundamentais e, em especial, à Presunção de Inocência.

¹⁰⁶ Vide ZAFFARONI, 2007, p. 82.

Mormente para aqueles que exercem uma função pública, que devem sempre respeitar os limites da legalidade estrita.

Afinal, a figura do juiz natural e o devido processo legal são os eixos que permitem o bom funcionamento do sistema acusatório. Entretanto, em uma sociedade de tendências autoritárias, este tipo de atuação democrática é particularmente contraintuitiva e, por vezes, desestimulada pela mídia, que clama por resultados rápidos. Todo Processo Penal se baseia na crença ficcional de que a pessoa julgada é inocente. Por mais que o mundo não seja igualitário e ninguém seja isento de preconceito, todos os acusados devem ser tratados de forma igualitária.

Igualmente é necessário respeitar o art. 2º da Carta Magna. Cabe ao Judiciário exercer o poder de prestação jurisdicional, enquanto o Ministério Público atua tendo em vista o *ius perseguendi* estatal e seu papel de *custos legis*. Para tal, os atos destes poderes devem se enquadrar nos princípios da legalidade estrita e da taxatividade.

Tudo faz parte de um conjunto que, desmoronando, permite atuações discricionárias e abusivas. Não necessariamente advindas de um órgão específico, mas do Estado como um todo, pois o sistema se abre neste sentido.

Dentro deste panorama, surge a colaboração premiada, positivada enquanto acordo pela lei 12.850/13. Conforme apontado nos capítulos anteriores, a delação se modifica e passa a ser utilizada com mais intensidade da aprovação desta lei e com a operação Lava Jato, impulsionada pelo clamor midiático. Inclusive, no acordo de cooperação firmado com Paulo Roberto Costa, consta a seguinte cláusula:

"Cláusula 2ª. O **interesse público é atendido** com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir **efetividade à persecução criminal** de outros criminosos e ampliar e aprofundar, em todo o país, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes praticados por organizações criminosas, inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível, tributária, administrativa, disciplinar e de responsabilidade." [grifo nosso] (Acordo de Colaboração Premiada, Procurador Geral da República e Paulo Roberto Costa, fls. 01)

Sobre a influência midiática nas decisões judiciais, Zaffaroni trabalha o tema acerca da influência que esta pode ter o órgão julgador:

"Os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação das massas. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldade e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado, como aconteceu em vários países da região."¹⁰⁷

A pressão sofrida para adequar as decisões àquilo que é esperado dos grandes canais de notícia é forte, tanto para evitar conflitos e possíveis represálias, quanto pelas benesses recebidas quando a sentença vai ao encontro da opinião pública. Portanto, em especial dentro de uma sociedade em que a mídia e os meios de comunicação possuem tanta força, com a televisão e a internet, permanecer realizando um trabalho imparcial é uma tarefa cada vez mais árdua, mas necessária.

A delação premiada surge como meio para desmembrar organizações com o auxílio dos criminosos situados na base do esquema. Tal como a confissão, o acusado ou indiciado sempre pôde trazer a Juízo informações de que tenha conhecimento em troca de benefícios, na tentativa de diminuir sua pena. Entretanto, com a positivação do acordo de colaboração, os usos do instituto se modificam completamente.

Enquanto negócio jurídico, a delação passou a ser utilizada com maior veemência. A autoridade passa a buscar ativamente a feitura de acordos com alvos que não estão mais na base da cadeia de poder, mas joga os que estão no topo contra si mesmos. Com a dificuldade de alcançar e provar os crimes econômicos e contra a administração pública, a solução passa a ser negociar com aqueles que o poder público sabe que estão completamente envolvidos em grandes esquemas de corrupção.

Entretanto, tratando-se de pessoas com cabedal financeiro e contatos suficientes para trazer-lhes segurança dentro de uma investigação criminal, o que exige que o Estado se volte para outros meios mais eficazes de

¹⁰⁷ Vide ZAFFARONI, 2007, p. 80.

estímulo para a delação. Como apresentado ao longo do presente trabalho, estes se dividem em duas práticas centrais: o medo e os benefícios.

O medo pode ser instaurado a partir de práticas como o aumento das penas cominadas de crimes que permitem a colaboração premiada, a ameaça de estender investigações ou requerer a prisão de membros próximos da família do alvo ou mesmo o oferecimento do relaxamento de uma prisão preventiva que esteja em vigor¹⁰⁸. O advogado e jurista Castellar aponta em artigo publicado pelo IAB critica o que afirma ser um uso abusivo da prisão preventiva para estimular a delação, negociando um pedido de relaxamento na feitura do acordo, algo que ele denomina como "negociação leonina entre o Ministério Público e o acusado"¹⁰⁹. Tal afirmativa é embasada pelas palavras do próprio Procurador Regional da República Manuel Pastana, em parecer emitido nos autos do HC nº 502905046.2014.404.0000 da 8ª Turma do TRF 4, que traz a seguinte passagem: "[a prisão preventiva possui a] importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais"¹¹⁰.

Em termos de benefícios, amplamente discutidos no terceiro capítulo, a lei 12.850/13 traz expressamente seus limites. Ao contrário da questão procedimental, sobre a qual o texto legal é insuficiente, aqui os prêmios estão expressamente determinados, restando poucas discussões acerca de possíveis interpretações legais, como a discussão trazida sobre quem pode ou não receber o perdão judicial.

O principal problema do acordo de cooperação é quanto aos benefícios que vêm sendo concedidos, como a permissão para viagens em detrimento da aprovação do juiz de execução e o regime diferenciado de

¹⁰⁸ Esta questão é muito bem desenvolvida por Geraldo Prado (PRADO, 2010, p. 77), quando afirma: "A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudesimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a 'sedução' da delação esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado."

¹⁰⁹ Vide CASTELLAR, 2014, p. 107.

¹¹⁰ *Ibid.*

cumprimento de pena, que não somente extrapolam as permissões da lei 12.850/13, como também do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Permitem, portanto, que por meio do negócio jurídico privado, as partes ganhem poderes que ultrapassam até mesmo o do juiz, que está adstrito às normas legais.

Independentemente do meio pelo qual se persegue o acordo, o que se pretende construir é uma cultura de delação. Como uma bola de neve, quanto mais envolvidos estiverem dispostos a delatar o esquema, maior a tendência dos demais buscarem o Ministério Público, oferecendo novas informações. Ademais, o medo de ser acusado e a possibilidade de realizar um acordo benéfico faz com que os próprios criminosos já se preparem para um possível acordo futuro, coletando e separando provas de antemão.

Construída sobre esta base e com um objetivo focado mais no utilitarismo e no aumento das condenações sobre os crimes de colarinho branco, inexistente uma estruturação sistêmica do instituto. É inegável que o acordo representa a expansão da Justiça Negocial Penal no ordenamento brasileiro. Entretanto, ele não pode ser igualado à transação penal ou à suspensão condicional do processo, direitos subjetivos do réu que possuem critérios objetivos de aplicação. O que se observa é a importação de um instituto estadunidense, o qual se aproxima mais do negócio jurídico processual do Processo Civil do que da rigidez e taxatividade do Processo Penal. Para adequar-se melhor à estrutura e aos princípios penais, é necessária uma organização mais objetiva dos procedimentos que envolvem a realização e os efeitos do acordo.

Enquanto as lacunas da lei 12.850/13 poderiam funcionar ao firmar um negócio jurídico comum, de direito privado, os efeitos destas incertezas e espaços de manobra dentro do processo penal afetam própria a efetividade do instituto. Conforme aborgado, as consequências do acordo para a prestação do poder jurisdicional permanecem em aberto, sendo discutidas em Plenário pelo STF, com votações demoradas, questões de ordem e

decisões tomadas sem unanimidade. Tudo isto gera uma insegurança jurídica enorme.

Por se tratar de direitos fundamentais, questões de ordem pública protegidas por cláusulas pétreas, uma mudança de entendimento sobre o correto procedimento ou a invalidade de determinadas cláusulas pode gerar a nulidade de diversos acordos. Ao contrário do Direito Civil, se o STF modificar algum entendimento, este não poderá ser modulado para afetar somente os negócios futuros caso seja mais benéfico aos réus. O resultado disto seria um efeito cascata, pois afetaria a validade dos atos de delação e as provas deles decorrentes, segundo a vedação à prova ilícita e a teoria dos frutos da árvore envenenada. Consequentemente, por fim, a nulidade de diversas condenações, cujo processo suspenso ou transitado em julgado deverá ser reiniciado, se não houver prescrição.

A Justiça Negocial pode sim ser trazida para o Direito Penal, como o foi pela lei 9.099/95, mas o Legislativo deve fazê-lo com cautela. Com número cada vez maior de processos no judiciário, é natural que se busque formas mais ágeis para a resolução de conflitos, mas isto não pode ser feito em detrimento da segurança jurídica ou da separação de poderes.

Tendo em vista a exposição feita neste trabalho, pode-se concluir que definitivamente há uma tendência de aumentar ainda mais os usos da Justiça Negocial e as possibilidades de estipulação de pena por parte do Ministério Público. Um destes exemplos é a Resolução 181, expedida pelo Ministério Público Federal em agosto de 2017, que traz a seguinte previsão:

"CAPÍTULO VII

DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá **propor ao investigado acordo de não persecução penal** quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (...)” [grifo nosso]¹¹¹

Tal artigo versa inteiramente sobre processo penal, criando poderes novos para o Ministério Público acorde um não oferecimento de denúncia, numa espécie de transação penal ampliada. Por entender que tal criação veda a separação de poderes e viola o artigo 22, I, da Constituição Federal, que determina ser de competência exclusiva de lei federal legislar qualquer norma de matéria processual, a Associação dos Magistrados e a OAB entraram com as ADIs 5790 e 5793, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Resolução 181/2017 e 183/2018, que revisou a redação da resolução anterior, trazendo algumas modificações.

Ainda não foram julgados sequer os pedidos liminares das ações. Entretanto, um argumento forte para sua inconstitucionalidade está no fato de não somente a Resolução extrapolar a permissão constitucional de exercer função atípica em legislar (art. 130-A § 2º CRFB/88¹¹²), no seu §6º ainda cria dever para o Poder Judiciário. Resta, no momento, aguardar o resultado do Supremo acerca desta questão¹¹³.

Assim, observa-se o crescimento de práticas negociais penais para crimes de menor potencial ofensivo em uma sociedade de cunho autoritário. O próprio STF já confirmou o poder de delegados para fazer acordos de

¹¹¹ A resolução está disponível no seguinte link: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf

¹¹² Artigo constitucional *in verbis* "Art. 130- A (...) § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo **expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências**"; [grifo nosso]

¹¹³ O §6º traz a seguinte previsão legal: "§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição."

delação premiada. Neste momento, questiona-se que tipo de resultados advirão da expansão deste tipo de prática para os crimes associados à população mais pobre, como o furto e o tráfico. Ao buscar uma punição para os crimes associados à chamada cifra dourada, o Estado firma cláusulas já questionáveis, tanto no que diz respeito ao controle excessivo, pela extensão do objeto e do tempo do acordo, quanto pelas benesses excessivas¹¹⁴. A dúvida é se, em uma sociedade de cunho tão autoritário e desigual, já conhecida pela violência policial e altas taxas de encarceramento e crimes não resolvidos, estes espaços de negociação não criarão injustiças ainda maiores¹¹⁵.

A construção de qualquer novo instituto, para respeitar o Estado Democrático de Direito, deve ser pensada em conjunto com o sistema acusatório, com o devido processo legal e a presunção de inocência. Caso contrário, o resultado simplesmente mascara uma incompetência histórica do Estado, que cede a coesão sistemática e a proteção de seus indivíduos em troca do eficientismo imediato e da satisfação de clamores públicos. O criminólogo Anitua desenvolve muito bem este ponto na seguinte passagem:

"A 'conformidade' com a pena por parte do acusado, após o acordo com quem detém a pretensão estatal, remete-nos, como indica Ferrajoli, às práticas persecutórias permitidas pelo segredo nas relações desiguais próprias da inquisição. Estes mecanismos simplificadores não solucionam o problema da ineficácia, mas sim o ocultam. Como refere Maier, estes mecanismos 'simplificadores' não são 'outra coisa que a renúncia a princípios fundamentais do sistema penal e, por outro lado, não constituem remédio algum para a ineficácia do procedimento penal, mas tão somente paliativos que, na maioria das vezes e quase exclusivamente, tentam ocultar esta ineficácia'"¹¹⁶

¹¹⁴ Tanto que o próprio STF já decidiu, como apresentado, a inconstitucionalidade do Ministério Público criar cláusula restringindo o direito a praticar atos de Defesa e ao acesso à segunda instância.

¹¹⁵ Este problema do aumento da população carcerária de baixa renda em decorrência da Justiça Negocial e do *plea bargaining* já é discutido nos Estados Unidos, como exposto no segundo capítulo. O criminólogo Zaffaroni também trata deste tema na seguinte passagem: "No plano do processual, o juízo se tornou extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para as pessoas de escassos recursos. A bargain ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de parcos recursos. Por essa via, o processo penal acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (o Ministério Público)." (ZAFFARONI, 2007, p. 62)

¹¹⁶ *In verbis* ANITUA, 2017, p. 359.

Esta é crítica que afeta o coração da lei 12.850/13. Não à delação como um todo, ato de autodefesa já há muito presente no ordenamento brasileiro, mas à forma da colaboração premiada. O objetivo do presente trabalho foi construir uma discussão introdutória sobre este instituto, cujo resultado demonstra a vasta quantidade de lacunas deixadas pela lei e de discussões geradas pelo seu uso, que ainda estão longe de serem pacificadas.

Apesar das dificuldades encontradas na busca do material, ainda muito esparso em artigos e na jurisprudência, muitas vezes protegida por sigilo pois os processos ainda estão em andamento, foi possível perceber que esta incerteza gerada pela ausência de precisão legal acentua ainda mais os problemas de compatibilidade sistemática. Tudo isto gera uma enorme insegurança e afeta a efetividade do instituto.

Observa-se que as brechas legais criam espaço para falsas incriminações, perseguições e abusos do poder público, que pode escolher a quem deseja beneficiar. Em um estudo jurisprudencial, identifica-se benefícios como permissão para viagens internacionais, o fim da prisão preventiva e o cumprimento de pena em regime diferenciado. Em contraposição, constrói-se um controle absoluto sobre os delatores, com o fim dos atos de defesa, um controle absoluto por 30 anos sobre todos os fatos ilícitos (penais, civis ou administrativos) conhecidos pelo réu, sempre sob o risco de ter o acordo resolvido.

O presente uso da delação constrói uma nova estrutura que, se mantida, desloca o poder de prestação jurisdicional para o Ministério Público, para uma fase pré-processual. Apesar da questão da vinculação das cláusulas homologadas não estar pacificada, o egrégio STF já se pronunciou pela segurança e confiança que detêm o instituto da colaboração premiada dependerem do Juízo não rever as cláusulas do acordo homologado. Portanto, inclinando-se na direção de que a sentença está em alguma medida atrelada às cláusulas homologadas sem cognição exauriente.

Esta é uma discussão que ainda não foi completamente resolvida, mas é central dentro do funcionamento da delação premiada e em algum momento do futuro será levada ao STF. Afinal, trata-se não somente de tecnicidades jurídicas, mas de uma questão de adequação ao sistema acusatório como um todo e da manutenção ou não do poder decisório do Judiciário (e, conseqüentemente, de parte significativa de seu poder real). Este é um dos pontos da legislação que mais evidencia as críticas acima levantadas.

Atualmente, com o clamor midiático e o apoio às recentes operações, dificilmente tal questão delicada será decidida. Entretanto, uma mudança de panorama e de interesses políticos podem mudar a aplicação do acordo pelo Judiciário e esvaziar o uso da delação premiada. Portanto, o problema que se observa aqui é a falta de proteção sobre o negócio jurídico firmado e sobre os indivíduos envolvidos.

O Processo Penal não pode ser tratado com a mesma liberdade do Civil pois não há a mesma liberdade negocial sobre as garantias individuais protegidas. Na formulação de qualquer instituto penal, é indispensável uma extrema preocupação em sua positivação, enquadrando-o dentro das normas do processo e para que seja respeitada a legalidade estrita e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito. Como apontado ao longo de todo o trabalho, ignorar este fato significa colocar em cheque a eficácia do sistema acusatório e também do próprio instituto da colaboração premiada.

É mister destacar que o Direito Penal não pode substituir práticas de segurança pública. A delação premiada pode servir como meio de obtenção de prova, mas não pode preencher a lacuna deixada pela falta de investimento nos aparatos de investigação. A escassez destes foi um dos grandes motivadores para o aumento do uso da colaboração, mas os

resultados e condenações obtidas não podem ser motivadores para um abandono ainda maior da polícia investigativa¹¹⁷.

A delação premiada responde a um sentimento coletivo de impunidade e descrença no sistema público. Entretanto, não resolve o problema a longo prazo. Não solidifica uma polícia investigativa, que continua mal financiada, equipada e treinada, tendo que lidar com uma política de segurança pública falida e uma quantidade exorbitante de crimes, além de não criar uma forma para que o judiciário seja mais justo e célere. A delação é um instrumento capaz de auxiliar o processo investigativo, entretanto suas falhas de estruturação geram uma enorme insegurança jurídica para as partes do acordo e para a sociedade como um todo, pois uma mudança de entendimento pode afetar todos os processos decorrentes dos atos de delação.

Por este motivo, o Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público não podem responder ao sentimento de impunidade de forma tão simples. O problema vivido no Brasil não se limita à dificuldade de obter provas em crimes de colarinho branco. É um problema estrutural, que se estende para além da prática da delação premiada.

¹¹⁷ O desembargador aposentado Geraldo Prado tangencia este tema em seu artigo: "O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova!" (PRADO, 2015)

Bibliografia:

- ANITUA, Gabriel Ignacio. A Importação de Mecanismos Consensuais do Processo Estadunidense nas Reformas Processuais Latino-Americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. pp. 357-375
- ALVES, Fernando de Briso, OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. "Crise" da Democracia Representativa e a Função Política do Judiciário: é o judiciário a "tábua de salvação" da democracia?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.2, jul./dez. 2015, pp. 165 - 179.
- AIRES, José Luciano de Queiroz. *Pintando o Herói da República: a construção do imaginário mitificado de Tiradentes e o ensino de História*. Publicado nos Anais do XXV Simpósio Nacional de História – Fortaleza, 2009.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BARBOSA, Marialva. *História Cultural da Imprensa: Brasil -- 1900 a 2000*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2016.
- BECCARIA, Cesare, *Do Delito e das Penas*, Publicado em: 1764. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>, Acessado em: 05 de junho de 2018.
- BERCLAZ, Márcio. *Qual é o “lugar” do Ministério Público no processo penal?*. Publicado em: 28 de Março de 2016. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/28/qual-e-o-lugar-do-ministerio-publico-no-processo-penal/>. Acessado 02 de Abril de 2018.

- BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. São Paulo: Forense, 2009
- CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: Filtros constitucionais e Adequação sistemática. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, v. 53, n. 385, nov/2009. Publicado em: 10 de março de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/salo-carvalho-juiz-fixar-pena-menor-teto-delacao>. Acessado 02 de Abril de 2018.
- CARVALHO, Salo de. *Juiz pode fixar pena abaixo do máximo estabelecido em acordo de delação*.
- CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão de indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASTELLAR, João Carlos. Delação Premiada: O "Pau de Arara" da Pós-Modernidade. *Revista Digital IAB*, Rio de Janeiro, Ano VI, Número 22, pp. 97 - 109, 2014.
- CASTELLAR, João Carlos. Parecer do IAB, Indicação nº 038/2016, sobre o Projeto de Lei nº 4.372/2016, de autoria do Deputado Wadih Damous, apresentado em sessão ordinária do IAB no dia 24 de agosto de 2016, versão impressa disponível na Biblioteca do IAB.
- CASTRO, Douglas Camarano de. *Estado de Inocência e a Ordem Pública: Prisão Preventiva e Violação de Direitos Humanos*. 2008. Dissertação (em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- CHARTIER, Roger. *A História Cultural: entre práticas e representações*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.
- CHARTIER, Roger. *A História ou a leitura do tempo*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009

- CHRISTO, Maraliz de Castro Vieira. *Herói em pedaços*. Revista da Biblioteca Nacional, no. 9. Abril de 2007. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/impressoesrebeldes/wp-content/uploads/2017/02/Her%C3%B3i-em-peda%C3%A7os-Revista-de-Hist%C3%B3ria.pdf>. Acessado em: 10 de fevereiro de 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 75-84, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *STF e Direitos Fundamentais: diálogos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodium, 2013.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- GOULART, Maurício. *Escravidão africana no Brasil: das origens à extinção do tráfico*. São Paulo: Alfa-Ômega. 1975.
- GRANZINOLI, Cassio M. M. *A delação premiada. Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Rio de Janeiro: Editora Livraria do Advogado, 2012.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Publicado em: 18 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>>. Acessado em: 24 de maio de 2018.
- JUNIOR, José Marinho Paulo. *Delação Premiada à Luz do Direito Probatório no Estado Democrático*. Publicado em: 30 de abril de 2008. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/delacao>>.

premiada-a-luz-do-direito-probatorio-no-estado-democratico/>

Acessado em: 15 de fevereiro de 2018.

- KARAM, Maria Lúcia. *Escritos sobre a Liberdade Volume 5: liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. Publicado em: 24 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acessado em: 5 de junho de 2018.
- MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66, jun./jul. 2014.
- MARTINS, Ana Luiza e LUCA, Tania Regina de (orgs.) *História da Imprensa no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2008.
- MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, vol. 82, p. 234-248, 2001.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *manipulite*. *Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 56-62.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- OVINSKI, Mônica. *O Estado e o Indivíduo: o conflito entre punir e libertar – história da presunção de inocência no Brasil (1948 – 2000)*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2016.
- PACHI, Lais Helena Domingues de Castro. *Delação Penal Premial*. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal).
- PENNINGTON, Kenneth. *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*, 63 JURIST: STUD. CHURCH L. & MINISTRY 106, 2003.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. *Delação Premiada*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 846/2006, pp. 711-736, 2006.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929/2013, p. 319, 2013.
- PINTO, Ronaldo Batista. *A Colaboração Premiada da Lei nº 12.850/2013*. *Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013.
- PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.
- PRADO, Geraldo. *A Transação Penal, 15 anos depois*. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>. Acessado em: 18 de março de 2018.
- PRADO, Geraldo. *Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual*. Publicado em: 17 de maio de 2015 Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/?p=10687> Acessado em: 04 de junho de 2018.
- RONSON, Jon. *So You've Been Publicly Shamed*. New York: Riverhead Books, 2015.

- ROSA, Gabriela Porto. *A Construção da Verdade no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.
- SAVITSKY, Douglas. *The Problem with Plea Bargaining: differential subjective decision making as a engine of racial disparity in the United States prison System*. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculty of the Graduate School of Cornell University
- SILVA, César Dario Mariano. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Publicado em: 5 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>. Acessado em: 04 de maio de 2018.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- ZAFFARONI, Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro: segundo volume, parte I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.