



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Monografia III

ANANDA FRANÇA DE ALMEIDA

**A (IN)COMPATIBILIDADE DA AMPLA DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO
ACUSATÓRIO, INERENTE AO *PLEA BARGAINING* NORTE-AMERICANO, COM
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

BRASÍLIA
2017

ANANDA FRANÇA DE ALMEIDA

A (IN)COMPATIBILIDADE DA AMPLA DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO, INERENTE AO *PLEA BARGAINING* NORTE-AMERICANO, COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador(a): Prof. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur

BRASÍLIA

2017

Banca Examinadora

Prof. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur
Orientador

Prof. George Lopes Leite
Examinador

Prof. Gabriel Haddad Teixeira
Examinador

Dedico à minha família e à Nossa Senhora.

“Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente.”

(Evandro Lins e Silva)

RESUMO

O presente estudo busca analisar os institutos do *plea bargaining* norte-americano e do acordo de colaboração premiada brasileiro, comparando o histórico, a amplitude e o procedimento destes, além dos ordenamentos jurídicos nos quais se inserem, de modo a pontuar suas principais diferenças e similaridades. A partir disso, o objetivo deste trabalho é verificar a compatibilidade ou não da ampla discricionariedade do órgão acusatório, inerente ao *public prosecutor* no *plea bargaining*, com o princípio da legalidade aplicável na atuação do Ministério Público ao firmar acordo de colaboração premiada. Nesse ponto, importante destacar que tal princípio é intrínseco ao direito romano-germânico e ao viés garantista da Constituição Federal de 1988. Para tanto, será feita uma análise da aplicação do instituto da acordo de colaboração premiada na Operação Lava Jato a partir dos dispositivos da Lei 12.850/2013, Lei da Organização Criminosa, principal diploma normativo sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Comparado. Acordo de Colaboração Premiada. *Plea Bargaining*. Lei da Organização Criminosa. Princípio da Legalidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 A COMMON LAW E O <i>PLEA BARGAINING</i> NORTE-AMERICANO..... | 11 |
| 1.1 <i>A common law</i> norte-americana e as garantias do acusado em seu sistema criminal | 11 |
| 1.2 Procedimentos do sistema criminal norte-americano e o papel da acusação..... | 14 |
| 1.3 O <i>plea bargaining</i> norte-americano | 146 |
| 1.4 A aplicação do <i>plea bargaining</i> e os problemas dela decorrentes | 148 |
| 2 O DIREITO ROMANO-GERMÂNICO E A COLABORAÇÃO PREMIADA BRASILEIRA | 26 |
| 2.1. A tradição romano-germânica | 26 |
| 2.2 Histórico da colaboração premiada e da justiça consensuada no ordenamento jurídico brasileiro | 27 |
| 2.3 A colaboração premiada segundo a Lei 12.850/2013 | 31 |
| 2.4 Aplicação dos limites legais da colaboração premiada | 38 |
| 3 A APLICAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE | 42 |
| 3.1. O acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa..... | 43 |
| 3.2. A Banalização dos meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013 | 46 |
| 3.3 O princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro e sua (in)aplicabilidade à colaboração premiada | 47 |
| CONCLUSÃO | 54 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 54 |

INTRODUÇÃO

O acordo de colaboração premiada não é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, remontando sua origem às Ordenações Filipinas. Posteriormente, esse instituto foi previsto em uma série de diplomas normativos que serão objeto de breve análise. Entretanto, a Lei 12.850/2013, Lei de Organização Criminosa, trouxe relevantes mudanças de ordem penal e processual ao instituto, expandindo seu rol de benefícios e preconizando seu procedimento.

Não obstante a utilização de institutos com finalidade semelhante em países de tradição romano-germânica, que historicamente tiveram grande influência no direito brasileiro, inclusive por este seguir essa mesma família jurídica, uma das mais relevantes inspirações do acordo de colaboração premiada é o *plea bargaining*, instituto de origem norte-americana, no qual o ordenamento jurídico segue a tradição da *common law*. Por isso, faz-se necessária a melhor compreensão de como a adaptação de um instituto advindo de um direito consuetudinário pode se dar no nosso ordenamento jurídico pautado na codificação.

Além do histórico necessário de ambos institutos e dos ordenamentos jurídicos nos quais se inserem, é imprescindível verificar os aspectos legais e procedimentais que regem sua aplicação, em adição ao papel do órgão acusatório em cada instituto. Nesse diapasão, o presente trabalho analisará o modo de ingresso do *public prosecutor*, em comparação com o membro do Ministério Público, bem como fará distinções importantes acerca dos princípios que embasam a atual do segundo, em contraposição à ampla discricionariedade do primeiro e os principais pontos motivadores de sua atuação.

É justamente essa ampla discricionariedade que será o ponto principal de discussão deste trabalho, que tem como objeto determinar a compatibilidade ou não desta à atuação do Ministério Público no acordo de colaboração premiada. Assim, a presente discussão será em torno da possibilidade da mitigação do princípio da legalidade, princípio este assegurado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX, de modo a permitir a aplicação de cláusulas não previstas na Lei 12.850/2013 nos acordos de colaboração premiada, o que tem sido feito nos acordos realizados no âmbito da Operação Lava Jato.

Neste ponto, será discutida a possibilidade de uma cláusula extralegal apresentar, em verdade, não um benefício ao colaborador, mas sim uma coação, ainda que implícita e psicológica para que este aceite colaborar. Do mesmo modo, será apresentado como isso vem ocorrendo nos Estados Unidos, país que usa amplamente o instituto do *plea bargaining*, contando com aproximadamente mais de 90% das condenações como resultado deste.

Nesse seara, serão discutidos algumas cláusulas no acordo de colaboração firmado entre o órgão ministerial e o ex-diretor da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, que não estão previstos na lei competente. Esse acordo será utilizado como exemplo por ter sido o primeiro no âmbito da Operação Lava Jato e por ter indicado o procedimento para as centenas de acordos que foram firmados posteriormente na mesma investigação, que acabou por popularizar tal prática negocial.

O trabalho está dividido, para este fim, em três capítulos. O primeiro inicia promovendo uma visão geral da *common law*, discorrendo sobre a importância da jurisprudência nesse ordenamento jurídico. Em seguida, passa-se a discutir a respeito do *plea bargaining*, destacando aspectos procedimentais do mesmo e os problemas que tem sido apresentados na prática, em detrimento à disposição do direito ao julgamento pelo órgão colegiado de pares previsto na Sexta Emenda da Constituição Federal norte-americana.

Ainda a respeito desse instituto alienígena, faz-se necessária a ponderação acerca dos prejuízos ao direito de defesa que seu uso indiscriminado eventualmente pode causar. Para tanto, serão trazidas análises empíricas sobre a experiência norte-americana no que tange à coação exercida pelos órgãos estatais para que os supostos desviantes se submetam ao acordo, de forma a averiguar se isso poderia causar condenações de pessoas inocentes.

O segundo capítulo passa a analisar a tradição romano-germânica e suas fontes de direito, passando para a inserção do acordo de colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Necessário destacar as inovações trazidas pela Lei da Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), seu âmbito de aplicação e as disposições constitucionais a respeito das garantias eventualmente suprimidas na persecução penal.

Nesse ponto, é importante pontuar o viés garantista da Carta Magna brasileira, que preza pela manutenção de garantias fundamentais e pelo obrigatório controle de constitucionalidades das lei ordinárias, em razão da pirâmide de normas existente no nosso ordenamento, típica da tradição jurídica da qual faz parte. Assim, a relativização das garantias fundamentais não pode se dar de forma ordinária.

Por fim, o terceiro capítulo tem como objeto o exame de como está sendo aplicado o acordo de colaboração premiada na Lava Jato, valendo-se dos termos do acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa. Ainda neste capítulo, será ponderada a importância do princípio da legalidade e sua aplicação no acordo de colaboração premiada, especialmente em relação ao âmbito da aplicação desse meio de obtenção de prova e a possibilidade do Ministério Público ter ampla discricionariedade na proposição do acordo.

Nessa perspectiva, analisa-se se a possibilidade da banalização dos meios de obtenção de provas extraordinários, caso não sejam aplicados segundo prescrito em lei.

Esclarece-se que a metodologia aplicada no presente estudo foi a de pesquisa bibliográfica, valendo-se de doutrina nacional e estrangeira acerca de aspectos processuais, constitucionais e históricos, bem como consulta a casos concretos dos Estados Unidos e do Brasil, além de pesquisa empíricas feitas por institutos respeitados.

1 A *COMMON LAW* E O *PLEA BARGAINING* NORTE-AMERICANO

O acordo de colaboração premiada previsto na legislação brasileira foi inspirado em diversas experiências estrangeiras com institutos similares. Apesar de países com tradição de direito romano-germânica se valerem desse tipo de meio de obtenção de prova, uma das principais inspirações do acordo no Brasil foi o *plea bargaining* norte-americano¹, inserido em ordenamento jurídico pautado no *common law*.

Para uma análise mais profunda acerca da compatibilidade de um aspecto da aplicação do *plea bargaining*, qual seja a ampla discricionariedade do órgão acusatório, com o nosso ordenamento jurídico, passa-se a discorrer sobre o direito estrangeiro. Ademais, importante compreender também os demais pontos da estruturação e aplicação da norma alienígena, destacando os itens que foram absorvidos pela lei nacional, assim como as principais divergências.

1.1 A *common law* norte-americana e as garantias do acusado em seu sistema criminal

Preliminarmente, faz-se necessário ponderar brevemente sobre o ordenamento jurídico norte-americano, de tradição consuetudinária, ressaltando as discrepâncias fundamentais entre o *common law* e a tradição jurídica brasileira pautada no *civil law*, ou direito romano-germânico, de modo a facilitar a assimilação da evolução e da aplicação do *plea bargaining* nos Estados Unidos.

O presente trabalho considerará o ordenamento jurídico como sendo o conjunto de normas, instituições e procedimentos aplicados em uma certa localidade². Indubitavelmente, o conceito de tradição jurídica é mais amplo, não dizendo respeito somente ao complexo de normas empregadas em uma jurisdição específica, não obstante este seja indiscutivelmente um reflexo da tradição jurídica daquele ordenamento.

Segundo Merryman³, tradição jurídica é a junção de práticas historicamente reiteradas acerca da natureza e do papel do direito, as quais foram sendo absorvidas sistematicamente, levando em conta qual seria o papel do direito na sociedade e na política. Nesse sentido, a tradição jurídica coloca o sistema legal sob uma perspectiva cultural.

¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 29.

² MERRYMAN, J.H., The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 2a ed. Stanford University Press, 1985. p. 1.

³ Ibidem.

Sobre isso, René David⁴ esclarece que não há um consenso doutrinário sobre quais aspectos devem prevalecer para se estabelecer as famílias jurídicas, visto que alguns autores priorizam a estrutura, enquanto outros analisam as fontes do direito. No entanto, ele entendeu que existiram três famílias amplamente aceitas pela doutrina: a romano-germânica, também conhecida como *civil law*, a *common law* e a socialista. Por certo, observar-se que a última tradição acabou caindo em desuso com a queda da União Soviética, todavia a obra em comento foi escrita em 1985, o que justifica tal menção.

Os ordenamentos jurídicos costumam reproduzir outros ordenamentos jurídicos que, por algum motivo, exerceram sobre eles uma influência. No caso das ex-colônias é comum que o direito apostado seja o mesmo aplicado no então país colonizador, como é o caso dos Estados Unidos, ao aplicar o direito consuetudinário de origem inglesa.

O *common law* surgiu na Inglaterra a partir do Século XI. As normas e princípios nesse direito tem origem, majoritariamente, em julgamentos, com especial enfoque nos advindos das cortes superiores, a partir de jurisprudência reiterada. A fundamentação da *common law* era, quando do seu surgimento, o Direito Público, sendo concebida para resolver os casos em que havia ameaça a paz do rei, e sua principal fonte, como mencionado, é a jurisprudência, não a codificação⁵. A respeito de sua origem, René David explica que:

As características tradicionais da *common* são muito diferentes da família de direito romano-germânico. A *common law* foi formada por juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra do direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro⁶.

Assim, no sistema em estudo, o julgador é responsável por criar novas regras a partir de precedentes, enquanto no direito de tradição romano-germânica, a criação de leis está restrita ao legislador, não podendo o magistrado acumular tal atribuição, como será melhor aprofundado oportunamente.

Considerando esse prisma, deve-se passar a analisar a origem do sistema criminal norte-americano. Holmes, citando grandes autoridades como Bishop Butler, explica que o

⁴ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 23.

⁵ ETLEY, William, Mixed Juristicians: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), 60 La. Lousiana Law Review, 2000. Disponível em:< <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/2>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

⁶ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 25.

direito leva em consideração a gratificação da vingança, sendo este um dos objetos da punição corporal:

It certainly may be argued, with some force, that it has never ceased to be one object of punishment to satisfy the desire for vengeance. The argument will be made plain by considering those instances in which, for one reason or another, compensation for a wrong is out of the question⁷.

Tal reflexão seria importante, inclusive, para evitar a autocomposição, levando em consideração que a lei deveria, em certa medida, corresponder às demandas e expectativas da sociedade na qual se insere. Entretanto, a punição deve também abranger as noções de retribuição proporcional e especialmente de prevenção, não obstante a crítica kantiana à utilizar-se do criminoso como um meio e não um fim em si mesmo, tendo a recuperação do desviante um papel secundário⁸ nos Estados Unidos.

A Carta Magna de 1787⁹, em seu texto original, continha apenas três garantias processuais penais, quais sejam o *habeas corpus*, o júri, e a proibição ao testemunho indireto. Somente em 1789 foram inseridas as garantias àquela Constituição conhecidas como *Bill of Rights*¹⁰.

No entanto, os procedimentos, em razão da *common law*, são determinados pela jurisprudência, e, portanto, apresentam relevantes diferenças entre as jurisdições estaduais e a federal. A décima Emenda Constitucional determinou que a competência dos Estados de legislar é a regra, enquanto a competência federal é a exceção, devendo ser fundada em texto constitucional. Essa prevalência da autonomia dos estados, diferente do modelo brasileiro, é compreensível pelo histórico dessa nação, que até a Guerra da Independência, era dividida em 13 colônias que se mantinham praticamente independentes¹¹.

Dessa forma, apenas com o advento da 14^a Emenda Constitucional, em 1866, é que teve início a indagação acerca da obrigatoriedade dos Estados-membros adotarem as garantias expressas na *Bill of Rights*. Por isso, a efetivação das mencionadas garantias foi

⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Chicago: Project Gutenberg, 2000. p. 34. Tradução livre: Com certeza pode ser discutido, com alguma força, que nunca deixou de ser objeto de punição para satisfazer o desejo pela vingança. O argumento será feito considerando as possibilidades nas quais, por uma razão ou outra, a compensação por algo errado está fora de questão.

⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Chicago: Project Gutenberg, 2000. p. 34-39.

⁹ Universidade de São Paulo: Biblioteca Universal de Direitos Humanos. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹⁰ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *A Reforma Do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” Do Processo Penal Anglo-Americano: Revisitação Histórica. Questões Atuais do Sistema Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. pp. 263-295.

¹¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 463.

sendo atingida de forma gradativa, na medida em que a Suprema Corte se debruçava sobre o tema.

1.2 Procedimentos do sistema criminal norte-americano e o papel da acusação

Em razão de sua tradição consuetudinária, nos Estados Unidos, não há que se falar em um modelo de processo penal único, pois, em observância a independência legislativa apontada, cada Estado-membro concebe um modelo próprio. No entanto, Chemerinsky e Levenson¹² expõem o que seria um procedimento criminal frequentemente considerado ordinário.

Nesse procedimento o primeiro passo do processo penal é o oferecimento da acusação, a chamada *complaint*, na qual deve ser demonstrada a justa causa da ação, a *probable cause*. O magistrado, que tem o dever de imparcialidade consignado na Sexta Emenda da Constituição Federal receberá a acusação. Apesar dessa obrigação de imparcialidade, os membros da magistratura não seguem o princípio conhecido no Brasil como impessoalidade para seu ingresso¹³.

Prosseguindo, o magistrado designará então a data do *first apperance*, que é a primeira vez que o acusado comparecerá perante o juiz. Nessa ocasião, são informadas as acusações a ele imputadas e seus direitos, oportunidade em que pode ser libertado mediante o pagamento de fiança, se for o caso¹⁴.

Em seguida, a acusação é analisada pelo *grand jury*, que averiguará se há *probable cause* para que o acusado seja levado a julgamento. Caso entenda que há justa causa, haverá o indiciamento, ou *indictment*, ocasião em que serão estabelecidas quais acusações irão a julgamento. Em seguida, o réu será intimado a comparecer na audiência denominada *arraignment on indictment*, na qual será informado das acusações e será questionado como se declara, culpado (*plea of guilty*) ou inocente (*not guilty*)¹⁵.

O acusado pode ainda optar pela *plea of nolo contendere*, no qual ele não se declara culpado, mas não deseja discutir a culpabilidade, não deseja contender, de forma que aceita o proposto pelo Ministério Público. Observa-se, nesse caso, a possibilidade de uma verdadeira renúncia ao direito de defesa, o que se assemelha com a transação penal oferecida ao réu na legislação brasileira, aplicada nos juizados criminais.

¹² CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie. Criminal Procedure. Aspen Publishers, 2008. p. 5-11.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

Após a declaração inicial do réu, passa-se então à fase que corresponderia à ação penal brasileira. Primeiramente, as provas serão apresentadas e contestadas na fase denominada *discovery*, na qual são comumente apresentados pedidos de defesa e acusação, os *pretrial motions*, sobre questões preliminares, que podem abranger uma série de nulidades, de modo a evitar que essas sejam convalidadas no julgamento¹⁶.

É justamente antes do julgamento que são elaborados a maioria dos *plea bargainings*, que seriam inspiração ao acordo de colaboração premiada como vem sendo implementado no Brasil, o que será analisado posteriormente. Por hora, vale apenas destacar que caso o acusado aceite o *plea bargaining*, este será sentenciado em seguida¹⁷.

O julgamento em questão pode ser feito pelo magistrado singular togado, o *bench trial*, ou ainda perante um júri, o *jury trial*. A 6ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos conjectura o julgamento pelo *jury trial* como uma garantia do réu em todos os delitos graves, considerados pela Suprema Corte como sendo aqueles com pena privativa de liberdade superior a 6 anos. É possível, entretanto, que as partes renunciem essa garantia, levando o caso a um *bench trial*¹⁸.

No caso de *jury trial*, este só tem competência para decidir se o réu é ou não culpado, cabendo ao magistrado dosar a pena, o que ocorre na fase denominada *sentencing hearing*, de forma similar aos julgamentos de crimes dolosos contra a vida no ordenamento jurídico brasileiro. Após o julgamento, ao réu irredimido, oportuniza-se recorrer da sentença pelo instrumento denominado *appeal* ou, caso entenda terem sido violadas suas garantias constitucionais, pode valer-se do *habeas corpus*¹⁹.

Noutro norte, passando a análise do papel da acusação, mais especificamente do *prosecutor*, no sistema criminal norte-americano, é imprescindível, inicialmente, ressaltar o amplo poder discricionário a ela proporcionado pelo Estado. O órgão acusatório norte-americano não está pautado pelos princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que podem utilizar-se dos benefícios que acharem convenientes ao realizar os acordos em tela.

Na Inglaterra da Idade Média, a vítima tinha o papel de autoridade policial, acusação, juiz e executor, sendo a única figura de acusação formal o *king's attorney*, que

¹⁶ CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie. Criminal Procedure. Aspen Publishers, 2008. p. 5-11.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

acusava violações aos direitos do rei²⁰. Os chamados reformistas, como Jeremy Bentham e Sir Robert Peel alertavam que esse sistema de acusação particular era claramente tendencioso aos interesses individuais.

Os Estados Unidos, enquanto colônia, espelhou-se na experiência inglesa da acusação privada. No entanto, com a Revolução Industrial do século XVIII, a colônia expandiu consideravelmente, não sendo mais possível a utilização desse modelo, em razão do aumento da criminalidade. Essa mudança foi reflexo também da nova ideologia europeia de doutrinadores como Cesare Beccaria, que propunham que o crime não seria apenas um problema individual da vítima, como antes era visto, mas sim um problema da sociedade²¹.

Gradativamente, após o hoje Estado da Virgínia, em 1643, se tornar a primeira colônia a ter uma acusação pública, os demais estados foram adotando essa medida. Naquela época, a discricionariedade do *public prosecutor* era bem mais limitada, ao passo que seguia o direcionamento do governador ou dos próprios magistrados.

Nos dias atuais, vigora na maioria dos Estados-membros um modelo de eleição para o cargo de *prosecutor*, inaugurado na presidência de Andrew Jackson. Vale destacar que a eleição não serve para todos os membros da acusação, mas apenas para o que comanda esta em cada estado. A partir desse sistema surgiu a ampla discricionariedade da acusação norte-americana, muitas vezes instruída pela aspiração política de seus dirigentes²². Na década de 1920, foram feitas diversas críticas a esse modelo em virtude do excesso de poder e discricionariedade, em especial pela *Wickersham Commission*, sem, contudo, atingir significativo efeito na regulação do tema.

Diante desse panorama inicia, fica clara descomunal disparidade entre o modelo norte-americano de processo penal, em que a acusação pode inclusive deixar de propor a ação penal em razão de convicções de caráter estratégico ou político²³, com a indisponibilidade da ação penal existente no Brasil.

1.3 O *plea bargaining* norte-americano

Inicialmente, cumpre destacar que estudos apontam que cerca de 90% dos condenados nos Estados Unidos, tanto na esfera estadual quanto na federal, foram assim

²⁰ DAVIS, Angela J. *Arbitrary Justice – The Power of the American Prosecutor*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 9.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

julgados em razão do instituto do *plea bargaining*, renunciando, portanto, ao seu direito ao julgamento²⁴.

Há uma grande divergência entre os autores sobre quando o *plea bargaining* foi implementado nos Estados Unidos. Autores favoráveis ao instituto tendem a afirmar que este foi aplicado desde os primórdios do sistema jurídico norte-americano, apesar da falta de suporte histórico a contribuir com essa conclusão. Nesse sentido, Donald J. Newman pontuou:

Plea agreements are not new; in all probability such bargaining has gone on as long as there have been criminal courts. It wouldn't surprise many knowledgeable court observers to learn that Cain pleaded to a lesser charge after murdering Abel²⁵.

No entanto, estudos empíricos mais específicos sobre esse ponto indicam que o *plea bargaining* começou a ser usado com mais frequência a partir do século XIX²⁶. Não é possível afirmar, dessa forma, que não se fazia uso do instituto em comento em determinada época, mas é possível provar que as cortes norte-americanas desencorajavam seu uso, em oposição ao que ocorre atualmente.

Blackstone²⁷, ao analisar a jurisprudência inglesa da metade do século XVIII, afirma que as Cortes tinham restrições a aceitar a então chamada confissão e incentivavam os acusados a não fazerem-na. Além da desconfiança dos julgadores na higidez das confissões naquela época, são apontados como relevantes para esse posicionamento os fatos de que os defendentes não eram representados por um advogado, logo poderiam facilmente ser induzidos ao erro, assim como a pena de morte era prevista para todos os crimes mais graves, logo, a confissão seria equivalente ao suicídio²⁸.

Todavia, em decorrência de uma série de questões, tais como a exacerbada complexidade do processo comum, a busca pela dita eficiência em razão do pragmatismo, a urbanização e o conseqüente aumento da criminalidade, entre outros, ampliou-se a utilização do *plea bargaining* e, assim, o número de condenações sem o julgamento propriamente dito aumentou progressivamente no século XX, tendo os Estados Unidos atualmente uma

²⁴ NEWMAN, D. Conviction: The determination of Guilt or Innocence Without Trial. Boston Little, Brown and Company, 1996.

Tradução livre: *Plea agreements* não são novos, a probabilidade é de que este acordo venha acontecendo desde que existem cortes criminais. Não seria surpreendente a vários juristas bem informados se descobrissem que Cain fez um acordo para obter uma pena mais leve após assassinar Abel.

²⁵ Ibidem.

²⁶ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. Chicago: 79 Columbia Law Review, 1979. p. 5.

²⁷ BLACKSTONE, W. Commentaries on the Laws of England. Boston: Beacon Press, 1962. p. 329.

²⁸ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. Chicago: 79 Columbia Law Review I, 1979. p. 4.

população carcerária de mais de 2 milhões e 300 mil pessoas²⁹, sendo o país com a maior população carcerária do mundo³⁰.

Notadamente esse tipo de acordo existe em muitos ordenamentos jurídicos, entretanto, é muito mais vastamente aplicado em alguns, como nos Estados Unidos, do que em outros, onde se há restrições para seu uso. Em busca da compreensão sobre esse fenômeno, Yehonatan Givati³¹ fez uma análise empírica de dados colhidos em diversos países, chegando, ao final de seu trabalho, à conclusão de que países onde a população se preocupa mais com a possibilidade de não punir um culpado do que de punir um inocente utilizam-se mais do instituto que permite a autoincriminação.

Nessa seara, a partir desse estudo, é possível concluir pela ligação direta entre níveis altos de criminalidade e exigência social na punição dos supostos culpados, de maneira a colocar o princípio da presunção de inocência em segundo plano, e elevar o uso de acordos que envolvem a autoincriminação.

1.3.1 A aplicação do *plea bargaining* e os problemas dela decorrentes

O *plea bargaining* se entece quando o *prosecutor*, isto é, o acusador, ou o promotor público no modelo brasileiro, oferece à pessoa acusada criminalmente a oportunidade de se declarar culpada e abrir mão do seu direito ao julgamento. Em contrapartida, é oferecida sanção mais branda do que a eventualmente imposta ao final do julgamento propriamente dito³². Jorge Figueiredo Dias afirmou que o instituto “*consiste fundamentalmente na negociação entre o MP e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave*”³³.

A acusação pode oferecer esse benefício de maneira direta, indireta ou de maneira mista. Na forma direta, chamada de *charge bargaining*, o *prosecutor* pode oferecer retirar algumas das acusações ou pode oferecer modificar a acusação, de forma a substituí-la por uma imputação menos grave.

²⁹ Prison Policy Initiative. Mass Incarceration: The Whole Pie 2016. Disponível em <<https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2016.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³⁰ Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoos-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³¹ GIVATI, Yehonatan. The comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence. Harvard Law Review, 2011. p. 21.

³² LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. Faculty Scholarship Series, Paper 543, 1978, p. 8. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984. p. 484 e 485.

Já na forma indireta, chamada *sentencing bargaining*, a Promotoria mantém a imputação feita, no entanto, se compromete a sugerir ao juiz uma pena mais branda do que a que seria aplicada caso o julgamento ocorresse sem a colaboração do acusado³⁴. Cumpre ressaltar que no *sentencing bargaining*, o juiz não está vinculado ao proposto pela acusação, mas tende a seguir essa sugestão, tendo em vista a relevância deste instituto no direito norte-americano e também como forma de não gerar desconfiança no sistema³⁵.

Vale lembrar que a acusação nesse sistema criminal tem total discricionariedade sobre a propositura da ação penal, não sendo aplicado o princípio da taxatividade, como no sistema brasileiro³⁶. Assim sendo, o agente pode sofrer inúmeros acusações por um mesmo fato.

Justamente nesse ponto há uma crítica consistente da doutrina no que toca o instituto em estudo, no sentido de apontar que há uma tendência da acusação conhecida como *overcharging*, que consiste em comumente imputar condutas mais graves ou ainda uma série de condutas, bem como sugerir penas exageradas no princípio para compelir os acusados a acordar com o *plea bargaining* e, ainda, visando uma margem para negociar com os réus³⁷.

Ou seja, numa metáfora com uma negociação de produtos, o vendedor tenderia a colocar um preço mais alto do que ele realmente esperaria receber para quando o comprador pedir desconto ele poder oferecer a concessão sem se prejudicar. Sobre o assunto, Jorge Figueiredo Dias explica que:

O Ministério Público dispõe, por outro lado, da irrecusável vantagem de escolher o tipo de crime por que se propõe acusar e o tipo de reação que se propõe a reclamar. Daí a frequência do *overcharging*, recorrentemente denunciada pelos criminólogos americanos: o MP começa por apontar para formas particularmente drásticas de responsabilidade criminal, com o propósito de, por via de negociação, acabar numa acusação – vale dizer numa sentença – muito mais benigna. O que constitui um normal e perigoso expediente de coação e pressão psicológicas, destinado a explorar a insegurança e o medo do arguido, compelindo-se a acolher-se à segurança do mal menor da declaração de culpa³⁸.

Vale destacar novamente que diferentemente da codificação federal existente no Brasil, as penas nos Estados Unidos variam a cada Estado, não havendo um padrão mínimo

³⁴ LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. Faculty Scholarship Series, Paper 543, 1978, p. 8. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Ano XV, nº 23, 2001. p. 118.

³⁶ Ibidem.

³⁷ ALSCHULER, Albert. The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining. The University of Chicago Law Review Vol. 36, n. 1, 1968. p. 86.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984. p. 486.

de variação entre o mínimo e máximo a ser aplicado, podendo haver uma discrepância imensa entre a pena mínima e máxima a ser imposta a depender do local do cometimento do crime. Nesse ponto, Janaína Paschoal traz o exemplo do Estado do Texas, onde o roubo agravado tem pena prevista de 5 (cinco) a 90 (noventa) anos ou prisão perpétua³⁹.

Partindo dessa premissa é simples atestar a possibilidade de que inocentes se sintam compelidos a se declararem culpados, ao passo que é uma opção mais segura aceitar uma pena mínima do que se submeter a um julgamento onde se tem consciência plena de que a Promotoria irá sugerir uma pena exagerada.

Compete apontar que além do *overcharging*, há uma série de medidas adotadas pela acusação para compelir os acusados, todas amplamente aceitas no ordenamento jurídico norte-americano pelo seu uso reiterado. Algumas dessas são a possibilidade do *prosecutor* negociar a liberdade de outras pessoas, deixando, por exemplo, de acusar uma terceira pessoa, caso o acusado parte na negociação assuma a culpa, e ainda a possibilidade da acusação revelar as provas no momento mais oportuno da negociação.

O *prosecutor* pode não apenas vincular o *plea bargaining* a não acusação de uma terceira pessoa, mas também vincular um acordo ao outro, de forma, por exemplo, a apenas concedê-lo a uma pessoa, caso a outra também se declare culpada. Este é o chamado *package deal*.

Ademais, observa-se também o não compartilhamento completo de provas pela acusação durante as tratativas. É verdade que a acusação está obrigada a apresentar todas as provas à defesa no momento do já mencionado *disclosure* durante o julgamento, no entanto, essa obrigatoriedade – apesar de já ser relativa no procedimento comum – não existe durante a negociação. Dessa forma, a acusação pode inclusive mencionar suposta prova, sem estar compelida a fornecê-la à defesa antes do julgamento. Assim, pode ainda mencionar prova ilegal ou inexistente, ao passo que a defesa não terá como verificar a prova

Desse modo, o acusado não tem sequer como saber se há de fato provas suficientes a condenação. Nesse sentido, Andrew Hessick III, esclarece que:

The prosecutor can evaluate inadmissible evidence in considering whether it is likely that the defendant is guilty, whether to pursue the prosecution, and whether to offer a plea bargain. Even if the evidence is inadmissible, the prosecutor can use it as leverage over the defendant in plea bargaining by bluffing that the evidence is actually admissible. Moreover, he can attempt to find other avenues at trial to admit

³⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Ano XV, nº 23, 2001. p. 120.

related evidence. The prosecutor, likewise, can threaten to introduce the evidence at sentencing⁴⁰.

De outra banda, como já mencionado, a Sexta Emenda Constitucional prevê o direito ao julgamento, ao passo que não há nenhuma menção ao *plea bargaining* no texto constitucional. Não obstante isso, quando o acusado faz o acordo, decide por abrir mão do seu direito ao julgamento, não sendo necessária mais nenhuma produção de prova, bastando sua simples confissão para se proceder a sentença⁴¹.

Não obstante uma série de questões que apontam para um questionamento acerca da possibilidade do acusado ser, em verdade, compelido a realização do acordo em questão, a voluntariedade é requisito para a validade deste.⁴² Desde o *leading case Brady vs. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu a necessidade da voluntariedade, bem como a necessidade do acusado ter conhecimento de suas consequências para que o *plea bargaining* produza seus efeitos.

Nos procedimentos federais, a regra de n. 11 do *Federal Rules of Criminal Procedure* determina que o juiz deve analisar se o acordo foi realmente voluntário, se foi embasado em fatos e se garante a administração da justiça. O magistrado, portanto, não participa das negociações, mas deve supervisionar o ato e tem discricionariedade para aceitar ou rejeita-lo⁴³. Importante lembrar que determinada regra vale para os procedimentos federais, não estando os Estados-membros obrigados a adotar tal procedimento.

Após a compreensão do funcionamento do instituto do *plea bargaining*, é possível perceber que este se apresenta como um método extremamente eficiente, de modo que este é apontado como um dos principais motivos para a tão vasta utilização do acordo nas cortes americanas⁴⁴. Vale destacar, nesse ponto, que o processo no *common law* norte americano

⁴⁰ HESSICK III, F. Andrew. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *BYU Journal of Public Law*, Volume 16, 2002, p. 196.

Tradução livre: O prosecutor pode levar em consideração prova inadmissível ao ponderar se o defendente é culpado, se deve prosseguir na persecução penal e se deve oferecer um plea bargain. Mesmo se a prova for inadmissível, o prosecutor pode usa-la como vantagem face ao defendente na negociação do acordo, blefando que a prova é na verdade admissível. Além disso, ele pode tentar achar outras oportunidades no julgamento para admitir provas relacionadas. O prosecutor, da mesma forma, pode ameaçar introduzir a evidencia em fase se proclamação da sentença.

⁴¹ LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *Faculty Scholarship Series, Paper 543*, 1978, p. 9. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴² HESSICK III, F. Andrew. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *BYU Journal of Public Law*, Volume 16, 2002, p. 223.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

vem apresentando tendência a selecionar normas eficientes⁴⁵, o que demonstra a natural adaptação do instituto a este ordenamento jurídico.

Por fim, ainda na perspectiva da eficiência, outro ponto que esclarece a popularização do instituto é a economia de recursos públicos que este acaba por gerar, tendo em vista que, com a realização do acordo, se mostra desnecessária a produção da prova pelo órgão acusador, bem como a necessidade de acompanhamento de determinado processo crime por vários anos, diminuindo gastos e acelerando o processo penal⁴⁶.

Conforme brevemente mencionado anteriormente, o *plea bargaining* norte-americano admite uma ampla discricionariedade do órgão acusador, o que abre espaço para eventuais exageros que acabam suprimindo garantias dos acusados. Esse modelo está longe de ser o que os chamados *Founding Fathers* previram na Constituição ao instituir o modelo de julgamento pelo júri como direito dos cidadãos. Thomas Jefferson já havia alertado que: “*I consider [trial by jury] as the only anchor ever yet imagined by man, by which a government can be held to the principles of its constitution*”⁴⁷.

Vale recordar que a Sexta Emenda da Constituição norte-americana prevê tanto o direito ao julgamento imparcial pelo colegiado, como a publicidade deste ato, ambos direitos relativizados em razão da aplicação do *plea bargaining*. Evidente que esta adaptação foi possível em razão da prevalência das normas jurisprudências estabelecidas no *common law* em detrimento das normas escritas.

Em razão da pressão exercida pela acusação, bem como pelo já explicado *overcharging* comumente utilizado, admitido pela ampla discricionariedade do órgão acusatório, não são raras as vezes em que inocentes se sentem compelidos a aceitar o *plea bargaining* para evitar sentenças que aplicam penas exageradamente elevadas.

Ficou notório, nos Estados Unidos, o caso envolvendo o jovem de 17 anos Brian Banks que foi falsamente acusado de sequestro e estupro. Receoso em poder ser condenado à prisão perpétua, Banks resolveu aceitar o acordo com a acusação para não discutir a acusação e pegar uma pena menor. Ele ficou então encarcerado por mais de 5 anos, tendo sido privado

⁴⁵ PRIEST, George L. The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. 6 *Journal of Legal Studies* 65, 1977. p. 81. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467563?journalCode=jls>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴⁶ HESSICK III, F. Andrew. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *BYU Journal of Public Law*, Volume 16, 2002, p. 193. Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴⁷ The New York Review of Books. Why Innocent People Plead Guilty. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em: 15 fev. 2017. Tradução livre: Eu considero o julgamento pelo júri como sendo a única âncora pensada até o momento pelo homem, pela qual um governo pode se ater ao princípios de sua constituição.

de ir para faculdade. Somente depois de passar por tudo isso, a suposta vítima admitiu que esses fatos nunca aconteceram⁴⁸.

Nessa seara, imprescindível destacar que segundo o instituto *The National Registry of Exonerations*, 15% dos casos de revisão criminal nos Estados Unidos foram de pessoas que se utilizaram do *plea bargaining*. Ou seja, dos casos revistos em que pessoas inocentes foram condenadas, 15% destas tinham se declarado culpadas em razão das mais diversas coações aplicadas pelo Estado.

Apesar desse número não ser tão expressivo quanto se poderia imaginar, Samuel R. Gross e Michael Shaffer, ao analisar esse ponto para o instituto em questão, concluem que justamente por essas pessoas terem se utilizado do instituto do *plea bargaining*, se torna muito mais complexa prova sua inocência. Isso se dá por não ter havido produção de prova relevante nesses processos, bem como por estas pessoas optarem por aderir ao acordo e se submeter a penas mais brandas, razão pela qual não tem a mesma motivação para tentar provar sua inocência posteriormente⁴⁹.

Para exemplificar tal afirmação, usa-se o caso do jovem de 12 anos Jonathan Adams:

In April 2004, after four hours of aggressive interrogation without his parents or a lawyer, 12-year-old Jonathan Adams admitted that he killed nine-year-old Amy Yates in Carrollton, Georgia. About a year later, he pled guilty in juvenile court and was sentenced to 12 months in a residential psychiatric treatment facility. Six months later, a mentally-challenged 18-year-old confessed to killing the girl, saying he wanted to make the truth known as part of a spiritual transformation. Two months later, Adams was released⁵⁰.

Nesse caso, se o verdadeiro autor não tivesse confessado após sua condenação, o caso jamais teria sido revisitado. Evidente que não há como prever quantas pessoas inocentes são, de fato, condenadas a partir do uso coercitivo do *plea bargaining*, mas é claro que essa é uma preocupação real e merece a devida cautela.

⁴⁸ California Innocence Project. Brian Banks. Disponível em: <<https://californiainnocenceproject.org/read-their-stories/brian-banks/>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁴⁹Exoneration in the United States, 1989 – 2012: Report by the National Registry of Exonerations. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf> Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵⁰ Ibidem.

Tradução livre:

Em abril de 2004, após quatro horas de agressivo interrogatório sem a presença de seus pais ou de um advogado, Jonathan Adams, de 12 anos, admitiu que matou Amy Yates, de 9 anos, em Carrollton, Georgia. Aproximadamente um ano depois, ele se declarou culpado na corte juvenil e foi sentenciado a 12 meses em um local de tratamento psiquiátrico. Seis meses depois, um jovem de 18 anos com problemas mentais confessou ter matado a garota, dizendo que ele queria fazer a verdade ser conhecida, como parte de uma transformação espiritual. Dois meses depois, Adams foi solto.

Já foi apontado que a taxa de aplicação deste instituto nos Estado Unidos é alarmante, de modo que, na maioria dos estados, mais de 90% das condenações se deram em razão deste. Por outro lado, em 2013, 8% dos casos na esfera federal foram rejeitados por causas diversas, sendo que mais de 97% dos remanescentes foram resolvidos em razão do *plea bargaining*⁵¹.

Na mesma linha, de todos os casos em que o instituto *The Innocence Project*⁵² conseguiu provar a inocência de pessoas condenadas injustamente, cerca de 10% foram de pessoas que se utilizaram do *plea bargaining*, apesar de sua inocência⁵³. O magistrado norte-americano Jed S. Rakoff analisa esse fenômeno da seguinte forma:

Presumably they did so because, even though they were innocent, they faced the likelihood of being convicted of capital offenses and sought to avoid the death penalty, even at the price of life imprisonment. But other publicized cases, arising with disturbing frequency, suggest that this self-protective psychology operates in noncapital cases as well, and recent studies suggest that this is a widespread problem⁵⁴.

Um dos casos revisados pelo *The Innocence Project* foi o Christopher Ochoa, que ficou encarcerado 13 anos por um assassinato que ele não cometeu. Em entrevista ao projeto, após sua exoneração, ele explicou os motivos que o levaram a se utilizar do *plea bargaining*, apesar de sua inocência:

I was already a suspect, but they were saying “If you know who did it and you don’t tell us you can get the death penalty”. That was, like, immediately within 10 minutes. “The death penalty. You’ll get the death penalty”. So this went on for a couple of hours. It was a good cop, bad cop routine. The bad cop came in and grabbed my arm and tapped the vein and said: “This is where the needle is gonna go and if you don’t cooperate and tell us I’m gonna make sure I’m there to watch it”.

⁵¹ The New York Review of Books. Why Innocent People Plead Guilty. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>.

⁵² *The Innocence Project* é m projeto voltado a exonerar pessoas condenadas erroneamente através de testes de DNA e revisões criminais, com intuito de prevenir futuras injustiças Innocence Project. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵³ The New York Review of Books. Why Innocent People Plead Guilty. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵⁴ Ibidem.

Tradução livre:

Presumidamente, eles fizeram isso porque, apesar de serem inocentes, eles enfrentaram a probabilidade de serem condenados por crimes passíveis de condenação a pena de morte e buscando evitar esta condenação, mesmo que ao preço de enfrentar prisão perpétua. Porém, outros casos divulgados, que tem aparecido com frequência perturbadora, sugerem que essa psicologia de autopreservação funciona também em outros tipos penais não passíveis da mesma condenação e estudos recentes sugerem que esse é um problema amplamente difundido.

And at some point he says “We think it’s you roommate. He’s in the next room”. He says: “Your roommate’s about to turn state’s witness against you”⁵⁵.

Evidente que a lei brasileira traz mecanismos para evitar que a coação chegue a esse nível mencionado, no entanto, a ampla discricionariedade do Ministério Público sobre as cláusulas do acordo podem levar a outras espécies de coação, como será melhor analisado. Como visto, em razão da cultura de encarceramento norte-americana, atualmente 2.3 milhões de pessoas estão presas nos Estados Unidos, não tendo sido grande parte dessas pessoas sequer condenadas⁵⁶. Assim, aquele país que tem a maior população carcerária do mundo, quantitativamente e proporcionalmente⁵⁷.

Desse modo, nota-se que no ordenamento jurídico americano, no qual é aceitável a ampla discricionariedade do órgão acusador, inclusive por não haver limitações legais definidas e o Judiciário ser capaz de criar normas, os abusos na aplicação do instituto do *plea bargaining* são manifestas. Não parece adequado espelhar-se nesse experiência para inserir instituto similar no ordenamento jurídico nacional, cuja Lei Maior tem viés garantista.

⁵⁵ The Innocence Project. Why so many innocence people plead guilty. Disponível em: <<http://guiltypleaproblem.org/#ochoaa>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Tradução livre:

Eu já era suspeito, mas eles falavam “Se souber quem fez isso e não nos falar você pode pegar a pena de morte”. Isso foi, tipo, imediatamente, dentro de 10 minutos. “Pena de morte. Você vai pegar a pena morte”. Então isso durou algumas horas. Era um procedimento de bom policial, mau policial. O policial mau entrou e agarrou meu braço e apontou pra minha veia e falou: “Aqui é onde a agulha vai entrar e se você não cooperar e dizer pra gente eu vou me certificar de estar lá pra assistir”. E em certo ponto ele disse “Nos achamos que foi seu colega de quarto. Ele está na sala ao lado”. Ele disse: “Seu colega de quarto está preste a virar a testemunha do estado contra você”.

⁵⁶ Exoneration in the United States, 1989 – 2012: Report by the National Registry of Exonerations. Disponível em: https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁵⁷ BBC News. World Prison Population. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/06/prisons/html/nn2page1.stm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

2 O DIREITO ROMANO-GERMÂNICO E A COLABORAÇÃO PREMIADA BRASILEIRA

Após a breve análise do instituto do *plea bargaining* norte-americano e do sistema jurídico no qual ele foi criado, é importante compreender a família do direito romano-germânico, na qual o ordenamento jurídico brasileiro se insere, bem como a previsão e a aplicação da colaboração premiada atualmente. Assim, será possível analisar quais aspectos daquele instituto podem servir de inspiração para aplicação da colaboração premiada no Brasil e quais não se adequam ao nosso sistema e nossas garantias fundamentais.

2.1 A tradição romano-germânica

Diferentemente da já analisada *common law* norte-americana, a família romano-germânica é formada por países que tiveram seu direito insculpido com base no direito romano. Nesses países, as leis foram criadas com forte conexão com as noções de justiça e moral e tais normas começaram a ter um papel fundamental a partir do século XIX, quando estes ordenamentos jurídicos adotaram a codificação⁵⁸.

O direito romano-germânico, também conhecido como *civil law*, foi criado por razões históricas com intuito de regular as relações entre os cidadãos. Por este motivo, apenas posteriormente criaram-se os outros ramos do direito, todos partindo dos pressupostos dos princípios do direito civil⁵⁹.

A família em questão foi formada na Europa, em razão dos estudos das universidades de países latinos e germânicos que, a partir do século XII, fundamentados nas compilações do imperador Justiniano, criaram uma ciência jurídica comum⁶⁰. Em decorrência da extensa colonização europeia, na época das Grandes Navegações, entre os séculos XV e XVI, o direito romano-germânico foi propagado para as colônias, motivo pelo qual o Brasil se coadunou com esse direito.

É manifesto que a lei não é a única fonte do direito na tradição em comento, no entanto, ela continua tendo um papel preponderante na criação de normas. René David esclarece que:

⁵⁸ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 23.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 24.

Finalmente, a lei, pelo rigor de redação que ela comporta, parece ser a melhor técnica para enunciar regras claras, numa época em que a complexidade das relações sociais obriga a conferir prioridade, entre os elementos de uma solução justa, às preocupações de precisão e clareza.⁶¹

A função do jurista seria, primordialmente, a de verificar a solução que corresponda à vontade do legislador, ou seja, de interpretar as normas escritas segundo essa visão (*Jurisconsulta sine lege loquens erubescit*). Evidente que, na prática, o papel da jurisprudência tem uma importância expressiva no direito romano-germânico, todavia, não está a mesma apta a inovar legislativamente. Não se pode deixar de destacar, da mesma forma, o importante papel desempenhado pela doutrina nesse direito, especialmente ao considerar-se que sua formação teve como fonte fundamental os estudos nas universidades.⁶²

Há ainda nos países dessa família, incluindo o Brasil, uma hierarquia de normas, na qual a Constituição Federal está no ápice. Assim sendo, há um controle de constitucionalidade de todas as normas inferiores, só podendo estas serem aplicadas caso estejam em conformidade com os preceitos fundamentais expressos na Carta Magna.

2.2 Histórico da colaboração premiada e da justiça consensuada no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da delação premiada é aplicado em diversos países, tais como Alemanha (*Kronzeugenregelung*) e Itália (*pentitismo*)⁶³, ordenamentos jurídicos que historicamente tiveram grande influência no direito brasileiro. No entanto, uma das maiores inspirações da colaboração premiada brasileira é no já detalhado *plea bargaining* norte-americano, o que pode gerar muitas críticas no sentido da impossibilidade de utilizar-se de um instituto da *commom law* no ordenamento jurídico nacional, que, como visto, tem tradição romano-germânica, onde regem os princípios da legalidade, obrigatoriedade, taxatividade, bem como da indisponibilidade da ação penal.

A colaboração premiada, ou delação premiada, como é comumente chamada, consiste na colaboração de um agente desviante com a persecução penal, de modo a identificar os terceiros que participaram da atividade delituosa, em troca de benefícios de ordem penal e processual penal. Bitencourt e Busato conceituam essa colaboração como

⁶¹ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 120.

⁶² DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 112.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 212.

“redução de pena (pondendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece”⁶⁴.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva, por outro lado, destacam que *“analisando-se seu estatuto jurídico verifica-se que se cuida de meio de obtenção de prova [ou técnica especial de investigação], de caráter utilitarista e eficientista”⁶⁵.*

Não obstante o presente trabalho valer-se das expressões colaboração premiada e delação premiada como sinônimas, entendimento adotado por diversos autores, como Eugênio Pacelli⁶⁶, ressalva-se que parte da doutrina entende a delação premiada como espécie do gênero que é a colaboração premiada. Assim, segundo este entendimento, o art. 4º e incisos, da Lei 12.850/2013, enumeram as seguintes espécies de colaboração: a delação premiada (ou chamada de corréu), a colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização, a colaboração preventiva, a colaboração para localização e recuperação de ativos e a colaboração para libertação⁶⁷.

No Brasil, o instituto analisado remonta sua origem às Ordenações Filipinas, por volta de 1630, tendo permanecido no ordenamento jurídico nesse molde mesmo durante o reino de Dom João IV em Portugal. Tal benefício era previsto no Livro V, título VI, número 12, do referido diploma, havendo previsão não apenas do perdão ao delator, mas também do que poderia ser considerado um prêmio a quem delatasse, desde que este não fosse o chefe da empreitada criminosa. Havia igualmente a previsão de que se o delito já houvesse sido descoberto, a delação seria inútil, pois o conhecimento daquele pelo rei já teria ocorrido⁶⁸.

Não se pode deixar de ponderar que, ao tempo em que surgiu a mencionada instituição, vigorava a concepção de pena com caráter expressivamente brutal e desumano, sem preocupação com a proporcionalidade, utilizando-se de penas como enforcamentos, torturas, decapitações, entre outras, todas de acordo com os ideias absolutistas típicas da Era Medieval. O medo tinha papel essencial na manutenção da sociedade naquela época.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.850/2013. São Paulo, Editora Saraiva, 2014. p. 115-116.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 33.

⁶⁶ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 849.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 211-212.

⁶⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Fazendo uma retrospectiva histórica, é possível observar o uso da colaboração premiada, ainda com um caráter de tortura fortemente presente, em momentos marcantes do desenvolvimento do Brasil, como na Conjuração Mineira, em 1789, ainda sob o prisma das Ordenações Filipinas, e como instrumento recorrente no âmbito do golpe militar de 1964, marcado por perseguições políticas e supressão de garantias⁶⁹.

Com a vigência do Código Criminal do Império, em 1830, a colaboração (ou delação) premiada deixou de ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro incentivo ao colaborador reintroduzido no ordenamento jurídico foi a atenuante em razão da confissão, dispositivo presente no Código penal de 1940.

No entanto, foi apenas com a Lei n. 8.072/1990, qual seja a Lei dos Crimes Hediondos, que ressurgiu na legislação brasileira a previsão da colaboração premiada. Tal lei dispôs sobre o benefício da diminuição de pena aos agentes que colaborassem denunciando o bando ou a quadrilha, de forma a possibilitar seu desmantelamento.

Posteriormente, a colaboração premiada foi prevista na revogada Lei da Organização Criminosa (Lei n. 9.034/1995), em seu art. 6º, nos seguintes termos “*nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria*”⁷⁰.

Ainda no ano de 1995, a Lei n. 9.080 acrescentou na Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986) o art. artigo 25, § 2º, e na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137) acrescentou o art. 16, parágrafo único. Vale observar a seguinte redação de ambos os artigos:

Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co- autor ou participe, que através da confissão espontânea revela à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços⁷¹.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 213-214.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁷¹ BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Já no ano de 1996, a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613) foi promulgada, prevendo a colaboração premiada em seu art. 1º, § 5º:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida no regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou localização de bens ou valores objeto do crime⁷².

Pela simples leitura do disposto no já revogado mencionado parágrafo, resta claro que os benefícios que poderiam ser concedidos em contrapartida à colaboração premiada foram consideravelmente ampliados, inserindo no ordenamento jurídico pátrio uma série de vantagens antes inexistentes, possibilitando, inclusive, o perdão judicial do réu-colaborador.

Em 1999, a Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas, Lei 9.807/99, foi promulgada, estendendo a hipótese de colaboração premiada aos desviantes que, dentro do contexto de uma quadrilha ou bando, praticassem qualquer crime. Não se pode, entretanto, confundir essa colaboração com o acordo de colaboração premiada, como é conhecido atualmente. Vale destacar que essa colaboração não estava submetida à vontade do Ministério Público, podendo ser concedida, inclusive, de ofício pelo juiz.

Essa inovação expandiu consideravelmente a colaboração, tendo em vista que anteriormente esta estava restrita à prática de crime pontuais, ao passo que a partir desse momento, todos os crimes praticados no âmbito de quadrilha ou bando foram abrangidos.

Já no presente século, em 2002, foi promulgada a hoje revogada Lei n. 10.409, qual seja a Lei de Drogas, prescrevendo em seu art. 32, § 2º que:

O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para o interesse da justiça⁷³.

Pode-se ver nesse dispositivo grandes alterações na aplicação da colaboração premiada, ao passo que prevê o órgão ministerial como responsável pelo acordo, bem como

⁷² BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁷³ BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

permite a sobrestamento do processo, estendendo o rol taxativo de benefícios possíveis ao colaborador.

No entanto, a segunda inovação citada foi revogada pela Lei n. 11.434, que mudou o entendimento para novamente não aceitar o sobrestamento do processo, mantendo, por outro lado, as demais vantagens.

Finalmente, no ano de 2013, a Lei da Organização Criminosa (Lei n. 12.850), passou a permitir benefícios ainda amplos ao réu-colaborador, bem como trouxe diversas inovações e direitos, o que será visto em seguida.

É possível observar, a partir das inovações legais expostas, em acréscimo ao advento da Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), uma mudança de paradigma da justiça conflitiva à justiça consensuada. Sobre este ponto, Luiz Flávio Gomes esclarece que:

Até 1990 a Justiça criminal brasileira seguia (ferreamente) o modelo conflitivo (clássico), que pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc. Praticamente estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa⁷⁴.

Nos Estados Unidos, como já explicitado, a Justiça consensuada vigora, em conformidade com a tradição jurídica da *common law*. O autor acima referido denomina essa mudança de paradigma como norteamericanização da Justiça criminal⁷⁵.

2.3 A colaboração premiada segundo a Lei 12.850/2013

A definição de crime organizado tem origem na criminologia norte-americana. Juarez Cirino dos Santos explica que a nomenclatura *Organized Crime* surgiu para indicar:

Um feixe de fenômenos delituosos mais ou menos indefinidos, atribuídos a empresas do mercado ilícito da economia capitalista criado pela “lei seca” do Volstead Act, de 1920 – portanto, uma categoria ligada ao aparecimento de crimes definidos como mala quia prohibita, por oposição aos crimes definidos como mala in se⁷⁶.

No Brasil, a primeira legislação que tratou sobre o tema de organizações criminosas foi a Lei n. 9.034/95, resumindo organização criminosa como quadrilha ou bando.

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 217.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2003.

Somente com o advento da Lei 10.217/2001 foi feita uma diferenciação do crime de quadrilha ou banda do crime de organização criminosa, apesar da falta de definição legal desta última⁷⁷.

Com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em 2004, com status de lei ordinária, foi definido o termo “Grupo Criminoso Organizado”, apesar de não tipificar tal conduta. O Superior Tribunal de Justiça passou então a aceitar essa definição em seus julgamentos, no entanto, tal entendimento foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 96.007⁷⁸.

A Lei da Organização Criminosa, Lei 12.850/2013, é o diploma legislativo criado em substituição à Lei 9.034/1995. Tal legislação trouxe novas previsões ao direito penal, bem como ao processo penal. Como advento desta, foi finalmente tipificada a organização criminosa, trazendo um conceito para todos os fins, bem como dispôs sobre meios de prova aplicáveis na persecução penal desse tipo de criminalidade.

Nessa perspectiva, surge a delação premiada como meio de obtenção de prova, especificamente no combate ao crime organizado, tendo em vista que os crimes praticados nesse âmbito nem sempre conseguem ser investigado pelos métodos de persecução ordinários⁷⁹. A lei em comento trouxe, portanto, as balizas para aplicação deste instituto, ao prever os requisitos para que o benefício seja concedido, a legitimidade para concessão, as garantias dele advindas e o procedimento a ser adotado.

Por óbvio, é indispensável a necessidade de serem preservadas as garantias dos colaboradores e dos eventuais implicados pela colaboração, ao passo que só é possível se falar em processo penal eficiente caso este, além de promover uma persecução eficiente, o faça preservando as garantias dos envolvidos⁸⁰.

Como exposto anteriormente, a colaboração premiada pode ser entendida como um meio de obtenção de prova no qual o investigado, acusado, réu ou condenado auxilia na investigação, de forma a confessar seus crimes e indicar a atuação dos demais envolvidos

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 33.

⁷⁸ Ibidem. p. 36.

⁷⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzgU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-10.

naqueles crimes, cooperando com o resultado investigativo, em troca de benefícios de ordem processual previsto em lei⁸¹. Segundo Márcio Barra Lima, a colaboração premiada é:

Definida como toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei⁸²

A legislação vigente sobre a matéria prevê a possibilidade de a colaboração apresentar eficácia em relação à repressão de infrações penais, bem como em relação à prevenção. Outro aspecto importante trazido por este diploma normativo é a possibilidade da colaboração ser realizada em qualquer fase processual, sendo inclusive possível se dar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, durante a execução da pena. Dessa forma, a colaboração premiada pode ser na fase de investigação, anterior à denúncia, na ação penal, e após a sentença, na fase executória.

Quanto aos requisitos legais, estes são três, quais sejam a voluntariedade, também presente no sistema norte-americano, a eficácia da colaboração e as circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis, requisitos que apresentam relevante grau de discricionariedade. Apesar disso, só o fato dos requisitos estarem expressos na lei já apresenta diferença substancial em relação ao instituto do *plea bargaining*, no qual, conforme visto, a discricionariedade é predominante.

O requisito da voluntariedade, previsto no art. 4º, caput, da Lei 12.850/13, significa que o acordo deve ser feito com base na vontade sem vícios do colaborador. Ou seja, este não pode ser compelido a realiza-lo, nem coagido física ou psiquicamente, de modo que a negociação deverá ocorrer na forma da lei, não podendo o Ministério Público oferecer vantagens ilegais.

Primando pela efetividade dessa exigência, o legislador prevê o controle judicial do acordo (art. 4º, §7º), bem como que este seja realizado na presença de um advogado (art. 4º, §15º), de modo a garantir que os direitos do colaborador estejam sendo respeitados e que ele tenha consciência das implicações ali impostas. Ainda nesse sentido, exige-se que o acordo seja feito por escrito e assinado pelos envolvidos, com expressa “*declaração de*

⁸¹ SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

⁸² LIMA, Márcio Barra, A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

aceitação do colaborador e de seu defensor” (art. 6º, inc. III), além de que seja preferencialmente gravado pelos meios previstos no art. 4º, §13º.

Por outro lado, a colaboração deverá ser eficiente, de modo que atinja um ou mais dos objetivos previstos nos incisos do art. 4º da referida lei:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada⁸³.

Por estes dispositivos, fica clara a importância que o legislador dá ao resultado do acordo, colocando-o como requisito objetivo para sua realização. Na mesma linha, está previsto que os resultados serão considerados ao analisar os benefícios a serem concedidos ao colaborador⁸⁴. Não basta, assim, que o colaborador revele tudo que sabe, devendo apresentar meios para que a persecução penal alcance o resultado previsto pelo legislador.

Portanto, a eficácia da colaboração premiada é requisito indispensável para aplicação do benefício, não podendo ser este concedido caso não sejam atingidos os resultados legais mencionados⁸⁵. Não se poder confundir, assim, este instituto com a simples confissão, a qual poderá apenas fazer incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso I, alínea "d", do CP, destacando que esta não pressupõe a necessidade de chegar-se aos resultados em questão e é direito de quem confessa.

Outras circunstâncias que devem ser analisadas quando da realização do acordo de delação premiada estão previstas no art. 4º, § 1º, da Lei 12.850, quais sejam a “*personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso*”, além da eficácia já citada.

⁸³ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017

⁸⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzgU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁵ TRF da 4ª Região, ACR n. 2007.70.05.003026-4/PR, Relator Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, 8ª Turma, unânime, julgado em 28/05/2008, publicado no DE em 04/06/2008.

O Ministério Público e a autoridade policial devem levar em consideração essas circunstâncias objetivas e subjetivas para analisar a possibilidade do acordo de delação premiada⁸⁶, no entanto, há discricionariedade desses agentes ao propor ou aceitar o acordo, não havendo qualquer obrigação legal de justificar-se sobre essa escolha.

Portanto, o acordo de colaboração premiada não é um direito subjetivo do agente submetido à persecução penal, não estando o órgão ministerial obrigado a realizar tal acordo. Apesar desse ponto, é certo que o investigado ou acusado possa colaborar com a justiça independente de acordo, segundo os art. 13 e 14, da Lei 9.807/99, sendo este sim direito subjetivo do réu, que não pode ser confundido com a colaboração⁸⁷.

Por outro lado, caso seja firmado o acordo, o colaborador renuncia seu direito ao silêncio e está sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14). Na hipótese de ficar constatado que este omitiu questões ou faltou com a verdade, o acordo de colaboração premiada poderá ser rescindido, sendo ainda possível a retratação das partes a respeito da proposta (art. 4º, § 10º).

Uma das mais aclamadas inovações trazidas pela Lei da Organização Criminosa sobre o instituto em comento foi determinar o procedimento que deve ser adotado, de modo a tentar preservar as garantias dos envolvidos, bem como garantir o resultado do acordo. Nesse ponto, a lei esclarece que tanto o órgão ministerial quanto o Delegado de Polícia tem legitimidade para propor o acordo de delação premiada, porém no caso de propositura pela autoridade policial, o Ministério Público deverá ser ouvido (art. 4º, § 6º), por este ser o titular exclusivo da ação penal.

O acordo de colaboração premiada deverá ser formalizado nos termos do art. 6º, da Lei 12.850/2013:

Art. 6º. O termo da colaboração deverá ser feito por escrito e conter:
I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

⁸⁶ Manual Colaboração Premiada. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9.

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 215.

Os termos de colaboração premiada vem sendo feitos de forma contratual, desde o caso Banestado, por inspiração na experiência norte-americana⁸⁸. Mesmo anteriormente à legislação vigente, a jurisprudência já destacava a importância dos acordos serem realizados de forma escrita, como bem pontuou o Desembargador Federal Néfi Cordeiro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Em qualquer caso os resultados de colaboração têm-se mostrado mais amplos e úteis quando sente-se o delator seguro do que foi acordado, das condições estabelecidas, de suas obrigações, dos resultados esperados e necessários para validade do acordo e da concordância dos agentes estatais quanto a esse acordo. Assim é que mais eficaz e segura é a elaboração de termos de acordo envolvendo o Ministério Público, o delator com seu advogado e, nos limites antes expostos, também o juiz da causa, que homologará o acordo quando dele não diretamente participar. (...)

Sendo realizado acordo prévio, porém, na forma crescentemente admitida, deverá ele ser formalizado (detalhando as obrigações do delator, condições para o recebimento do favor e limites de favorecimento pela colaboração) com a intervenção do agente ministerial e do delator, com seu advogado, e autuado em procedimento separado, com sigilo parcial ou total (em fase inicial investigatória onde sua revelação possa prejudicar diligências em andamento), e final reunião à ação penal no limite que envolva os fatos perseguidos⁸⁹.

Por outro lado, os direitos do colaborador também estão expressos na lei em questão, em seu art. 5º, de forma a garantir-lhes sua integridade física e mental. No entanto, tem-se visto o desrespeito à alguns desses direitos nos últimos tempos, especialmente devido a espetacularização da persecução penal, tendo se tornado corriqueira a ampla divulgação de informações processuais sigilosas pela mídia.

Quanto aos benefícios ao colaborador, a Lei 12.850/2013 traz uma série de benefícios que podem ser concedidos, a depender da fase processual em que se estabelece o acordo de colaboração premiada. Apesar do rol legal, existe uma discussão acerca da possibilidade de concessão de outros benefícios não previstos. Não obstante o princípio da legalidade, vários autores defendem essa possibilidade, como o Procurador da República Andrey Borges de Mendonça ao afirmar que:

Como se trata de normativa benéfica ao réu, desde que não haja proibição – ou seja, não afronte o ordenamento jurídico - e esteja dentro do marco da razoabilidade, é possível que outros benefícios sejam ofertados e eventualmente aplicados. Neste

⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁹ Correição Parcial 200904000350464, NÉFI CORDEIRO, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 11/11/2009.

tema, como se trata de norma mais favorável ao réu, inexistente a restrição da legalidade estrita⁹⁰.

Dentre os benefícios previstos na Lei da Organização Criminosa, o provavelmente mais controverso é o trazido pelo seu art. 4º, § 4º, que prevê que o Ministério Público pode deixar de oferecer a denúncia em face do colaborador, apesar da indisponibilidade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ultrapassada a fase de negociações, caberá ao juiz homologar o acordo, devendo constatar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo, para este fim, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor, de forma sigilosa (art. 4º, § 7º), sendo vedada sua participação fase negocial (art. 4º, § 6º). Nessa decisão, o juiz deverá analisar o requisitos citados para averiguar a legalidade do acordo, não adentrando, nessa fase, no mérito do acordo.

Já na fase da ação penal, caso o acordo de colaboração premiada tenha sido homologado, os termos de colaboração prestados não terão validade de prova, de forma que ninguém poderá ser condenado com base apenas nas declarações do agente colaborador (art. 4º, § 16). O mencionado artigo apenas reconhece o entendimento uníssono na doutrina e na jurisprudência sobre a chamada de corrêu.

O art. 4, § 11, da legislação ora discutida, prevê que “*A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia*”, logo seria este o momento do magistrado adentrar no mérito da questão. Sobre esse ponto, Antonio Scarance Fernandes entende que o juiz estaria vinculado ao determinado no acordo, de forma a garantir a confiabilidade do mesmo⁹¹. Já o Juiz Federal Sérgio Moro entende que o magistrado não se vincula ao acordo, ao passo que sua realização geraria tão somente uma expectativa de direito, estando o julgador desobrigado em relação a este⁹², o que indubitavelmente geraria uma grande insegurança jurídica.

A lei vigente, no entanto, expressa que o juiz deverá apreciar o termo de colaboração e sua eficácia, não podendo simplesmente ignorá-lo. O Supremo Tribunal Federal já afirmou inclusive que, em respeito ao princípio da moralidade previsto no art. 37 da Carta

⁹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzgU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. Editoria Revista dos Tribunais, 2005. p. 258.

⁹² MORO, Sérgio. Crime de Lavagem de Dinheiro. BDjur, 2010. p. 111.

Magna, o Judiciário deve observar o princípio da lealdade nestes casos, devendo, portanto, fundamentar suficientemente nos casos da não concessão do benefício acordado ao acusado⁹³.

Por fim, cumpre destacar que a Lei 12.850/2013, apesar de não ter revogado as demais leis que dispõe sobre o instituto da colaboração premiada, traz uma série de garantias não dispostas nas demais. Por esse motivo, entende-se que esta poderia servir como norma regulamentadora dos aspectos procedimentais do instituto. Nesse sentido, Eduardo Luiz Snatos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur expõe que:

Entende-se que o advento da normatização da lei 12.850/13, além de não revogar os dispositivos anteriores, pode servi-los de complemento em suas respectivas áreas de aplicação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma bem mais detalhada os procedimentos para a colaboração. Isso, aliás, era uma lacuna por demais prejudicial à aplicação do instituto por meio dos diplomas legais que antecederam à atual Lei do Crime Organizado⁹⁴.

Desse modo, a colaboração premiada continua a ser prevista nas legislações anteriores, de modo a ser aplicada nos crimes lá elencados, mas é possível aplicação dos aspectos procedimentais mais garantistas da nova lei, aplicando-se a teoria pós-moderna do *Dialógo das Fontes* de Erik Jayme⁹⁵. Entendimento na mesma linha foi sufragado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando declarou a que a Lei 9.807/99 seria a norma geral de regulamentação da colaboração premiada antes da Lei 12.850, no julgamento do HC 97.509⁹⁶.

2.4 Aplicação dos limites legais da colaboração premiada

Foi demonstrado anteriormente que a colaboração premiada já foi prevista em diversas legislações ao longo do tempo no ordenamento jurídico brasileiro. Parece evidente que o instituto possa ser aplicado aos crimes previstos na legislação em que se encontram, no entanto, pela falta de menção expressa do legislador, resta a dúvida acerca de quando seria aplicável o instituto em relação a outros tipos penais.

A colaboração premiada foi prevista anteriormente sempre de forma pontual em relação a alguns tipos penais, como por exemplo na Lei dos Crimes Hediondos (Lei

⁹³ STF, HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010.

⁹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada e Globalização desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014. p. 182.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 222-223.

⁹⁶ HC 95.509. Julgado pela 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 15 de junho de 2010.

8.072/90). A única lei com caráter mais abrangente é a Lei 9.807/99, que regula a proteção a vítimas e testemunhas. No entanto, como já adiantado, a colaboração nela prevista não pode ser confundida com o acordo de colaboração premiada.

A colaboração da Lei 9.807/99 não é acordada entre o agente desviante e o Ministério Público e a Polícia. Esta colaboração é direito subjetivo do investigado, podendo, segundo previsto na lei, o juiz aplicar de ofício os benefícios previstos ao colaborador, caso ele cumpra com os requisitos legais. Do mesmo modo, pode ainda a defesa requerer tais benefícios e o juiz concede-los, sem a anuência do órgão ministerial. Sobre o assunto, esclarece Luiz Flávio Gomes que:

Por isso, a colaboração (que não se confunde com o “acordo” de colaboração da Lei 12.850/13) é um direito público subjetivo do réu, porque uma vez preenchidos os requisitos legais, e inclusive as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto previstas na Lei 9.807/99, terá direito aos benefícios da colaboração, independentemente de homologação judicial ou mesmo acordo escrito juntamente com o Ministério Público, haja vista que o acordo escrito e homologado judicialmente visam a apenas dar segurança jurídica ao colaborador⁹⁷.

De outra banda, a Lei 12.850 deixou claro que a colaboração premiada pode ser usada no combate ao crime organizado. O conceito de organização criminosa está delimitado no art. 1º, § 1º, da referida lei, com a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

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

O art. 1º, § 2º, ensina ainda que esta lei também se aplica “às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”, bem como “às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”.

Assim sendo, parece óbvio que os meio de obtenção de provas previstos nessa legislação, com destaque à colaboração premiada, serão aplicáveis aos crimes mencionados no art. 1º, § 2º, por permissão legislativa. Sobre o assunto, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista ensinam que estas são:

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 222-223.

(...)hipóteses em que, apesar de ausente a característica da delinquência estruturada, geram o mesmo perigo, justificando a aplicabilidade por extensão dos importantes e excepcionais instrumentos de investigação detalhados na nova Lei (colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e obtenção de provas)⁹⁸.

Por outro lado, em relação à utilização do instituto para obtenção de provas em investigação de crimes não previstos na legislação, a discussão ainda não foi pacificada. A jurisprudência a respeito da aplicação da lei anterior, Lei 9.807/99, vinha decidindo que sua aplicação não seria restrita a somente alguns tipos penais⁹⁹, porém aquela colaboração não pode ser confundida com o acordo de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013, como visto.

A Lei 12.850/13 traz uma série de inovações específicas do acordo de colaboração, prevendo benefícios mais abrangentes e apontando expressamente em quais crimes deve ser aplicada a legislação. Portanto, parece que ao prever a incidência da aplicação da norma, o legislador teve a intenção de restringi-la, tendo em vista que caso pudesse a lei ser aplicada no combate a qualquer tipo penal, não haveria necessidade de fazer tal menção.

Nesse diapasão, a lei também traz previsão acerca dos benefícios que podem ser propostos. Sobre esse ponto, é necessário lembrar a cautela que deve estar presente para garantir a segurança do colaborador, bem como a voluntariedade deste. Evidente que as vantagens oferecidas podem, em verdade, apresentar ameaças veladas, devendo o Ministério Público e a autoridade policial agir com lealdade processual.

O rol de vantagens legais ao colaborador é bastante extenso, a depender do caso e do momento processual. Tais benefícios são: *a*) perdão judicial (art. 4, *caput*); *b*) redução da pena em até 2/3 (art. 4º, *caput*); *c*) substituição por pena restritiva de direitos; *d*) não oferecimento de denúncia (art. 4º, § 4º); *e*) redução da pena até a metade ou progressão de regime, no caso de colaboração posterior à sentença (art. 4º, § 5º). Pela leitura dos mencionados artigos, não parece razoável imaginar que este não seria um rol taxativo, não tendo deixado o legislador qualquer margem para relativização.

Sob o prisma da lei anterior, a Correição Parcial 20090400035046446¹⁰⁰, do TRF da 4ª Região, entendeu que seria possível a ampliação da aplicação da previsão legal. A respeito desse ponto, há autores que defendem que por tratar-se de norma mais favorável ao

⁹⁸ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 16.

⁹⁹ STJ, REsp 1109485/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012

¹⁰⁰ COR 200904000350464, NÉFI CORDEIRO, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 11/11/2009

réu, inexistiria restrição a outros benefícios em razão da legalidade estrita¹⁰¹, fazendo referência ainda ao art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013 como exemplo dessa suposta possibilidade.

Entretanto, não há de se confundir benefícios alheios à lei, que são eventualmente inseridos nos acordos de colaboração premiada, com a permissão do art. 4º, § 2º. Este artigo traz a possibilidade do requerimento ou representação ao juiz pela concessão de perdão judicial ao réu-colaborador pela relevância de uma colaboração. Esse benefício seria concedido em razão da eficácia concreta da colaboração, não sendo, portanto, um benefício alheio a lei que está condicionado no acordo desde o princípio da tratativa.

Diferentemente do modelo visto nos Estados Unidos, a discricionariedade do Ministério Público no Brasil sempre esteve condicionada aos princípios e normas legais, não podendo ser, desse modo, ampla como no ordenamento jurídico alienígena.

¹⁰¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzgU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

3 A APLICAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Conforme estudado no capítulo anterior, o instituto da colaboração premiada não é novo no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, as principais normas vigentes são inovações recentes e a extensão da sua aplicação ainda está sendo discutida.

Tem-se visto o uso extensivo dessa forma de acordo na Operação Lava Jato, porém não se pode esquecer que este instituto já havia sido aplicado em grandes operações que envolviam crimes contra o sistema financeiro, bem como crimes de corrupção de agentes públicos. Vale recordar que um dos principais colaboradores na Operação Lava Jato, o doleiro Alberto Youssef, realizou acordo de delação premiada no Caso Banestado¹⁰². Na mesma linha, destaca-se a Operação Caixa de Pandora, no Distrito Federal, a qual se deu justamente em razão da colaboração premiada de Durval Barbosa¹⁰³.

Apesar do instituto já ter sido aplicado em grandes investigações envolvendo os chamados crimes de colarinho branco, denominação também importada da cultura jurídica norte-americana, é indiscutível que a aplicação do instituto nunca havia sido tão ampla e ganhado tanta projeção quanto na Operação Lava Jato.

Segundo dados do próprio Ministério Público, na primeira instância foram realizados 155 acordos de colaboração premiada, ao passo que existem 130 condenações, até o momento. No Supremo Tribunal Federal, foram homologados 49 acordos de colaboração premiada, enquanto não houve nenhuma condenação por enquanto. Vale ressaltar que as colaborações do grupo Odebrecht ainda não foram contabilizadas nesse cálculo feito pelo Ministério Público¹⁰⁴, ao passo que, pelas notícias nos grandes jornais, serão 77 novos colaboradores¹⁰⁵.

Evidente que ainda é muito precoce pretender realizar uma análise acerca da eficácia destes acordos, no entanto, o numerário já é extremamente expressivo, ainda mais em

¹⁰² G1. Acordo de Youssef livra doleiro do Caso Banestado, diz advogado. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/01/acordo-de-youssef-livra-doleiro-do-caso-banestado-diz-advogado.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹⁰³ Correio Braziliense. Entenda a Operação Caixa de Pandora. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/11/30/interna_cidadesdf,158092/entenda-a-operacao-caixa-de-pandora.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹⁰⁴ MPF. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹⁰⁵ G1. Equipe de Teori começa a ouvir delatores da Odebrecht Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2017/01/equipe-de-teori-comeca-ouvir-delatores-da-odebrecht.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

comparação com a quantidade de acordos firmados anteriormente na história jurídica brasileira.

Não obstante a falta de previsão legal, na Operação Lava Jato, tem-se visto a concessão de benefícios não previstos em lei em diversos acordos de colaboração premiada. Não é o intuito do presente trabalho analisar os 204 acordos de colaboração premiada firmados até fevereiro de 2017¹⁰⁶, no entanto, de forma exemplificativa, é importante verificar as cláusulas do primeiro acordo de colaboração premiada realizado no âmbito desta operação, qual seja o firmado entre o Ministério Público Federal e o ex-diretor da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa. Além de ter sido o primeiro acordo realizado, foi o desencadeador de uma série de acordos, assim como preconizou a forma de realização dos demais.

3.1 O acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa

A Operação Lava Jato foi deflagrada no início de 2014, com a finalidade de investigar organizações criminosas que supostamente seriam responsáveis pela operação paralela ao mercado de câmbio, além de lavagem de dinheiro, liderada por doleiros com atuação em âmbito nacional e transnacional. A partir desse ponto, a investigação chegou no dito esquema de corrupção da Petrobrás, o qual envolveria agentes públicos, políticos e empreiteiras, além de operadores financeiros¹⁰⁷.

Por ter sido iniciada a investigação com trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, em razão da conexão, este Juízo foi declarado competente, apesar dos diversos pleitos tentando impugna-lo¹⁰⁸. Posteriormente, surgiram ramificações no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em razão do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro.

No âmbito desta Operação, Paulo Roberto Costa, após ter sido alvo de busca e apreensão, foi preso temporariamente em 19 de março de 2014, tendo sua prisão sido decretada no bojo do processo de n. 5014901-94.2014.404.7000, por determinação do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Neste dia, foi ainda decretada nova busca e apreensão no

¹⁰⁶ MPF. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Consultor Jurídico. “Foro Universal”: Sergio Moro declara ter competência para conduzir investigações de Lula. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/moro-declara-competencia-conduzir-investigacoes-lula>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

endereço do ex-diretor e de suas filhas, pois seus familiares teriam transferido objetos da empresa do investigado.

Após sucessivas prisões preventivas e desdobramentos, foi homologado pelo então Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, seu acordo de colaboração premiada, no dia 27 de agosto de 2014, nos autos da Petição n. 5109. Após o acordo, Paulo Roberto Costa foi libertado por decisão do saudoso Ministro no dia 29 de setembro de 2014.

Tal decisão, conforme preconiza a Lei 12.850/2013, não adentrou no mérito do acordo pelas colaborações prestadas, analisando a legalidade deste negócio jurídico. Neste ponto, algumas cláusulas desse acordo merecem atenção, em especial o exposto na cláusula 5^a, inciso VII, além dos outros dispositivos destes derivados. Tal dispositivo foi homologado da seguinte forma:

VII. O MPF ofertará aos parentes do colaborador, mencionados na Cláusula 3, os quais tenham praticado ou participado da atividade criminosa que é objeto deste acordo, proposta de acordo de colaboração premiada acessória e individual. Cada um destes acordos seguirá a sorte deste acordo principal no caso de rescisão, não homologação ou inefetividade deste último, exceto se o Ministério Público entender que a colaboração de cada beneficiário for suficiente para garantir-lhe, independentemente, os benefícios, no todo ou em parte, adiante listados.

Pela simples leitura desse extrato do acordo, é possível observar que foi proposto como benefício ao colaborador que sua família também fosse beneficiada, constando, inclusive, que os acordos a serem oferecidos aos seus familiares dependeriam do sucesso de seu acordo. Menciona-se que os acordos de colaboração de seus familiares seriam *acordos acessórios*. Esse instituto lembra o *package deal* norte-americano, no entanto, não há previsão legal para esta aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, não há previsão legal do aproveitamento por terceiros de uma colaboração realizada entre o Ministério Público e um investigado. Mais absurdo ainda é a consideração de que terceiros sejam penalizados pelo fracasso desse acordo, o que claramente pode ser visto como uma coação ao colaborador. Nesse diapasão, não é possível afirmar que o colaborador não foi coagido emocionalmente a realizar tal acordo, tendo em vista que o mesmo afirmou em entrevista que firmou o acordo por orientação da família¹⁰⁹.

Por outro lado, na Cláusula 3^a do documento negocial em questão são listados os nomes de diversos familiares de Paulo Roberto Costa, os quais estariam sendo investigados na Operação Lava Jato pelos crimes de lavagem de dinheiro, organização criminosa, entre outros. Entretanto, nas diversas fundamentações de busca e apreensões, bem como de prisões

¹⁰⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. Em primeira entrevista após deixar a prisão, delator diz se sentir “leproso”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1703489-em-primeira-entrevista-apos-deixar-a-prisao-delator-diz-se-sentir-leproso.shtml>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

decretadas contra Paulo Roberto, não há menção a elementos de informação que levassem a crer que seus familiares integrariam a organização criminosa da qual o ex-diretor faria parte ou ainda que tivessem participado dos demais crimes.

Suas filhas tinham a atuação restrita a retirada de documentos da empresa de seu pai, enquanto sua esposa teria retirado valores de sua conta conjunta com o marido. Assim sendo, parece que a 3ª Cláusula exposta no acordo de colaboração premiada entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público está aplicando o *overcharging* norte-americano.

Além do *overcharging* aplicado, o Ministério Público concedeu o acordo a pessoas que sequer faziam parte da suposta organização criminosa. O acordo de colaboração premiada não pode ser aplicado em qualquer tipo de crime não previsto na legislação, o que claramente geraria a banalização do instituto criado para ajudar na investigação de crimes específicos nos quais as técnicas normais de investigação não são eficazes.

A acusação nos Estados Unidos não está obrigada a seguir os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade da ação penal e da estrita legalidade, o que permite a utilização do *overcharging*, porém não é este o caso do Brasil, onde o Ministério Público está vinculado a tais princípios.

Importante destacar também o §4º do acordo, homologado com a seguinte redação:

§4º. O Ministério Público pleiteará a conversão da preventiva comum em prisão cautelar domiciliar com monitoramento eletrônico apenas depois de colhidos todos os depoimentos por meio dos quais o colaborador trouxer todas as informações e provas disponíveis sobre os fatos em investigação e sobre todos e quaisquer crimes de que tenha conhecimento, tenha ou não deles participado, envolvendo, direta ou indiretamente: (...)

Vê-se que foi proposto como benefício o pleito da conversão da prisão preventiva em prisão cautelar domiciliar, o que igualmente não está previsto na legislação brasileira. Evidente que o Ministério Público pode se manifestar a qualquer tempo sobre a necessidade da manutenção da prisão preventiva e a depender do fundamento para sua decretação, a vontade do agente em contribuir com a investigação pode influir na cessação da necessidade de manutenção da restrição de sua liberdade, no entanto, condicionar este benefício ao acordo não está entre as hipóteses legais e pode apresentar uma coação ao colaborador que muitas vezes preso em condições sub-humanas.

Estes são apenas exemplos de cláusulas não previstas em leis que estão sendo aplicadas em acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato. Sobre o assunto, Thiago Bottino assevera que:

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos¹¹⁰.

Por isso, não parece razoável, levando em consideração o já amplo rol taxativo de benefícios e a expressa amplitude legal da aplicação desse meio de obtenção de prova, bem como mantendo em perspectiva o princípio da legalidade, que o Ministério Público exerça uma discricionariedade além da permitida legalmente.

3.2 A banalização dos meios de obtenção de prova previstos na Lei 12.850

Alguns crimes, como a organização criminosa valem-se de um elaborado esquema para sua realização, contando com apoio tecnológico e planejamento, de modo que são indiscutivelmente mais complicados para investigar, não sendo sempre possível fazê-lo valendo-se de meios de obtenção de prova comuns. Sobre o assunto, o Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal discorreu na Ação Penal 470 (Mensalão):

(...) é incomum que se assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato do cometimento do crime. Fato notório, e *notória non agente probatione*, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas¹¹¹.

Tal investigação fica ainda mais complexa em razão da lei do silêncio que vigora nesses grupos, ao passo que alguns chegam a fazer uma comparação com a *omertá* das máfias italianas¹¹². Não há como negar a existência de grupos organizados no Brasil, a despeito da afirmativa de Zaffaroni de tratar-se de uma categorização frustrada, entretanto, eventual superdimensionamento disso pode causar graves consequências às garantias fundamentais, como explicita Luiz Flávio Gomes:

Claro que deve ser extirpada qualquer visão superdimensionada deste fenômeno, pois tal visão geraria um autoritarismo antidemocrático e fortaleceria as

¹¹⁰ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lavajato". In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 2016, Montevideu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 41-61.

¹¹¹ Voto do Min. Luiz Fux, Ação Penal 470, p. 31-32, publicado no Dje em 22/04/2013.

¹¹² GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 193.

possibilidade de o poder repressivo estatal aniquilar direitos fundamentais mínimos, tais como o contraditório, ampla defesa, o direito ao silêncio, devido processo legal, intimidade, vida privada etc., levando à clara adoção de um “direito penal do inimigo” à brasileira (direito penal de terceira velocidade, conforme intitula JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ), banalizando as medidas cautelares probatórias hoje previstas no rol do artigo 3º da Lei 12.850/2013 (atual lei de combate e repressão às organizações criminosas), tais como colaboração premiada, infiltração de agentes, ação controlada, interceptações telefônicas etc., penetrando assim na intimidade e vida privada de cidadãos, sob justificativas pragmatistas e utilitaristas, para as quais o valor de uma ação mede por seu êxito, por seu resultado¹¹³.

A partir dessa perspectiva, nota-se que não se pode deixar que ocorra uma banalização desses meios de obtenção de prova, criados como medida extrema. Esses meios foram chamados de “Técnicas Especiais de Investigação” em Convenções Internacionais, tais como a Convenção de Palermo (art. 20), e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 50), ambas ratificadas e promulgadas no ordenamento jurídico brasileiro.

O contexto em que foram criadas, bem como a própria nomenclatura dessas técnicas, explicitam a especialidade que apresentam, não podendo ser aplicadas como ordinárias. Isso fica ainda mais claro ao analisar que atingem frontalmente garantias fundamentais do investigado, ao passo que a colaboração premiada pressupõe a renúncia ao direito constitucional a não autoincriminação.

Essas medidas probatórias de caráter excepcional devem ser aplicadas apenas em *ultima ratio*, havendo indícios suficientes de existência de organização criminosa, de maneira a não relativizar garantias fundamentais quando puderem ser aplicados os meios de obtenção de prova comuns. Nesse sentido, pode-se vislumbrar a nulidade das provas obtidas por estes meios, se aplicados em desconformidade com a previsão legal.

3.3 O princípio da legalidade no ordenamento jurídico brasileiro e sua (in)aplicabilidade à colaboração premiada

Conforme exposto, alguns autores partem da premissa de que o acordo de colaboração premiada é um benéfico ao investigado, logo a legalidade poderia ser mitigada, mas não se pode olvidar que esse instrumento pode ser utilizado como meio de coação do próprio colaborador, como comprovado pela experiência norte-americana.

Por outro lado, o processo legal deve ser visto como um direito do cidadão, no qual ele poderá exercer os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como

¹¹³ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. p. 18.

o direito a não produzir prova contra si mesmo. O instituto da colaboração premiada é uma situação excepcional, não podendo ser tratada como regra.

A priori cumpre destacar as disposições constitucionais pertinentes ao tema em relação ao Ministério Público. O art. 127, *caput*, da Carta Magna, dispõe que “*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*”¹¹⁴. Indiscutível, portanto, que este órgão faz parte do próprio Estado, conseqüentemente devendo agir por força de lei apenas, além de que também lhe incumbe a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Já o art. 129, I, do Texto Máximo, ensina que uma das funções do órgão ministerial é “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”¹¹⁵. Assim sendo, vê-se que não é facultado ao promotor ou procurador agir com discricionariedade não prevista em lei. No mesmo sentido, entende-se que caso estejam presentes as condutas tipificados em lei, este órgão está compelido dar ensejo à persecução penal, ideia que acabou sendo abarcada pelos art. 42 e 576 do Código de Processo Penal.

O princípio da legalidade foi inaugurado, a partir das ideias iluministas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu Art. 8º, preconizou que: “*A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada*”¹¹⁶. A partir desse momento, tal preceito foi sendo incorporado por diversos Estados em suas Constituições.

Já na primeira Constituição brasileira, em 1824, foi explicitado o princípio em questão em seu art. 179. Neste ponto, é importante destacar que esta primeira Carta Política brasileira foi promulgada ainda no Brasil Imperial, em um contexto de absolutismo e ideias contrárias à democracia e, mesmo nessa conjuntura, as ideias advindas do Iluminismo permitiram que a legalidade já fosse privilegiada.

Na Carta Cidadã de 1988, o constituinte abarcou, em seu art. 5º, inciso XXXIX, o princípio da legalidade como cláusula pétrea, no espírito do garantismo constitucional, elencado esse princípio como garantia fundamental nos seguintes termos:

¹¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Universidade de São Paulo: Biblioteca Universal de Direitos Humanos. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

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

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Historicamente, vemos que este preceito surgiu como contraponto aos exageros perpetrados pelos governantes de governos imperialistas e monárquicos, em épocas que o controle do Estado se confundia com a vontade pessoal destes. Surge, portanto, como uma forma de controlar as injustiças advindas do poder ilimitado do Estado¹¹⁷. Sobre o assunto, Paulo Queiroz ensina que:

Que a atuação do Estado seja orientada por regras jurídicas que expressam a vontade popular é condição de legitimação democrática por meio do poder competente, o Poder Legislativo. E particularmente no âmbito jurídico-penal, em que materializam as mais sensíveis restrições à liberdade, com maior força de razões se impõe o respeito ao princípio da estrita legalidade¹¹⁸.

Partindo da premissa do Direito Público acerca da legalidade, a qual determina que os órgão pertencentes ao Poder Público estão vinculados à lei em sua atuação, importante ressaltar o entendimento do Hely Lopes ao discorrer sobre este princípio em relação ao direito administrativo:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso¹¹⁹.

Do mesmo modo, o princípio da legalidade está intrinsecamente ligado ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal justamente como uma garantia ao submetido à persecução penal. Nesse sentido, Cláudio Brandão afirma que o princípio da legalidade *“surge para romper com esse terror e dar, como consequência, uma outra feição ao Direito Penal. A partir dele o Direito Penal se prestará a proteger o homem, não se coadunando com aquela realidade pretérita”*¹²⁰.

Renato Brasileiro Lima, por outro lado, esclarece que o princípio da legalidade deve ser aplicado quando se tratar de qualquer intromissão nas garantias dos cidadãos ocasionada pelo processo penal, nos seguintes termos:

¹¹⁷ QUEIROZ, Paulo, Direito Penal Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª Edição, 2006. p. 36-37.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87

¹²⁰ BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 10.

O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade¹²¹.

Importante ressaltar que o autor em comentário deixa clara a necessidade de que as medidas que afetam os direitos fundamentais deverão ser previstas em lei, justamente para evitar-se a atuação arbitrária do Estado em nome da aplicação do princípio da proporcionalidade. Incontestável que esse entendimento geralmente remete-se a medidas impostas aos investigados, porém o mesmo raciocínio há de ser aplicado na caso de abdicação de direitos constitucionais. Na mesma linha e enfatizando a importância da observância da legalidade para garantia da segurança jurídica, explica Maurício Zanoide de Moraes que:

“É norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, estrita e escrita que a defina (*nulla coactio sine lege*). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais.”¹²²

O Brasil, como visto, é um país de tradição jurídica romano-germânica, e adota um controle constitucional sobre as demais leis, de forma que a Constituição Federal é o ápice da pirâmide jurídica. Nosso ordenamento jurídico, como aponta a doutrina preponderante, segue as premissas do Sistema Garantista.

Ferrajoli ensina que este sistema é construído na perspectiva da Teoria Geral do Garantismo, que tem três acepções. Na primeira acepção, o garantismo formula o modelo normativo. Na segunda, a teoria jurídica que dispõe sobre a existência e efetividade das leis, enquanto na terceira, a filosofia política que confere ao Estado e seu respectivo Direito a justificação na tutela das garantias jurídicas que impõe sua existência¹²³.

¹²¹LIMA, Renato Brasileiro. *Manuel de Processo Penal* 5ª Ed. Editora JusPODIVM, 2015. p. 131-132.

¹²² FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de Almeida; e MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 851-854

A respeito da Constituição Federal de 1988, Ferrajoli a classifica como constitucionalismo de terceira geração¹²⁴. Ele identifica ainda que esta constituição representa a postura de Estado Constitucional de Direito, tanto na tutela das garantias primeira, quanto das garantias secundárias.

Partindo da premissa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição Federal está no ápice da hierarquia jurídica e adota o Sistema Garantista, é necessário verificar a compatibilidade da relativização do princípio da legalidade para que o Ministério Público tenha ampla discricionariedade na proposição de acordos de colaboração premiada.

Na mesma linha, faz-se necessário discorrer sobre a própria compatibilidade do sistema acusatório adotado no Brasil com o acordo de colaboração. Assim, Ferrajoli explica:

(...) pode-se chamar de acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à produção, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e dos direitos da defesa¹²⁵.

Fica evidente o posicionamento do autor acerca da impossibilidade da aplicação do sistema inquisitório, pois *“a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma nulla culpa sine iudicio”*¹²⁶. Difícil imaginar, dessa forma, a adaptação do sistema garantista ao instituto da colaboração premiada, como explica Geraldo Prado ao expor que *“não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal”*¹²⁷.

Não é o objeto deste trabalho adentrar na análise da compatibilidade do acordo de colaboração premiada ao ordenamento jurídico brasileiro, apesar das fortes críticas ao mesmo por seu aparentemente conflito com os princípios da publicidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Trata-se aqui apenas da adequação da ampla discricionariedade que vem sendo adotada pelo Ministério Público nos acordos de colaboração sem previsão legal para tanto e se isso estaria violando o princípio da legalidade. Sobre essas manifestações dotadas de

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 519-520.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. São Paulo: Boletim IBCCrim, v. 13, n. 159, 2006. p. 10.

discricionariedade, que de forma ainda mais ampla é utilizada nos Estados Unidos, Ferrajoli conclui que:

(...) representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo a exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo.¹²⁸

Faz-se necessário trazer novamente a inteligência do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013 que prevê que o termo de colaboração “*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*”. É possível observar que é o papel do juiz garantir a legalidade do acordo, não parecendo razoável que a discricionariedade do Ministério Público prevaleça em detrimento das possibilidades expressamente descritas na lei.

Em relação a aplicação da colaboração premiada, o art. 1º, *caput*, deixa claro que a lei “*define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado*”. Por outro lado, seu § 2º, deixa expresso em quais outros casos essa lei poderá ser aplicada. Não parece, portanto, que o legislador deixa espaço para interpretação discricionária sobre a aplicação dos institutos ali previstos ao deixar expresso os casos em que esta seria possível.

Por outro lado, não é apenas essa lei que prevê o instituto, apesar de ser a mais completa. Evidente que nos casos de previsão do legislador, o instituto pode ser aplicado, questão problemática é sua utilização fora desses limites legais, o que resultaria na banalização do instituto.

A livre apreciação dos limites que devem ser aplicados tanto quanto aos benefícios a serem concedidos, quanto na investigação de quais tipos de criminalidade possa se utilizar desse meio de prova é perfeitamente compatível com a tradição da *common law* norte-americano e o instituto do *plea bargaining*, no entanto, o magistrado e o Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro não tem a faculdade de criar normas.

Por isso, não resta dúvida de que agentes público devem limitar sua atuação nos limites da legislação, como previsto nos dispositivos constitucionais já mencionados, ao passo que não existe margem legal para ampliar ou modificar os benefícios dispostos na Lei

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 523-524.

12.850/2013. Não obstante o texto legal ser bastante claro, a simples leitura do parecer acerca da legislação proferido em Plenário quando da votação da mesma evidencia a intenção do legislador acerca da especificidade das normas procedimentais:

Com efeito, o presente Projeto de Lei, inspirado na citada Convenção de Palermo, reúne os elementos constituintes do tipo de organizações criminosas, permitindo distingui-lo, no que cabe, do crime de quadrilha ou bando, agora chamado de “associação criminosa”, contido no artigo 288 do Código Penal; além disso, traz normas específicas sobre o procedimento criminal e regula de forma mais robusta os meios de obtenção de prova, como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, atualmente previstas na lei 9.034/95 e pouco aplicadas devido a ausência dos regramentos necessários que assegurem a sua efetividade¹²⁹.

Assim, deve o membro do Ministério Público agir em conformidade com o princípio da legalidade, não dispondo da ampla discricionariedade inerente ao *public prosecutor* norte-americano. No mesmo sentido, cabe ao juiz a análise da legalidade do acordo, não podendo este, da mesma forma, dispor de forma contrária ao texto legal.

Caso o magistrado não se atenha ao exposto na lei, enfrentamos a hipótese de ativismo judicial. Como pontua o Ministro Barroso, o ativismo traz riscos que envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para deliberar acerca de certos temas. Por este motivo, o Ministro explica que o ativismo judicial “*é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura*”¹³⁰.

Desse modo, para obstar a supressão de garantias fundamentais, respeitando a tradição jurídica na qual o ordenamento jurídico brasileiro se insere e a própria Constituição Federal, deve ser observado o princípio da legalidade, aplicando-se restritivamente o disposto na Lei 12.850/2013 quando da celebração e homologação do acordo de colaboração premiada.

¹²⁹ Câmara dos Deputados. PL 6578/2009 Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos.jsessionid=5702BC24C81FE6DE7A03A9A78043A19C.proposicoesWebExterno2?idProposicao=463455>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 29 – 31. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/44428/26015>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

CONCLUSÃO

Como visto, o instituto do *plea bargaining* reserva consideráveis diferenças com o acordo de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013. Duas são as mais expressivas: *i)* o *plea bargaining* pode ser usado apenas para a autoincriminação, não havendo necessidade de implicar condutas a demais agentes, apesar disso também ser possível; *ii)* caso o acusado se declare culpado ou não deseje discutir sua culpa, o processo tem fim. Ou seja, basta a confissão para que se passe à condenação, não sendo necessária a instrução ou quaisquer outros meios de produção de prova.

No nosso ordenamento jurídico, ainda que o acusado se declare culpado, o processo seguirá seu curso normal, não bastando essa simples declaração para se prosseguir a sentença. Por outro lado, a confissão de culpa fará apenas incidir a atenuante do 65, inciso I, alínea "d", do CP, não os benefícios previstos para a colaboração. Para que se configure o acordo de colaboração premiada, será necessário que o colaborador seja capaz de promover um ou mais dos resultados previstos em lei, além de preencher os requisitos objetivos e subjetivos, de modo que é necessário apresentar dados que corroborem com sua palavra, devendo ainda contar com a concordância do Ministério Público.

Foi destacada ainda a ampla discricionariedade órgão acusatório norte-americano, que tem total disponibilidade acerca da ação penal. Nesse sentido, foi visto que são vários os motivos que regem sua atuação, muitos dos quais tem pouco a ver com o direito, como, por exemplo, aspectos financeiros e políticos, tendo em vista que existem eleições para se chegar a esse cargo.

O Ministério Público brasileiro, por outro lado, tem sua atuação submetida a uma série de princípios constitucionais, tais como da indisponibilidade da ação penal, da taxatividade, da presunção de inocência e da legalidade, além de seus membros ingressarem de forma a respeitar o princípio da impessoalidade. Apesar disso, vemos que a Lei 12.850/2013 prevê uma discricionariedade considerável, podendo o Ministério Público decidir quando deve ou não realizar os acordos, estando preenchidos os requisitos legais.

Essas diferenças e as mais tantas outras entre os dois institutos estão intrinsecamente ligadas às tradições jurídicas seguidas por seus respectivos países. Nos Estados Unidos, onde se segue a *common law*, a jurisprudência cria normas, de forma que a lei escrita não tem a mesma importância que tem no Brasil, de tradição jurídico romano-germânica.

Por isso, todas essas características citadas do *plea bargaining* estão de acordo com os preceitos daquele direito, ao passo que a importação destas, em especial da ampla discricionariedade da acusação em detrimento da lei expressa, vão de encontro com todo o ordenamento jurídico brasileiro e principalmente com o princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Ao aprofundar nessa questão específica, discorreu-se sobre o uso do instituto na Operação Lava Jato. Como visto, já foram realizados mais de duas centenas de acordos de colaboração premiada no âmbito da citada operação. Levando em conta que trata-se de uma lei relativamente nova, sendo a Lei da Organização Criminosa de 2013, é natural que os limites de sua aplicação ainda estejam sendo discutidos, no entanto, este é um assunto que deve ser pensado com cautela, pois resulta na mitigação de garantias fundamentais.

O primeiro acordo de colaboração premiada firmado no referido contexto foi o acordo do ex-diretor da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa, homologado pelo Supremo Tribunal Federal. Por ter sido o primeiro acordo, este acabou se tornando referência para a realização das centenas que o seguiram, motivo pelo qual foi utilizado como base para a análise.

Conforme exposto, algumas cláusulas de tal acordo chamam a atenção por se tratarem de benefícios acordados pelo Ministério Público que não estão descritos na lei competente. Foi visto que o órgão ministerial ponderou sobre acordos nomeados de *accessórios*, quais sejam acordos com os familiares do colaborador principal, que estariam a este submetidos. Além disso, foi discorrido sobre a liberdade do colaborador, o qual estava preso durante as tratativas e ocorreu ainda a aplicação do acordo aparentemente fora do âmbito da organização criminosa.

Assim, foram inseridas diversas cláusulas fora dos padrões legais, a partir de inovações e de institutos parecidos com os utilizados na experiência norte-americana, tais como o *package deal* e o *overcharging*. Foi constatado, de outra banda, que essas inovações, além de ferir o princípio da legalidade, podem vir a apresentar claro caráter cogente, o que poderia ser repellido a partir da observância dos limites legais.

Sobre esse ponto, foi exaustivamente visto a arbitrariedade e o abuso que estão presentes na prática norte-americana dos *public prosecutors*, que se valem do instituto do *plea bargaining* para satisfazer seus interesses em detrimento da busca pela verdade real dos fatos, a custo da privação de liberdade de pessoas inocentes. Evidente que pelo próprio ordenamento jurídico do país estrangeiro, seria complicado querer desconstruir tal regra consuetudinária.

Não obstante isso, conforme analisado, já existem sérias críticas alertando para os malefícios causados pelo uso indiscriminado desse instituto, sendo que muitas pessoas inocentes acabam se declarando culpadas para não serem submetidas a penas desumanas e exacerbadas.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro, pautado nos princípios advindos da tradição romano-germânica, submetido à Constituição Federal de 1988 de viés garantista, tais abusos advindos da excessiva discricionariedade do Ministério Público, que fere o princípio da legalidade, podem e devem ser repelidos pelo Judiciário.

Levando em consideração o princípio da presunção de inocência, não é possível considerar a relativização do princípio da legalidade, de modo a abrir espaço para a ampla discricionariedade em epígrafe, o que pode ferir severamente o primeiro princípio e indiscutivelmente fere o segundo.

Assim, não parece ser possível admitir a aplicação da ampla discricionariedade do órgão acusatório brasileiro na proposição do acordo de colaboração premiada, como é comum nos Estados Unidos, o que resultaria em confronto frontal com o princípio constitucional da legalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. Chicago: 79 Columbia Law Review, 1979.

ALSCHULER, Albert. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. The University of Chicago Law Review Vol. 36, n. 1, 1968.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 29 – 31. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/44428/26015>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BBC News. World Prison Population. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/uk/06/prisons/html/n2page1.stm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lavajato". In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 2016, Montevideu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi, 2016.

BLACKSTONE, W. Commentaries on the Laws of England. Boston: Beacon Press, 1962.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade Organizada e Globalização desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014.

California Innocence Project. Brian Banks. Disponível em: <<https://californiainnocenceproject.org/read-their-stories/brian-banks/>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiroz. *Plea bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideias de funcionalidade e garantismo*. Revista Custus Legis, p. 3. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custuslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

CHEMERINSKY, Erwin e LEVENSON, Laurie. Criminal Procedure. Aspen Publishers, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Consultor Jurídico. “Foro Universal”: Sergio Moro declara ter competência para conduzir investigações de Lula. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/moro-declara-competencia-conduzir-investigacoes-lula>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Correio Braziliense. Entenda a Operação Caixa de Pandora. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2009/11/30/interna_cidadesdf,158092/entenda-a-operacao-caixa-de-pandora.shtml>. Acesso em: 15 fev. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2013.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

DAVIS, Angela J. Arbitrary Justice – The Power of the American Prosecutor. New York: Oxford University Press, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984.

ETLEY, William, Mixed Juristicians: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified), 60 La. Lousiana Law Review, 2000. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/2>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

Exoneration in the United States, 1989 – 2012: Report by the National Registry of Exonerations. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. Editoria Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO. Em primeira entrevista após deixar a prisão, delator diz se sentir “leproso”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1703489-em-primeira-entrevista-apos-deixar-a-prisao-delator-diz-se-sentir-leproso.shtml>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GIVATI, Yehonatan. The comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence. Harvard Law Review, 2011. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Prison Policy Initiative. Mass Incarceration: The Whole Pie 2016. Disponível em <<https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2016.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

G1. Equipe de Teori começa a ouvir delatores da Odebrecht Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2017/01/equipe-de-teori-comeca-ouvir-delatores-da-odebrecht.html>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. A Reforma Do Processo Penal Brasileiro e o Paradigma “Acusatório” Do Processo Penal Anglo-Americano: Revisitação Histórica. Questões Atuais do Sistema Penal. Estudos em Homenagem ao Professor Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.

HESSICK III, F. Andrew. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *BYU Journal of Public Law*, Volume 16, 2002. Disponível em: <[h:p://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4](http://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Chicago: Project Gutenberg, 2000.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *Faculty Scholarship Series, Paper 543*, 1978, p. 8. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Manual Colaboração Premiada. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37221319/A_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Andrey_Borges_de_Mendonca_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490717188&Signature=hgd%2Fcqy19CTYmjgtM%2BzgU22MnRk%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Colaboracao_premiada_e_a_nova_Lei_do_C.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

MERRYMAN, J.H., *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2a ed. Stanford University Press, 1985.

MPF. Caso Lava Jato. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

MORO, Sérgio. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. BDjur, 2010.

NEWMAN, D. *Conviction: The determination of Guilt or Innocence Without Trial*. Boston Little, Brown and Company, 1996.

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

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Ano XV, nº 23, 2001.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. São Paulo: Boletim IBCCrim, v. 13, n. 159, 2006.

PRIEST, George L. The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. 6 Journal of Legal Studies 65, 1977. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467563?journalCode=jls>. Acesso em: 15 fev. 2017.

QUEIROZ, Paulo, Direito Penal Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª Edição, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminas, 2003.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). Crime organizado: aspectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

The Innocence Project. Why so many innocence people plead guilty. Disponível em: <http://guiltypleaproblem.org/#ochoa>. Acesso em: 15 fev. 2017.

The New York Review of Books. Why Innocent People Plead Guilty. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Universidade de São Paulo: Biblioteca Universal de Direitos Humanos. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Universidade de São Paulo: Biblioteca Universal de Direitos Humanos. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 15 fev. 2017.