



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

André Leonardo Rodrigues de Jesus

A Colaboração Premiada e a Constituição: Críticas à Práxis do Instituto

BRASÍLIA
2019

André Leonardo Rodrigues de Jesus

A Colaboração Premiada e a Constituição: Críticas à Práxis do Instituto

Trabalho apresentado como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB,

Orientador: Prof. Dr. Hector Vieira

BRASÍLIA
2019

André Leonardo Rodrigues de Jesus

A Colaboração Premiada e a Constituição: Críticas à Práxis do Instituto

Trabalho apresentado como composição acadêmica para o curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB,

Orientador: Prof. Dr. Hector Vieira

BRASÍLIA, ... de junho de 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Héctor Vieira Dr.

Prof. Dr.

RESUMO

A colaboração premiada é um instituto da justiça negocial criminal, que visa diminuir a resistência do investigado/acusado, antecipando o reconhecimento de culpa e cooperando para que o inquérito policial ou processo judicial ganhe eficiência e celeridade na concretização de um dos resultados previstos na Lei 12.850/13. A justiça negocial criminal é um sistema de aplicação das leis penais que se alia a corrente de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*), de entusiasmo norte-americano. A Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) incorporou o instituto de justiça negocial na ordem jurídica brasileira. O instituto se espalhou de tal forma pelas legislações que aportou o conflito de normas. A utilização da colaboração premiada, como toda norma, deve estar coberta de legalidade e constitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 foi promulgada a partir de uma concepção de Estado Democrático de Direito. A cidadania e a dignidade da pessoa humana passam a ser fundamentos da República, agora todas as regras e princípios estão sujeitos a observância da dignidade da pessoa humana. A previsão do princípio da legalidade da pena está estabelecida tanto na Constituição quanto no Código Penal. Esta garantia permite que tenhamos segurança jurídica, uma vez que não se terá pena nem a quem nem além do prevista em lei. Todavia, a colaboração premiada pode ser o caminho para aplicação de penas que não estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Legalidade. Pena. Dignidade. Estado Democrático de Direito

INTRODUÇÃO

O estímulo imposto a todo sistema jurídico com base nas ideias republicanas e democráticas é o ajuste entre os princípios do Estado Democrático de Direito. É inegável que o Direito Penal é forma de controle social que mantém o *status quo* da estrutura social do mundo moderno.

Mesmo que se deseje preterir a importância do Direito Penal, bastaria um exame mais concentrado sobre a lógica que alicerça as sociedades ocidentais, para depreender que os sistemas penais exercem a função central destas sociedades.

Advindo dessas premissas, o presente trabalho tem por objeto de análise a compatibilidade do instituto da colaboração premiada com sistema de direito penal e processual penal, sob a ótica constitucional brasileira, especialmente, em relação ao princípio da legalidade e anterioridade da pena. O tema é, por demais, controverso, sendo que, de um lado, temos a doutrina que aponta diversas anomalias na aplicação do instituto, e de outro, temos os membros do Ministério Público e Delegados de Polícia que afirmam ser o instituto que auxilia na eficiência ao combate ao crime organizado.

No primeiro momento, expor-se-á as diretrizes da colaboração premiada, definindo conceitos, funcionamento, base jurídica, base teórica, sua compreensão. Assim, descrever-se-á o estado da arte da colaboração premiada no Brasil, realizando o levantamento doutrinário e o apresentando o entendimento jurisprudencial.

Em segundo, momento serão apresentados os limites legais e constitucionais da colaboração premiada no Brasil, considerando o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial de qualquer procedimento realizado por agentes estatais.

Por fim, apresentamos as diferenças conceituais, culturais e jurídicas do processo penal nos sistemas jurídicos da *common law* e *civil law*. Destacando, ainda, a assimetria do sistema penal brasileiro com princípio da igualdade, quando importados institutos da *common law* sem que seja realizado um estudo de adequação dos parâmetros constitucionais.

Então, entendemos que o problema do presente trabalho pode ser assim assentado: Quais os limites do instituto da colaboração premiada diante do Estado Democrático de Direito? Secundariamente e do mesmo modo, poderia se questionar se é possível aplicar o instituto da colaboração premiada sem violar premissas básicas do Estado Democrático de Direito, tais como direitos e garantias fundamentais, cidadania, igualdade e dignidade humana?

1. As diretivas da colaboração premiada no Brasil

Na busca de concretizar o poder punitivo de forma mais célere e econômica os Estados têm desenvolvido instrumentos para atingir tal objetivo. A justificação invocada é a assunção de que o Estado fracassou no combate à “criminalidade organizada”, que se revela mais resultado da negligência dos governantes no decurso dos anos do que verdadeiramente qualquer “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada.¹

A colaboração premiada é um desses mecanismos que, segundo Vasconcellos, expressa a justiça criminal negocial, uma vez que antecipa² o reconhecimento da culpa pelo indiciado ou réu, e diante disso, passa-se a colaborar com a persecução penal, geralmente incriminando coautores e revelando informação relevante para produção probatória, na busca de um tratamento mais leniente.³

Para Santos, os termos colaboração, cooperação e delação premiada são sinônimos, que são utilizadas no meio acadêmico e na jurisprudência.⁴ Para o autor, tratar a delação premiada como colaboração premiada é utilizar de eufemismo para neutralizar a tacha de traiçoeira e desleal que usualmente lhe é atribuída.

Assim também é a posição de Bitencourt que sustenta que a colaboração premiada é um termo atenuante com objetivo de ocultar a devida implicação antiética que o procedimento em análise carrega.⁵ Por isso o autor considera sinônimos colaboração premiada e colaboração processual e, ainda, a delação premiada, que se traduz na diminuição da pena (podendo receber o perdão judicial, em algumas hipóteses) para o delinquente confesso que revelar os coautores da atividade criminosa, concedida pelo juiz sob a condição do cumprimento dos requisitos estabelecidos na lei.

Vladimir Aras conceitua a colaboração premiada como:

instrumento de persecução penal destinado a facilitar a obtenção de provas do concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade de delitos graves, servindo também para localização do proveito ou do produto

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** : Lei 12.850/2013. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00>. Acesso 14 mar. 2019. p. 116

² O §5º do artigo 4º da Lei 12.850/13 traz a possibilidade do sentenciado colaborar, *in verbis*: “§ 5o Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 25

⁴ SANTOS Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. Págs. 82 - 84

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** : Lei 12.850/2013. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00>. Acesso 14 mar. 2019. Pág. 115

de crime ou para a preservação da integridade física de vítimas de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais.⁶

Aras, ainda, assevera que colaboração premiada é o nome apropriado ao instituto, sendo gênero de quatro espécies, quais sejam:

Delação Premiada – o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador.

Colaboração para Libertação – o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém.

colaboração para localização e recuperação de ativos – o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem.

colaboração preventiva – na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

A lição de Mendroni constata que, apesar de a colaboração premiada sinalizar sua gênese no acordo de vontade entre as partes, não é rigorosamente um acordo, uma vez que se consolida com uma sentença de um juiz alheio ao acordo, ou seja, que não participa da policitação do acordo.⁷

O conceito legal retira-se do artigo 4º da Lei 12.850/13, Lei das organizações criminosas. Assim, a colaboração premiada consiste no o acordo firmado entre as partes envolvidas no inquérito policial ou no processo penal, podendo resultar em perdão judicial, ou redução da pena privativa de liberdade em 2/3, ou ainda, substituí-la por restritiva de direitos, desde que da colaboração do indiciado ou acusado resulte em dos resultados previstos nos incisos do referido artigo, *in verbis*:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

⁶ ARAS, Vladimir. **A Técnica de Colaboração Premiada**. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em 07 de abr. de 2019

⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**. 6. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008289/cfi/6/38!/4/2@0:0>. p. 150

Explorando a justiça negocial criminal é possível verificar que a colaboração premiada é mais um instituto deste modo de prestação jurisdicional, conquanto tenha ganho relevo e difusão atualmente⁸, observa-se que não é o único da justiça penal consensual. Em vista disso, tecer-se-á o quadro da justiça criminal negocial, sem a pretensão de alcançar o exaurimento em torno dos demais instrumentos afora a colaboração premiada.

A justiça negocial criminal é um regime de aplicação das leis penais que se alia a corrente de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*) de entusiasmo norte-americano⁹. Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) a justiça negocial criminal foi amplamente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio de várias legislações desde o fim dos anos 1980 e início dos anos 1990¹⁰.

O diploma que incorporou instrumento de negociação criminal no ordenamento nacional foi a Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos) que no seu artigo 8º, parágrafo único, dispôs que: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. O mesmo diploma incluiu o §4º do artigo 159 do Código Penal: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.¹¹

Em seguida, a Lei 9.034/1995 (Organizações Criminosas) tornou a reger o instituto no seu artigo 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. A partir dessa redação a doutrina debruçou-se sobre a necessidade ou não da espontaneidade do acusado para colaborar.¹² A Lei 12.850/13, no entanto, revogou expressamente essa previsão.

A expansão do instituto se deu no ano de 1995 através da Lei 9.080. O referido diploma acresceu o §2º do artigo 25 da Lei 7.492/86, que versa sobre os crimes contra o sistema

⁸ Relevo e difusão crescente pela vultuosa utilização na operação “Lava Jato”. A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiro (<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>. Acessado em 14/04/2019 às 15:06h).

⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 29

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 29

¹¹ O §4º do artigo 159 do CP foi alterado pela Lei 9.269/96, ficando a redação a seguir: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”

¹² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 70

financeiro, e, ainda, acresceu o paragrafo único ao artigo 16 da Lei 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, econômica e relações de consumo), ambos com a mesma redação: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

Logo depois, em 1998 foi promulgada a Lei 9.613 (Lei que combate à lavagem de dinheiro). Nela encetou-se o aumento dos benefícios ao colaborador tendo em vista a limitação à redução da reprimenda penal de um a dois terços dos outros dispositivos. Era a redação do §5º do artigo 1º do referido diploma:

§5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena 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 à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Em 2012, a Lei 12.683/12 trouxe uma alteração ao §5º do artigo 1º da Lei 9.613/98, o intuito era de aumentar ainda mais as possibilidades de cabimento da colaboração espontânea.¹³

A redação do §5º artigo 1º da Lei 9.613/98 passou a ser essa:

§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Em 1999, foi promulgada a Lei de proteção a vítimas e testemunhas. A Lei 9.807/99 trouxe dois dispositivos, de forma mais precisa, quanto ao mecanismo negocial. O artigo 13 prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial para o réu colaborador, que for primário, que tenha prestado colaboração voluntária e efetiva com a investigação e o processo criminal, uma vez que, tenha resultado em: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. No paragrafo único ainda determina condições de análise subjetiva para determinar o perdão judicial, quais sejam a personalidade do colaborador, e ainda, a natureza, circunstâncias, repercussão social e a gravidade do crime cometido.

¹³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 42

O artigo 14 possibilitou ao colaborador, caso seja condenado, independente de ser primário ou reincidente, a redução de um a dois terços de sua pena na medida em que a sua colaboração for voluntária com a investigação ou processo criminal e resultar na “identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação”.

Outro grande incremento para a propagação da colaboração premiada foi consolidado com o estabelecimento de medidas especiais de proteção e segurança do colaborador no artigo 15 da Lei 9.807/99, estando na prisão ou fora dela, considerando coação ou ameaça eventual ou efetiva.

Já no ano de 2002, foi promulgada a nova legislação de entorpecentes na Lei 10.409/02. O regramento veiculou o instrumento mais análogo ao escopo atual da colaboração premiada, uma vez que passou a projetar a delação como um acordo entre as partes.¹⁴ No artigo de 32, §2º previa que:

§2º 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 os interesses da Justiça.

No entanto, todo o diploma foi revogado pela Lei 11.343/06. A nova legislação instituiu, novamente contornos antes materiais do que o especificamente de um ajuste entre as partes da legislação anterior, uma vez que bastava o acusado atuar na identificação de coautores ou partícipes para receber a benesse da redução da pena. Nos termos do artigo:

Art. 41 O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 12.850/13 (Lei da organização criminosa, incorporou-se um benefício no que tange a justiça negocial criminal que escapa aos benefícios do colaborador, porquanto, o legislador cuidou do procedimento a ser exercido para implementar a colaboração.¹⁵

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 72

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** : Lei 12.850/2013. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00>. Acesso 14 mar. 2019. p. 130

Malgrado o procedimento observado na Lei 12.850/13 exponha carência e implicações, é também verdade que caracterizou um nítido progresso na busca de um regramento balizador, tornando-se energia para o êxito da justiça criminal negocial no processo penal nacional.¹⁶

Presente o vasto repertório expedido pelo legislador brasileiro, é válido observar as particularidades no intuito de ordenar o “carnavalesco tratamento”¹⁷ que está sendo dado a colaboração premiada no sistema jurídico nacional. Assim, qual a legislação deve ser aplicada para cada caso quando houver conflitos de normas?

No julgamento do HC 97.509/MG, o STJ estabeleceu que a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) possui a qualidade de sistema geral de delação¹⁸: “O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício”.¹⁹

A normativa inserida pela Lei 9.807/99, no sentido do direito material da colaboração premiada, estendeu o seu proveito na aplicação a qualquer espécie de delito, independente do tipo ou gravidade do crime.²⁰ Igualmente entendeu o STJ no Julgamento do REsp 1.109.485 que “A Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), que trata da delação premiada, não traz qualquer restrição relativa à sua aplicação apenas a determinados delitos”.²¹

Todavia, por subsistir outros diplomas no ordenamento, na hipótese do conflito aparente de normas, deverá ser aplicado o princípio da especialidade da norma, consoante majoritária voz da doutrina.²²

No entanto, há ainda a discussão sobre qual regramento seria mais benéfico na comparação entre a Lei 9.807/99 e da Lei 12.850/13. Imagina-se, diante disso, que o caminho

¹⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 73

¹⁷ CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil_nodrm acesso no dia 19/04/2019. p. 105

¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 115

¹⁹ STJ, HC 97.509/MG, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves, j. 15.06.2010

²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 74

²¹ STJ, REsp 1.109.485/df, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza Moura, j. 12.04.2012. Em julgado posterior à Lei 12.850/13, o STJ continua aplicando os dispositivos da Lei 9.807/99: STJ, AgRg no REsp 1.538.372/CE, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07.06.2016

²² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 116

mais producente é o que ampara a observância do regramento mais benéfico concretamente ao acusado.²³

2. Os Limites legais e constitucionais da colaboração premiada no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 1988, e segundo Barroso, em meio a uma euforia constituinte, que apesar de saudável e inevitável, foi responsável pela edição de uma Constituição mais que analítica, sendo ainda prolixa e corporativa.²⁴

Nessa perspectiva é bem verdade que diversos ramos do direito infraconstitucional (direito administrativo, civil, processual civil, trabalho, penal, processual penal) tiveram particularidades tratadas dentro do corpo do texto da Constituição. Ou seja, há regras e princípios paradigmáticos para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Essas regras e princípios vinculam o comportamento do legislador infraconstitucional, assim como os Poderes Executivo e Judiciário, na elaboração, execução e aplicação das normas, devendo respeitar o conteúdo material expresso e implícito da Constituição.²⁵

A colaboração premiada é instituto que carrega conteúdo tanto de direito material penal como de direito processual penal. No momento em que a atuação do colaborador auxilia na investigação estamos diante de conteúdo de direito processual, em contrapartida os benefícios que a lei oferece ao mesmo carregam conteúdo de natureza de direito material.

Nesse sentido, Silva explica:

Portanto, na fase de investigação trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime).²⁶

²³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 75

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. Acesso 14 mar. 2019. p. 405

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. Acesso 14 mar. 2019. p. 406

²⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13, 2. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. p. 57

Assim, o instituto deve observar tanto os preceitos constitucionais de direito material quanto os de direito processual. Igualmente entendeu o STF na ocasião do julgamento do HC 127.483, “Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal”.²⁷

Sem embargos do que fora exposto, é, ainda, importante que se observe a colaboração premiada em face do nível de adequação com Estado Democrático de Direito. Na lição de Nina Ranieiri o Estado Democrático de Direito se fundamenta na democracia, justiça social e na soberania popular, tendo como finalidade de garantir, promover e salvaguardar os direitos fundamentais, com a dignidade humana sendo o elemento fundante.²⁸

Acrescenta, ainda que:

Conceito nuclear do regime político jurídico adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nele, o “democrático” é a espinha dorsal que lhe dá sentido, direção e conteúdo normativo. Se imaginarmos o Estado brasileiro como uma circunferência, composta de três círculos concêntricos, teremos, no núcleo, a democracia; logo a seguir, no círculo intermediário, os princípios que asseguram a democracia: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que lhe são inerentes, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, o pluralismo político e a declaração da origem popular do poder; acompanham-nos o princípio republicano, a forma federativa e a separação de Poderes. No último círculo, estão as garantias jurídico-processuais relativas ao regime democrático e à vida política.²⁹

Vieira assevera que o fundamento da discussão em torno da colaboração premiada está na premissa basilar qual seja: “o modelo de estruturação do Estado brasileiro embasado na proteção especial de um núcleo básico de direitos os quais foram chamados modernamente de direitos fundamentais”.³⁰

Geraldo Prado afirma que estes direitos fundamentais surgem em:

tempo singular de convergência entre o pensamento jusnaturalista e a necessidade de positivação do direito, pressupondo um rol de interesses indisponíveis para a vida digna do ser humano, os quais, como o espírito em

²⁷ STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 24.

²⁸ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00>. p. 332

²⁹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00>. p. 334

³⁰ VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Entre os meios, fins e justificativas**: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114

busca de um corpo, vagaram pela História até encontrarem os documentos escritos originados nos marcos revolucionários.³¹

A partir dessa conjuntura, e num processo de redemocratização, é que surge a Constituição Federal de 1988, positivando princípios e regras que tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no seu art. 1º, incisos II e III, respectivamente.

No juízo de Maria Garcia, dignidade da pessoa humana é considerada como “compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”³²

Fernandes ensina que a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º da Constituição Federal foi alçada a condição de meta-princípio que funciona com paradigma de interpretação para os demais princípios constitucionais:

Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.³³

Para Bitencourt³⁴ “Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si.” Nessa perspectiva, considera, ainda, que a dignidade da pessoa humana adquiriu estatura de valor fundante de toda ordem normativa interna com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Logo, todas as regras e princípios, inserido no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, do ornamento jurídico brasileiro estão sujeitos a observância da do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, “trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de direito, que deve iluminar a interpretação da lei ordinária”³⁵

Em um universo de limites (regras e princípios) impostos pelo sistema jurídico penal brasileiro, incluídos na Constituição da República, no Código Penal e no Código de Processo Penal, delineamos alguns que, sobretudo, importam para o debate entorno da conformidade da

³¹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório – **A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 3. Edição, Rio de Janeiro, EDITORA LUMEN JURIS, 2005. p. 41

³² GARCIA, Maria, **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 211

³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador. Juspodivm, 2017. p. 408

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. 25 ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/0!4/2@100:0.00>. p. 75

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!4/4@0.00:16.2>. p. 367

colaboração premiada frente a esse sistema. São eles: princípio da legalidade e anterioridade da pena.

A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XXXIX e o Código Penal em seu artigo 1º estabelecem que não há crime nem pena sem previsão legal anterior a prática de qualquer ato. O que tem trazido desconformidade ao sistema jurídico penal é a possibilidade de, através da colaboração premiada, ser estabelecidas penas sem a previsão legislativa.

A pena em sua formação axiológica tem finalidades. Junqueira e Vanzolini classifica as finalidades da pena em prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção específica (positiva e negativa).³⁶

A prevenção geral negativa tem como objetivo inibir a coletividade de praticar crimes, através da execução da pena daqueles que violaram a lei. A prevenção geral positiva utiliza a sanção penal para enviar uma mensagem a um cidadão racional de que a lei está sendo cumprida. Na prevenção especial negativa tem como objetivo inocuizar o transgressor da lei, separando o indivíduo da convivência social, para eliminar o risco que ele causa aos concidadãos. Já na prevenção especial positiva o objetivo é reintegrar o sujeito a convivência social.³⁷

As penas existentes no sistema jurídico penal brasileiro são aquelas previstas no artigo 32³⁸, e o regime de cumprimento deve ser estabelecidas nos termos do artigo 33³⁹, ambos do

³⁶ JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal** : parte geral. 4. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90>. p. 520 – 526

³⁷ Quanto a prevenção especial positiva Junqueira e Vanzolini faz a seguinte abordagem: “Uma abordagem mais crítica, no entanto, afastará o uso da expressão reinserção social ou outros “res”, uma vez que a maioria dos atingidos pelo sistema persecutório penal nunca fez parte da chamada “sociedade formal”, ou seja, aquela que tem acesso aos serviços de saúde, educação e formação profissional necessários para uma vida digna e, assim, não compartilham dos mesmos valores sociais apregoados pelos detentores do poder e demais formadores de opinião. Não se pode, assim, reinserir na sociedade alguém que nunca esteve inserido ou “socializado”. O objetivo da pena seria, enfim, não a ressocialização, mas, sim, a socialização; não a reinserção social, mas a inaugural inserção social. Vale lembrar que o art. 1º da LEP fala em integração social, e não em (re)integração social.” JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal** : parte geral. 4. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90>. p. 524

³⁸ Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

³⁹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Código Penal (CP). O *quantum* da pena a ser aplicada ao caso concreto obedece ao sistema trifásico previsto no artigo 68 do mesmo Código.⁴⁰ Atendendo a máxima *nulla poena sine lege*, não há que se falar em pena fora destes parâmetros estabelecidos pela lei, pois estes são os previstos na República.

Assim, na hipótese de um agente praticar os crimes de peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro, todos em concurso material, terá as penas aplicadas a cada um dos delitos somadas para se chegar ao regime de cumprimento, conforme artigo 69 do Código Penal. Se, no entanto, houver adesão voluntária a um acordo de colaboração, nesse caso, poderá lhe ser concedido os seguintes benefícios: o perdão judicial, a redução em até 2/3 ou a substituição por restritivas de direito, ou ainda, não ser denunciado pelo Ministério Público, todos com base no artigo 4º da Lei 12.850/13.

Esse é o limite legal dos benefícios possíveis ao colaborador, como entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão: “é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal”. Deste modo, asseveram que seja impossível oferecer benefícios ao colaborador fora do que está previsto na legislação, pois “em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei”.⁴¹

Para Barroso a ordem jurídica é um sistema, portanto deve estar resguardada a sua unidade e harmonia, sendo que a Constituição está incumbida pela unidade enquanto a prevenção ou solução dos conflitos está encarregada pela harmonia.⁴²

Assim, violações a essas lógicas do sistema podem contribuir para o desarranjo jurídico social. Em análise de três acordos de colaboração premiada no âmbito da operação “Lava Jato”, Bottino identificou desconformidades que violam o princípio da legalidade da pena.⁴³ Os

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais

⁴⁰ Art. 68 do CP- A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Auri. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 4 ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/3!/4/4@0.00:67.6>. p. 95 - 96

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. p. 336

⁴³ BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na “OPERAÇÃO LAVA JATO” – V **Encontro Internacional do CONPEDI**

acordos foram firmados entre Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa⁴⁴, Alberto Youssef⁴⁵ e Pedro José Barusco Filho⁴⁶. Cabe aqui ressaltar os mais relevantes em termos de violação do princípio da legalidade da pena em cada um dos três acordos.

No acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa firmado em 27 de agosto de 2014 os que nos salta os olhos são as cláusula 5^a, I, “b” e “c”, que preveem, respectivamente, “a fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semiaberto; e o cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto”.

Invoca a nossa atenção, dentre os diversos benefícios concedidos no acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público e Alberto Youssef em 24 de setembro de 2014, a cláusula 5^a, III, V “Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais”.

E, finalmente, provoca reflexão no acordo de colaboração premiada assinada entre o Ministério Público e Pedro José Barusco Filho em 19 de novembro de 2014, a cláusula 5^a I, II, III e IV “O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em regime aberto diferenciado (sic) pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos”.

As cláusulas listadas acima escapam aos limites impostos pela Lei 12.850/13 e a liberdade com que tais acordos de colaboração premiada foram firmados não encontram abrigo no sistema jurídico penal⁴⁷.

Montevidéu – Uruguai - disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf>.

⁴⁴ Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94. 2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13^a Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>. Acesso 21 abr. 2019

⁴⁵ Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212- 82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707- 53.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13^a Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodelaçãoyoussef.pdf>. Acesso em 21/04/2019

⁴⁶ Acordo firmado no âmbito do inquérito policial nº 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13^a Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf. Acesso 21 abr. 2019

⁴⁷ BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na “OPERAÇÃO LAVA JATO” – V **Encontro Internacional do CONPEDI**

Para atuação dos cidadãos é certo a aplicação do princípio liberal da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Gilmar Mendes acentua que “a lei é o instrumento da liberdade”. Contudo para atuação do agente estatal deve ser observada o princípio da legalidade estrita, prevista no art. 37 da Constituição Federal, onde “só é permitido fazer o que está autorizado pela lei”⁴⁸. Assim não está o agente público livre para agir sem uma autorização legislativa.

Na mesma esteira é o ensino de Meireles com o seguinte preceito: “As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos”⁴⁹. Isto reafirma a necessidade do agente público agir somente em conformidade com a previsão legal.

Se ao Ministério Público é incumbida a defesa da ordem jurídica, nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988, uma atuação distinta da prescrita na lei, como os acordos acima referidos, revela uma “inconstitucionalidade por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição”⁵⁰.

Importante entendimento proferiu o Ministro Ricardo Lewandowski na decisão que devolveu ao Procurador Geral da República o acordo de colaboração premiada veiculada na PET 7265/DF⁵¹. Na referida decisão o Ministro observou a ilicitude das partes, Ministério Público ou Delegado de Polícia e investigado/acusado, fixarem de forma antecipada pena privativa de liberdade ou perdão judicial, em evidente substituição do Poder Judiciário.

Asseverou, ainda, sobre a exclusividade da competência da jurisdição ao Poder Judiciário, pujante na Constituição Federal, e, ainda, a certeza que somente por sentença penal condenatória, exarada por juiz competente, é que se pode fixar a pena privativa de liberdade ou perdão judicial a qualquer pessoa que esteja sujeita a essa jurisdição.

Montevideu– Uruguai - disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf>.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 12 ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/cfi/141!/4/2@100:0.00>. p. 887

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. ed. 42. São Paulo : Malheiros, 2016. p. 93

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. p. 424.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição**. *Petição 7.265/DF*. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>. Acesso 02 fev. 2019.

Barroso afirma que “o Direito Contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica.”⁵²

Portanto, é necessário que os órgãos e agentes estatais se inclinem ao atendimento do que está previsto nas leis e na Constituição Federal. Do contrário estaremos diante da violação do Estado Democrático de Direito.

3. Diagnostico e prognostico da colaboração premiada no direito comparado.

Em outro momento, já expomos que a colaboração premiada tem origem no sistema jurídico da *common law*, mais precisamente no direito norte-americano. Langer afirma que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e com mais ímpeto após o fim da Guerra Fria, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América (EUA) foi o que exerceu a maior influência sobre os demais sistemas jurídicos. Essa influência passou por diversos ramos do direito que vai do modelo da separação dos poderes, passando pelas disciplinas de direito constitucional, civil, empresarial, imobiliário, econômico, penal, valorização da profissão do advogado privado, educação jurídica, reforma do judiciário até a revisão de decisão judicial.⁵³

Os cenários do processo penal nos sistemas de jurisdição da *common law* e da *civil law* guardam profundas diferenças entre si, que devem ser respeitadas para evitar o afastamento do tipo ideal de cada sistema.⁵⁴

Para Garapon o processo não ocupa no mesmo posto na cultura jurídica da *common law* e da *civil law*. A persuasão disso vem da percepção da força iniciativa do processo em cada sistema. Em segundo plano, cada procedimento apresenta uma energia inicial que ajusta o processo e estabelece as fases processuais. Na *civil law* o impulsor é o Poder Público, ao mesmo tempo em que a ação de uma parte, ou seja, do indivíduo é o motor de partida na *common law*.⁵⁵

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. p. 424. p. 113

⁵³ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41> . Acesso em: 04 mar. 2019. pp. 21-22.

⁵⁴ Langer com base na clássica descrição da metodologia de Max Weber elucidada que “o uso de tipos-ideais identifica diferenças relevantes entre os sistemas adversarial e inquisitorial e uma mudança concreta no processo penal de um sistema não leva necessariamente à mudança ou ao abandono do modelo. Ao invés disso, esta abordagem apenas rotula o sistema como mais próximo ou mais afastado do tipo-ideal. Além disso, a abordagem do tipo-ideal também pode ser profícua ao se analisar processos penais híbridos, como os tribunais penais internacionais, identificando as características que correspondem a cada tipo.”

⁵⁵ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Disponível em

Nesse sentido o processo penal americano gera um ambiente de negociação entre as partes, possibilitando o cidadão, dotado de capacidade, utilizar o seu direito subjetivo, tanto direitos materiais quanto processuais, a lançar mão da análise econômica, às margens do direito, para determinar qual a melhor escolha lhe é possível dentre as apresentadas no início da audiência pública.

Assim também apontam Lima e Mouzinho “nos EUA o processo é um direito constitucional do acusado, que pode desistir dele, se assim achar vantajoso, economizando tempo e recursos de ambas as partes, defesa e acusação.”⁵⁶ Afirmam, ainda, que a defesa pode negociar, reivindicando um processo, e, a acusação espera que o acusado mude de postura, deixando a resistência e assumindo a culpa, proporcionando uma alteração na tipificação penal que resulta na diminuição da pena.

Aqui, na jurisdição brasileira, processo penal é, em regra, uma iniciativa do Poder Público previsto no art. 129 da Constituição Federal de 1988, “são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”; e também do art. 100, §1º do Código Penal, “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.”, e ainda, do art. 24 do Código do Processo Penal, “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Dos artigos referidos acima, extrai-se algumas regras (princípios) que são guias do processo penal brasileiro. Para Lopes Jr. a ação penal pública incondicionada é um ofício obrigatório do seu titular, o Ministério Público, e entende a regra da obrigatoriedade assim:

A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa). A legitimidade é inequívoca diante da titularidade constitucional para o exercício da ação penal nos delitos de iniciativa persecutória pública.⁵⁷

<https://www.passeidireto.com/arquivo/23532978/garapon-e-papapoulos-julgar-nos-eua-e-na-franca>. Acesso em 21 mar. 2019. p. 49.

⁵⁶ LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. **Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Vol.9 – no 3 – set-dez 2016. p. 515.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Auri. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso 21 mar. 2019. p. 201

Ao contrário do sistema jurídico da *common law*, o processo penal brasileiro é uma garantia ao indivíduo, e ainda, é o caminho da legitimidade da punição estatal, consagrado no art. 5º, LIV da Constituição federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, mesmo que preenchida as condições do *fumus commissi delicti*, punibilidade concreta e justa causa, somente poderá o poder estatal atuar nos bens e/ou na liberdade do indivíduo se houver o devido processo legal.

A *common law* dos Estados Unidos da América está inserido um utilitarismo tamanho que nenhuma concepção teórica abstrata aperfeiçoada, que não produza um resultado prático imediato, vai se coadunar com ele.⁵⁸ Resultado disso é a discricionariedade atribuída aos promotores que submete-se a razões políticas e utilitaristas, e, segundo Musso lá “procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no meio social, exatamente por isso, é a que interessa combater.”⁵⁹ Todavia, autora, constata que uma discricionariedade demasiada dos promotores, motivada frequentemente por objetivos políticos em vez de critérios técnicos, com efeito, ofende a segurança jurídica, não raro pessoas em equivalentes circunstâncias jurídico-penal culminam em receber um tratamento desigual.

Nesse sentido, Langer acentuando a distinção do processo penal na *common law* e na *civil law* destacando que até sentido da palavra promotor possui significados diferentes no contexto do processo penal dos sistemas jurídicos. Na *common law* americana, ele afirma, que promotor significa “uma parte em uma disputa com interesses em jogo no resultado do processo”, enquanto na *civil law* o promotor é um servidor público imparcial do Estado, cujo papel é investigar a verdade.⁶⁰

No Brasil o interesse público visa a observância da ordem pública para que os direitos e garantias individuais sejam protegidos. O Ministério Público é órgão independente, autônomo e essencial para o alcance dessa ordem. Nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988 “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”.

⁵⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33

⁵⁹ MUSSO, Rosanna Gambini. II Processo Penale Statunitense, 2001, pp 32-35 apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33.

⁶⁰ LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 04 mar. 2019. p. 34

Deste modo, o princípio da igualdade previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal é luz para os atores do da justiça brasileira. A sua observância é essencial para evitar a violação da segurança jurídica, em que indivíduos em situações idênticas tenham tratamento distintos pela justiça.

Logo, o transplante de institutos de um sistema jurídico ao outro, os quais guardam profundas diferenças, não devem ser realizadas sem as devidas reflexões em torno da adequação cultural e jurídica, a fim de evitar crises entre a atividade da política criminal e o esforço para assegurar os pilares garantistas do sistema democrático constitucional.⁶¹

Faria aponta que

"A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições."⁶²

Portanto, importar institutos de outros sistemas jurídicos pode gerar paradoxos, cindindo o processo penal constitucional, rompendo com a cultura social e jurídica brasileira, uma vez que a política criminal se contrapõe a direitos e garantias constitucionais.

Assim, não se deve arriscar a realização de transplantes de institutos de um sistema jurídico para outro, sem a devida reflexão sobre a sua adequação e conformidade, no interesse de resguardar crises sociais, culturais e jurídicas.

⁶¹ VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Entre os meios, fins e justificativas**: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114

⁶² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 41.

CONCLUSÃO

O direito como meio de controle social sempre encontra dificuldade de acompanhar os avanços que a sociedade propõe. O sistema jurídico penal brasileiro está diante de questões que a todo momento reivindicam respostas. A sofisticação das organizações criminosas, a dificuldade do seu dismantelo e o compromisso assumido diante da comunidade internacional⁶³, levaram o Brasil a adotar o instituto da colaboração premiada como meio para facilitar a repressão e o combate de tais atividades delituosas.

No entanto para aplicação de qualquer instituto jurídico no ordenamento jurídico nacional este deve guardar conformidade paradigmático com a Constituição Federal de 1988. A oferta de vantagens em acordos de colaboração premiada fora dos parâmetros estabelecidos na legislação altera o equilíbrio do sistema penal constitucional, e ainda, diante de uma análise econômica do acordo, pode determinar afirmações viciadas e exageradas.

Com vistas a efetivar tal supremacia, a atuação de membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Delegados de Polícia e demais agentes públicos, devem guardar os preceitos constitucionais. Assim não é papel do Ministério Público negociar benefícios ou determinar penas que não estejam previstos em diplomas legais.

O objetivo do Estado Democrático de Direito é a igualdade. Com previsão no art. 5º da Constituição Federal, o direito fundamental da igualdade é violado na medida em que acordos de colaboração premiada são firmados e homologados em termos que se afastam da previsão legal. Isso ocorre, uma vez que, o conteúdo previsto no referido artigo garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, se a lei não está sendo cumprida em face de alguns cidadãos é nítida a violação do mencionado direito.

Assim, somente garantida igualdade a todos os cidadãos, por ocasião da aplicação do instituto da colaboração premiada, é que esta poderá ser compatível com o Estado Democrático de Direito, quer dizer que, para que esteja garantida a igualdade, não se pode, no acordo de colaboração premiada, oferecer a um colaborador benefícios não previsto na legislação.

Nesse cenário, uma vez que os representantes estatais deixem de observar o conteúdo legal na sua atuação, a segurança jurídica fica exposta. Portanto, é importante que o Poder Judiciário, Ministério Público e demais agentes estatais retornem a observância dos direitos e

⁶³ O Brasil ratificou a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida sob os decretos, respectivamente, Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004 e Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

garantias constitucionais, quando da análise do pedido de homologação de colaboração premiada, para que haja segurança jurídica.

É possível que se aplique o instituto da colaboração premiada sem violar as premissas do Estado Democrático de Direito, desde que, tal aplicação observe os princípios que fundamentam o sistema garantista, tais como: princípio da legalidade e anterioridade das penas.

Todavia, é necessário que a importação de institutos de sistemas jurídicos alienígenas guarde compatibilidade com a cultura social e o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com a Constituição Federal de 1988.

De outro modo, estar-se-á apenas somando forças a seletividade do sistema penal brasileiro, o qual proporciona uma legítima e entranhada tormenta a devida observância dos direitos e garantias constitucionais a uma devida parte segregada e habitualmente escolhida para o sistema penal.

Tal seletividade é causa da desigualdade que tanto atormenta a sociedade brasileira, devendo ser afastada, ao máximo, das relações sociais e jurídicas, objetivando que atividade de política criminal preserve o empenho para garantir o cajuado das garantistas do sistema democrático constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/cfi/4!/4/4@0.00:16.2>. Acesso 14 mar. 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** : Lei 12.850/2013. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/36!/4/2@100:0.00>. Acesso 14 mar. 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral. 25 ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610037/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 30 mar. 2019.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica do Acordos Firmados na “OPERAÇÃO LAVA JATO” – **V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideú**– Uruguai - disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/4zy4fsi0/9Une3MxT08n88j6l.pdf>. acesso em 23 fev. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 13 mar. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em 12 de fev. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.080**, de 10 de julho de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19080.htm. Acesso 13 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 3 de março de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em 13 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm. Acesso 13 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso 13 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso 13 mar. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 97.509/MG**. Quinta Turma. Paciente: Deni Antônio dos Santos. Impetrante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Arnaldo Esteves

Lima. Brasília, 18 de dezembro de 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+97.509&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. *REsp 1.109.485/DF*. Sexta Turma. Recorrentes: Cristiano Campos da Cunha Mendonça e Ângelo Leonardo de Souza. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 27 de janeiro de 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.109.485&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. *HC 127.483/PR*. Plenário. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso 02 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição**. *Petição 7.265/DF*. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>. Acesso 02 fev. 2019.

CANOTILHO, José Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. ed. 2. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso 19 abr. 2019

CARVALHO, Natália O. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. Disponível em https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil_nodrm. Acesso 19 abr. 2019.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros, 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador. Juspodivm, 2017. Disponível em <https://docero.com.br/doc/v151e>. Acesso 12 mai. 2019.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/23532978/garapon-e-papapoulos-julgar-nos-eua-e-na-franca>. Acesso em 21 mar. 2019.

GARCIA, Maria, **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo. Patrícia VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal : parte geral**. 4. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229641/cfi/4!/4/4@0.00:9.90>. Acesso 14 abr. 2019.

LANGER, Máximo. DOS TRANSPLANTES JURÍDICOS ÀS TRADUÇÕES JURÍDICAS: A GLOBALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING E A TESE DA AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. ISSN 2526-5180. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 04 mar. 2019. doi: <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. **Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: Entre delações e confissões premiadas**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Vol.9 – no 3 – set-dez 2016 – pp. 505-529

LOPES JÚNIOR, Auri. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 4 ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600687/cfi/3!/4/4@0.00:67.6>. Acesso 21 mar. 2019.

LOPES JÚNIOR, Auri. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso 21 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. ed. 42. São Paulo : Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. ed. 12. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216825/cfi/141!/4/2@100:0.00>. Acesso 14 abr. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**. ed. 6. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008289/cfi/6/38!/4/2@0:0>. Acesso 17 de mar. 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório** – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 3^a Edição, Rio de Janeiro, EDITORA LUMEN JURIS, 2005.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 2. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455791/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em 14 abr. 2019.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13, 2. ed. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000047/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso 14 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Entre os meios, fins e justificativas**: delação premiada, Direito Penal e Estado Democrático de Direito. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo. 1. ed. Brasília: Brado Negro, 2015. pp. 83-114.