

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Mara Lina Silva do Carmo

**Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito
brasileiro**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2018**

Mara Lina Silva do Carmo

**Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito
brasileiro**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITO CONSTITUCIONAL, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2018

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 30/11/2018

E-mail: mmlina_ba@hotmail.com

C287

Carmo, Mara Lina Silva do

Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito brasileiro. – São Paulo: s.n., 2018.

136 p. ; 30 cm.

Referências: 131-136

Orientador: Prof. Dr. Cláudio José Langroiva Pereira

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Ampla defesa. 2. Direitos e garantias fundamentais. 3. Colaboração premiada. 4. Negociação penal. 5. Estado Democrático de Direito.

CDD 340

Mara Lina Silva do Carmo

Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito brasileiro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITO CONSTITUCIONAL, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

Aprovada em: _____

Prof. Dr. Cláudio José Langroiva Pereira (orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura_____

Profa. Dra. Marina Faraco Lacerda Gama

Instituição: PUC-SP

Assinatura_____

Desembargador Federal José Marcos Lunardelli

Instituição:

Assinatura_____

À minha mãe, Maria de Lourdes da Silva, que, desde sempre, incentivou-me a percorrer os caminhos da leitura e a extrair dos livros uma das maiores riquezas da vida: o conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos, em primeiro lugar, ao meu estimado orientador, Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, pela capacidade espetacular de orientar de forma individualizada, com paciência e inquestionável preparo; agradeço-o, em especial, pela disponibilidade para responder aos meus inúmeros questionamentos ao longo da elaboração deste trabalho e por me fazer persistir até o fim.

Agradeço, também, à Professora Doutora Marina Faraco Lacerda Gama e ao Professor Doutor Marcelo Augusto Custódio Erbella pelas sugestões e críticas oferecidas no exame de qualificação.

Ao Desembargador Federal Doutor José Marcos Lunardelli e ao Juiz Federal Doutor Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, expresso os meus agradecimentos por terem aceitado fazer parte da banca de defesa da presente dissertação de mestrado, contribuindo, sobremaneira, para a concretização desse importante momento.

Pelo inestimável suporte durante a realização deste trabalho, seja por meio de valiosas sugestões de conteúdo, seja por meio de gestos de amizade ou palavras de incentivo que me fizeram persistir até aqui, agradeço a Ana Paula Tremarin Wedy, Andréa Gesteira Ramos, Arnaldo de Andrade Segundo, Camile Eltz de Lima, Clara da Mota Santos Pimenta Alves, Gabriela Sayago, Hugo Leonardo Abas Frazão, Pedro Felipe de Oliveira Santos, Rafaela Contreiras Villefort Calomeni, Raquel Coelho Dal Rio Silveira e Vanessa Holum Moura.

Com todo amor, registro a minha infinita gratidão à minha mãe, Maria de Lourdes da Silva, que me ensinou que o conhecimento é uma das maiores riquezas da vida e que sempre há tempo para aumentar esse patrimônio. Sou grata, por fim e com imenso carinho, a Floriana da Silva, Miguelina Cleide Oliveira Boaventura e Raymundo Catarino da Silva, tios queridos que me orientaram, inspiraram e deram o apoio necessário para percorrer todo o caminho anterior a este momento de grande realização pessoal.

Carmo, Mara Lina Silva do. **Ampla defesa e colaboração premiada no Estado Democrático de Direito brasileiro**. 2018. 136 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

RESUMO

Objetivando constatar se a ampla defesa tem lugar no procedimento de colaboração premiada, a presente dissertação utiliza os resultados obtidos na pesquisa desenvolvida sobre o texto constitucional e as leis sobre Justiça Penal negociada no Brasil. Além disso, houve o estudo dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal na matéria, bem como da doutrina, nacional e estrangeira - com destaque para a abordagem do *plea bargaining system* americano, que inspirou a criação da Justiça Penal negociada brasileira. A fim de aprofundar o conhecimento a respeito da garantia da ampla defesa, é feita a análise da sua origem histórica e da sua classificação, de acordo com a teoria dimensional dos direitos fundamentais, bem como expõem-se os elementos que formam o seu desenho tridimensional - autodefesa, defesa técnica e defesa efetiva. Seguindo para a análise da colaboração premiada, inicia-se pela explanação sobre a Justiça Penal negociada no Brasil, mencionando sua origem constitucional e os instrumentos que viabilizam a solução dialogada de conflitos penais. Com base no estudo da Lei do crime organizado, é traçado um panorama do procedimento aplicável à colaboração premiada, expondo os respectivos requisitos, características e consequências. Constata-se, então, que a Lei de combate ao crime organizado contém dispositivos destinados à proteção da ampla defesa; a concretização dessa garantia, outrossim, depende da efetiva observância do procedimento legal e dos princípios que regem o processo penal. Constata-se, ao final, que o Poder Judiciário possui papel preponderante na efetiva garantia da ampla defesa, o que permite a ampliação dos espaços de consenso penal e posiciona a colaboração premiada como poderoso instrumento de combate à criminalidade organizada, sem afronta à Constituição Federal ou ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Palavras-chave: Ampla defesa. Direitos e garantias fundamentais. Colaboração premiada. Negociação penal. Estado Democrático de Direito.

Carmo, Mara Lina Silva do. **Due process of law and plea bargaining in the Brazilian democratic state of law**. 2018. 136 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ABSTRACT

In order to determine whether the due process of law takes place in the rewarded collaboration procedure, this dissertation uses the results obtained in research developed from constitutional text and laws of criminal justice negotiations in Brazil. In addition, there was the study of the main Federal Supreme Court judgments in this matter, as well as the doctrine, national and foreign, with emphasis on the North American approach to plea bargaining, which inspired the creation of the Brazilian criminal justice negotiations. In order to deepen the knowledge about the guarantee of the due process of law in Brazil, the analysis of its historical origin and its classification have been made according to the dimensional theory of fundamental rights, as well as the elements that form its three-dimensional drawing (self-defense, technical defense and effective defense). Following for the analysis of the rewarded collaboration, it begins with an explanation of the criminal justice negotiations in Brazil, mentioning its constitutional origins and the instruments that enable the dialogued solution of criminal conflicts. Based on the study of the Law on organized crime, a view of the procedure applicable to the rewarded collaboration is outlined, setting out the respective requirements, characteristics, and consequences. It can be seen, then, that the Law to combat organized crime contains provisions designed to protect the due process of law; the fulfillment of this guarantee, moreover, depends on the effective observance of the legal procedure and the principles that govern the criminal process. In conclusion, the Judiciary has a preponderant role in the effective guarantee of the due process of law, which allows the expansion of the spaces of criminal consensus and positions the rewarded collaboration as a powerful instrument to combat organized crime, without affront to the Federal Constitution or to the democratic state of law in Brazil.

Keywords: Due process of law. Fundamental rights. Rewarded collaboration. Plea bargaining. Criminal Justice negotiations. Democratic state of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
 CAPÍTULO 1 - A AMPLA DEFESA COMO UM DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	 15
1.1 Conceito e características essenciais dos direitos fundamentais	15
1.2 Classificação dos direitos fundamentais a partir da teoria geracional.....	17
1.3. Princípios constitucionais que regem o sistema processual penal, no Brasil	18
1.4 O princípio da ampla defesa	33
1.4.1 A abrangência do princípio-garantia da ampla defesa - plenitude de defesa, autodefesa, defesa técnica e defesa eficaz	33
1.4.2 Os múltiplos reflexos da ampla defesa	38
1.4.3 A ampla defesa na audiência de instrução e julgamento	51
1.4.4 A ampla defesa por meio da interposição de recurso pelo próprio réu	52
 CAPÍTULO 2 - NEGOCIAÇÃO PENAL NO BRASIL	 54
2.1 O <i>plea bargaining</i> norte-americano como inspiração para o modelo brasileiro	54
2.1.1 Sobre semelhanças e distinções entre o <i>plea bargaining</i> e a colaboração premiada	54
2.1.2 A liberdade de negociação entre acusação e defesa	57
2.1.3 Resultados da negociação penal no sistema norte-americano	60
2.2 A origem constitucional da negociação penal no Brasil e seus princípios orientadores	62
2.3 Instrumentos do microssistema de Justiça Penal negociada.....	65
2.3.1 Composição civil dos danos	65
2.3.2 Transação penal	67
2.3.3 Suspensão condicional do processo.....	68
2.3.4 Colaboração premiada	71
2.4 A ampla defesa na negociação penal: destaque para a transação penal e a suspensão condicional do processo.....	72
 CAPÍTULO 3 - COLABORAÇÃO PREMIADA.....	 74
3.1 Aspectos iniciais: previsão legal no histórico brasileiro e natureza jurídica.....	74
3.2 Procedimento	78
3.3 Requisitos legais e critérios pertinentes à colaboração premiada	81

3.3.1	Voluntariedade do agente colaborador e a situação do colaborador preso.....	82
3.3.2	Efetividade x eficácia da colaboração prestada.....	83
3.4	Benefícios: as premiações possíveis ao colaborador, segundo a oportunidade de efetivação da colaboração premiada.....	85
3.4.1	Perdão judicial	85
3.4.2	Redução da pena.....	86
3.4.3	Substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa	86
3.4.4	Progressão de regime de cumprimento de pena	87
3.5	O acordo de colaboração premiada	88
3.5.1	O efeito vinculante do acordo de colaboração premiada, após a homologação ..	88
3.5.2	Sindicabilidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada e retratação da proposta	90
3.6	Deveres e direitos do colaborador	94
3.6.1	Compromisso de dizer a verdade, declarações do colaborador no interrogatório e as consequências da inobservância desses deveres	94
3.6.2	Direitos do colaborador	97
3.7	Direitos do delatado.....	99
3.7.1	A regra de corroboração como verdadeiro direito do delatado	99
3.7.2	Limitação ao livre convencimento do julgador e prova legal negativa.....	101

CAPÍTULO 4 - A GARANTIA DA AMPLA DEFESA E A COLABORAÇÃO PREMIADA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

4.1	A ampla defesa como garantia do devido processo de colaboração premiada.....	102
4.2	A garantia da ampla defesa ao colaborador e ao delatado, em face do sigilo do procedimento de colaboração premiada	105
4.3	O colaborador e o acordo de leniência antitruste: (in)segurança jurídica quanto à obtenção dos “prêmios” de imunidade penal e suspensão da prescrição penal.....	107
4.4	Cláusula de não persecução penal: o artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013 e a (in)constitucionalidade do artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP	114
4.5	O artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/2013: não homologação judicial, arquivamento tácito e devido processo legal.....	121
4.6	A ampla defesa e outras garantias fundamentais na negociação penal via colaboração premiada - críticas à adoção do instituto, no Brasil.....	122
CONCLUSÃO.....		128
REFERÊNCIAS		131

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, alguns possuem verdadeira vocação principiológica, servindo de bússola e limite para a atuação do Estado e dos particulares em suas relações, inclusive, no pertinente ao Processo Penal. Este é o caso do princípio-garantia constitucional da ampla defesa.

O princípio da ampla defesa, atualmente, se encontra diante da nova realidade processual apresentada pela justiça penal negociada, que fora implementada em razão da sobrecarga de trabalho no sistema judicial como um todo e tendo por objetivo a redução da demanda processual criminal. Originada a partir da Constituição de 1988 e tendo por norte os princípios simplicidade, informalidade e oralidade na prática dos atos processuais, bem os princípios da economia e celeridade processuais, a justiça penal negociada se destinou, inicialmente, ao processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/1999.

Seguindo a tendência mundial de ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal, a Lei 12.850/2013 definiu todo o procedimento para celebração do acordo de colaboração premiada, que abrange as demandas criminais relacionadas a crimes de alto potencial ofensivo, inclusive, praticados por organizações criminosas.

À vista desse cenário e da utilização cada vez mais crescente do acordo de colaboração premiada, no Brasil, o presente estudo objetiva examinar se, efetivamente, o procedimento previsto na Lei 12.850/2013 possibilita uma verdadeira negociação penal via colaboração premiada e se, no seu bojo, há mecanismos necessários que propiciem o exercício da ampla defesa pelo colaborador, bem como pelo eventual delatado, observando-se o Estado Democrático de Direito.

Com esse intuito, pretende-se realizar uma abordagem dos princípios constitucionais que regem o Processo Penal e funcionam, a um só tempo, como limite e orientação para a atuação dos órgãos responsáveis pela persecução penal, bem como pelo processo e julgamento das demandas criminais, merecendo uma análise mais detida o princípio da ampla defesa

Antes de aprofundar o estudo sobre o princípio da ampla defesa, porém, serão abordados outros princípios constitucionais que regem o Processo Penal e que se encontram, intrinsecamente, ligados ao tema em comento, quais sejam, princípios da dignidade da

pessoa humana, legalidade, legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, presunção de inocência, litude da prova e da obrigatoriedade.

Especificamente, quanto aos princípios supramencionados, impõe-se destacar a tríade principiológica que constitui os pilares centrais do Processo Penal constitucional: a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Com efeito, o princípio do devido processo legal encontra sua base no princípio da legalidade e, não por acaso, é classificado como princípio constitucional geral, traduzindo-se como verdadeiro pilar de sustentação de todo o sistema processual, abrangendo as esferas penal, civil e administrativa.

Em decorrência do devido processo legal, tem-se o princípio do contraditório, também conhecido como princípio de audiência, classificado como princípio constitucional processual pertinente à relação processual e que tem por finalidade garantir a efetiva participação do réu no processo.

Outrossim, devido a críticas veementes à colaboração premiada, sob o argumento de ofensa à ampla defesa e que estaria caracterizada pela imposição de determinados deveres ao colaborador - renúncia ao silêncio e dizer a verdade em suas declarações, mostra-se indispensável o exame do princípio da presunção de inocência, que se encontra previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição.

Compondo a temática central da presente dissertação, o princípio-garantia da ampla defesa - caudatário do devido processo legal, assim como ocorre em relação ao princípio do contraditório - será examinado em seu desenho tridimensional: defesa técnica, a autodefesa e a defesa efetiva.

Objetivando possibilitar a melhor visualização do princípio da ampla defesa no Processo Penal, será necessário discorrer sobre a instrução criminal e os dispositivos do Código de Processo Penal que permitem a sua concretização, com ênfase para a audiência de instrução e realização do interrogatório, abordando-se, ainda, a defesa na fase recursal.

Delineado o contexto principiológico constitucional que, a um só tempo, caracteriza o Estado Democrático de Direito brasileiro e serve de bússola para o Processo Penal, como um todo, surge o momento de adentrar na seara da Justiça Penal negociada, no Brasil.

Nesse percurso, cabe perquirir sobre a base constitucional da justiça penal negociada, bem como a respeito da legislação que, inspirada no *plea bargaining* norte-americano, rege um verdadeiro microssistema de negociação penal brasileiro, ancorado no princípio da oportunidade regrada.

Apresentados os aspectos fundamentais da Lei 9.099/1999, bem como os elementos e requisitos pertinentes à composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo, fecha-se o ciclo relacionado à negociação penal no âmbito da criminalidade de menor potencial ofensivo, que abrange crimes de baixa e média lesividade.

Adentrando a esfera da realização de acordos em demandas criminais que envolvem a criminalidade organizada, o estudo sobre a colaboração premiada será verticalizado, inicialmente, realizando-se uma análise sobre a sua origem histórico-legislativa. Na sequência, será abordada a Lei 12850/2013 - Lei do Crime Organizado, especificamente, quanto ao procedimento aplicável à colaboração premiada; o resultado de emblemáticos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, inegavelmente, servirá de complemento para a melhor compreensão do procedimento de colaboração premiada.

Diante da clara influência do sistema norte-americano de negociação penal (*plea bargaining system*), será feita uma incursão nesse procedimento criminal, situando o momento e a forma adotados para sua concretização. Além disso, haverá a exposição das características, fundamentos e consequências do *plea bargaining* norte-americano e da colaboração premiada.

De início, já é possível afirmar que esses institutos se assemelham, porquanto ambos se realizam entre acusação e defesa, com o objetivo de, cumpridos determinados requisitos, serem concedidos benefícios ao acusado, tendo por objetivo a solução célere de demandas criminais. Entretanto, será necessária uma análise mais detalhada sobre as características dos referidos acordos penais para se obter uma conclusão quanto à ocorrência - ou não - de total identidade entre ambos e da importação, pura e simples, do *plea bargaining* sob o rótulo de colaboração premiada.

Como ponto crucial para obter resposta a essa indagação, merecerá atenção o nível de discricionariedade atribuído ao Ministério Público na celebração de acordos penais, o que poderá servir de base, também, para uma adequada conclusão quanto a alguns pontos polêmicos em torno da ampla defesa na colaboração premiada, segundo o procedimento da Lei 12.850/2013.

Nesse ponto, caberá proceder ao examine de temas polêmicos que giram, essencialmente, em torno do pacto de imunidade e consistem no seguinte: a possível inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; equivalência entre a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada com pacto de não denúncia e a decisão de arquivamento de inquérito policial;

indagações sobre a existência de segurança jurídica no acordo de leniência antitruste, especificamente, quanto à real obtenção dos “prêmios” de não persecução penal e suspensão da prescrição obtidos.

Por fim, serão apresentadas críticas feitas pela doutrina contra a utilização da colaboração premiada, no sistema de Justiça Penal brasileiro, e que se fundamentam, basicamente, na alegação de inobservância de princípios e garantias fundamentais. Em especial, neste último tópico, caberá a abordagem das críticas pertinentes ao (não) exercício da ampla defesa no procedimento negocial previsto na Lei 12.850/2013.

Com base em toda pesquisa realizada, pretende-se obter um direcionamento - favorável ou contrário - quanto à possibilidade de concretização da garantia da ampla defesa na colaboração premiada, considerando o sistema jurídico-constitucional vigente, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito brasileiro.

CAPÍTULO 1 - A AMPLA DEFESA COMO UM DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A compreensão dos princípios constitucionais se mostra indispensável para viabilizar a adoção de uma melhor interpretação e aplicação das normas que orientam o Processo Penal, permitindo a concretização de garantias fundamentais específicas desse conjunto de procedimentos voltado à aplicação da Lei Penal.

No Brasil, o texto constitucional de 1988 prevê os direitos e garantias fundamentais, de modo nuclear, no Título II - dos direitos e garantias fundamentais -, Capítulo I - dos direitos e deveres individuais e coletivos -, artigo 5º¹. Este último revela um dispositivo constitucional com teor bastante detalhado e extenso, composto por 78 incisos, muitos deles subdivididos em alíneas, letras e/ou parágrafos.

Outrossim, segundo o dispõe o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal², os direitos e garantias fundamentais que compõem o catálogo constitucional estão contidos dentro e fora do texto constitucional. Neste último caso, em virtude do regime ou de princípios adotados pela Constituição de 1988, direitos e garantias fundamentais podem ser encontrados em outros textos legais, inclusive, em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

1.1 Conceito e características essenciais dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais³ possuem como traço marcante a historicidade, traduzida pela sua evolução no tempo, impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face

¹ O artigo 5º da Constituição Federal, *caput*, materializa o seguinte enunciado normativo: "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: (...)".

² Art. 5º, §2º, da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

³ Numa linguagem clara e sintética, sem perder a necessária abrangência sobre o tema, Vidal Serrano Nunes Júnior assim conceitua direitos fundamentais: "Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação." (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano.

de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir se afirmando gradualmente – e em razão de novas feições assumidas pelo poder.

Para ilustrar essa característica da historicidade, pode ser citada a proibição das penas de caráter perpétuo, que já era prevista na Constituição anterior, porém, limitava-se à seara penal, o que evoluiu com a Constituição de 1988, onde se estendeu essa garantia ao âmbito das sanções administrativas. Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal admitiu, até 2004, a extradição para o cumprimento de pena perpétua (Ext. 855, julgada em 26.08.2004), como salientam Mendes, Coelho e Branco⁴.

Apesar da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, uma outra característica, é possível exercê-los com restrições, com um objetivo tolerado ou permitido pela ordem constitucional. Trata-se, como afirmado por Mendes, Coelho e Branco⁵, de uma autolimitação voluntária e que guarda relação razoável com a finalidade que se tem em vista com a renúncia. Nessa linha, por exemplo, é possível a restrição à liberdade de expressão mediante imposição contratual de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão.

A imprescritibilidade caracteriza, também, os direitos fundamentais, porquanto não há prazo para exercê-los. Além disso, o seu caráter de inalienabilidade/indisponibilidade decorre do fato de existir, na sua base, o valor da dignidade da pessoa humana – o homem não pode deixar de ser homem; sendo homem, indubitavelmente, não tem como abrir mão da dignidade humana.

Visualiza-se esta característica da inalienabilidade dos direitos fundamentais na vedação constitucional da comercialização de partes ou funções vitais do corpo, preservando o direito fundamental à integridade física.

Pode-se afirmar que a constitucionalização dos direitos fundamentais figura como uma característica importante, sendo revelada pela inserção das normas correlatas no texto constitucional.

A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 36).

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 232.

⁵ Ibid., p. 234.

1.2 Classificação dos direitos fundamentais a partir da teoria geracional

A teoria geracional dos direitos fundamentais foi idealizada pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak⁶ que, em 1979, na aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, afirmou existirem três gerações de direitos fundamentais.

De acordo com essa categorização clássica, existem direitos da primeira, segunda e terceira gerações, que se sucederam num processo cumulativo e qualitativo, correspondendo, respectivamente, ao lema revolucionário do Século XVIII – liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração); a Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁷, portanto, constitui o marco da teoria geracional.

Em síntese, considerando-se o painel histórico dos direitos fundamentais, é possível afirmar que, entre o absolutismo e o liberalismo, situaram-se os direitos fundamentais de primeira geração; com a revolução industrial, posteriormente, nasceram os direitos fundamentais da segunda geração; os direitos fundamentais difusos, por fim, revelaram a terceira geração, advinda do pós-guerra.

A mencionada teoria geracional clássica, então, desenvolveu-se com base na classificação dos direitos fundamentais conforme sua época de surgimento e o seu caminhar na história. A partir desse painel, que teve como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, traçou-se o percurso dos direitos fundamentais, relacionando-os ao contexto cultural e histórico, bem como às necessidades dos indivíduos em face do Estado.

Não se constata, na ideia trazida pela teoria geracional de direitos fundamentais, a sucessão de uma geração por outra, no sentido de substituição, mas, sim, um verdadeiro somatório de novos grupos (gerações) de direitos fundamentais advindos do contexto social e histórico em que surgiram, preservando-se os conjuntos (gerações) já existentes.

Depreende-se desse cenário que a sequência apresentada na teoria geracional clássica, dos direitos individuais para os difusos, decorreu do contexto adotado como base pelos estudiosos, à época, o que não inutiliza, por si só, a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

⁶ VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe. **Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet**. Genève, La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 837-850, ad. 837. (Tradução nossa).

⁷ Disponível em: [<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>]. Acesso em: 19 nov. 2018.

Adepto do termo “dimensão” ao invés de “geração” de direitos fundamentais, Paulo Bonavides defende a existência de uma 4ª e 5ª dimensões subsequentes de direitos fundamentais, cuja composição decorre da evolução histórica e social de cada Estado, tendo como bússola a dignidade da pessoa humana em uma perspectiva global. Sob essa perspectiva, o mencionado autor assevera que a 4ª dimensão de direitos fundamentais é composta pelo direito à democracia (direta, necessariamente), direito à informação e pelo direito ao pluralismo⁸.

No pertinente à 5ª dimensão de direitos fundamentais, afirma Paulo Bonavides que se trata do direito à paz que, na visão originária da teoria geracional, encontrava-se inserido no rol dos direitos da fraternidade, ou seja, na 3ª geração; sua trasladação para a 5ª geração, contudo, faz-se necessária para afirmar a inclusão da paz no âmbito da normatividade jurídica, o que configura um grande avanço na teoria dos direitos fundamentais⁹.

1.3. Princípios constitucionais que regem o sistema processual penal, no Brasil

O Processo Penal é o conjunto de princípios e regras que regulam a aplicação do Direito Penal, abarcando as atividades persecutórias da polícia judiciária, a estruturação dos órgãos de função jurisdicional e dos respectivos auxiliares. Sua finalidade precípua consiste em instrumentalizar o exercício da jurisdição penal na solução de conflitos, em busca da almejada paz social.

Nesse percurso, devem ser observados princípios constitucionais orientadores do Estado Democrático de Direito, tanto aqueles relacionados ao Processo Penal, quanto os pertinentes ao Direito Penal, tendo em vista a intrínseca relação entre ambos. Além do papel orientador do sistema jurídico penal e processual penal, esses princípios constitucionais

⁸ Para Paulo Bonavides, o termo “dimensão”, ao invés de “geração”, denota a convivência de direitos fundamentais acumulados ao longo do tempo e em dimensões diversas, todos com sua eficácia preservada e tendo por finalidade a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 571).

⁹ Desenvolvendo esse percurso cognitivo, Paulo Bonavides preconiza: "A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração". (Ibid., p. 583).

servem de balizas que limitam e norteiam a legislação e a atuação jurisdicional, indo além da mera função de instrumentos técnicos de solução de conflitos penais.

Revela-se importante destacar que nem todos os princípios orientadores da tutela penal estão explícitos na Constituição, encontrando-se alguns deles permeados entre previsões implícitas que, por sua vez, decorrem de normas constitucionais explícitas¹⁰.

Segundo Giacomolli¹¹, a dignidade da pessoa humana se posiciona como eixo da interpretação constitucional sistemática, sendo de observância obrigatória no âmbito interno e no ordenamento internacional, cujos primórdios se encontram na declaração norte-americana de independência, de 1776, e na declaração francesa de direitos do homem e do cidadão, de 1789; atribui-se, mais recentemente, à Carta da Organização das Nações Unidas - ONU, de 1945, o início da sistematização de regras universais protetivas de direitos humanos e liberdades fundamentais.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana encontra previsão no artigo 1º, III, da Constituição¹², traduzindo-se como verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito, que serve de bússola e, a um só tempo, agente limitador do ordenamento jurídico. A propósito, Marco Antonio Marques da Silva¹³ afirma que a dignidade da pessoa humana constitui princípio fundamental; o papel desse princípio consiste, essencialmente, em informar os demais princípios constitucionais.

A noção de dignidade da pessoa humana envolve um valor intrínseco, relacionados à ideia de preservação da vida, abarcando a incolumidade física e psíquica do indivíduo, bem como um valor extrínseco, pertinente à integração desse indivíduo na sociedade da qual participa.

¹⁰ Nessa linha de reflexão, Cláudio José Langroiva Pereira considera que, “[...] de forma mais ampla, a Carta Constitucional, estabelecida com base em valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito, traz valores culturais, sociais, políticos, jurídicos, administrativos, estabelecidos através de princípios norteadores de garantias e condutas, formando o núcleo fundamentador da Constituição, que também alimentam todo o sistema jurídico dela decorrente.” (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-penal e direitos universais**: tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 82-83).

¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. P. 3-5.

¹² Constituição Federal, artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

¹³ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Cidadania e Democracia**: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. Coordenador Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009, p. 228.

Nesse cenário, a proteção à dignidade da pessoa humana constitui objeto dos direitos fundamentais, “à luz de uma análise do indivíduo em si e na sua relação com o meio social”¹⁴, encontrando seus fundamentos jurídicos no ordenamento nacional, com destaque para a Constituição, bem como em normas de direito internacional que integram esse ordenamento interno, como é o caso dos tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

Uma interpretação adequada do princípio da dignidade da pessoa humana exige uma postura aberta às transformações e à realidade social, desbordando do embate clássico entre limites do Estado e direitos individuais, considerando como métrica da igualdade substancial a tão só condição de ser humano, o que é inerente a todas as pessoas, independentemente de raça, crença, condição social ou gênero.

A Constituição, no artigo 5º, §§2º ao 4º¹⁵, autoriza a incidência das normas internacionais de direitos humanos que constem de tratados incorporados ao ordenamento jurídico interno, conferindo-lhes a hierarquia de emenda constitucional quando sua incorporação tiver ocorrido sob a sistemática adotada para a aprovação desta espécie normativa.

Apesar da ressalva quanto ao procedimento legislativo qualificado, atinente às emendas constitucionais, há de se propiciar a maximização dos direitos fundamentais, aplicando-se os tratados internacionais sobre direitos humanos que tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico pelo procedimento legislativo ordinário, anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004¹⁶.

¹⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 33.

¹⁵ Constituição Federal, Artigo 5º:

“(…)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)”.

¹⁶ Indo além, Giacomolli assevera que: “No âmbito criminal, a situação se apresenta de forma clara e objetiva: a convencionalidade internacional prepondera sobre as regras internas do CP e do CPP. É o que se infere do art. 1º, I, do CPP (‘o processo penal reger-se-á, em todo território brasileiro, por este Código, ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional’). Semelhante disposição está contida no art. 5º do CP (‘aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional’).” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 19).

Veiculando a preocupação em potencializar o sistema protetivo de direitos humanos, assegurando o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, a reforma do Poder Judiciário (efetivada por meio da Emenda Constitucional 45/2004), introduziu o inciso V-A no artigo 109 da Constituição¹⁷ atribuindo à Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas relativas a graves violações a direitos humanos.

Trata-se de inovação constitucional que, considerando as peculiaridades internas, locais e regionais, prevê a instauração de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, a ser suscitado em qualquer fase do inquérito ou processo sobre grave violação a direitos humanos, a requerimento do Procurador-Geral da República, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça a respectiva apreciação.

Na esfera processual penal, a dignidade da pessoa humana adentra como “um limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não violação das esferas de dignidade, de não aceitação de violação, bem como positivo ou precaucional, de respeito e efetivação da dignidade”¹⁸.

Sob este enfoque, sendo o ser humano o titular dos direitos humanos, a proteção da sua dignidade deve ser assegurada em um contexto global, observando a normatividade interna e internacional, independentemente do Estado de origem do indivíduo; considera-se a sua condição de pessoa humana, portanto, qualquer que seja o ente político que esse indivíduo integre, independentemente de raça, crença, condição social ou gênero.

Constituindo uma das vigas-mestras do Estado Democrático de Direito, tem-se o princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal, por meio do seguinte enunciado normativo: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para a concretização desse princípio constitucional, impõe-se a observância dos preceitos de igualdade e justiça, indo além da obediência formal ao processo legislativo previsto constitucionalmente. Ao interpretar essa situação de modo diverso, legalidade e legitimidade se desidentificam, viabilizando-se a existência de um Estado injusto e/ou

¹⁷ Constituição Federal, artigo 109: Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5o deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

¹⁸ GIACOMOLLI, Nereu José, 2016, op. cit., p. 14.

desigual, embora fundado em um regramento legal criado por órgãos de representação popular e conforme procedimento constitucionalmente fixado¹⁹.

Assim, a observância do princípio da legalidade propicia o acesso à Justiça e a devida proteção contra abusos advindos de interesses privados²⁰, a partir do momento em que somente a lei define as condutas de observância obrigatória e, mais ainda, apenas a lei estabelece delitos e penas, como se extrai do princípio da reserva legal. Este último, apesar da aparente identidade, constitui princípio distinto do princípio da legalidade e se revela de suma importância na proteção das garantias constitucionais atinentes ao Processo Penal.

Com efeito, o princípio da reserva legal se encontra previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição²¹ e veda a existência de crime sem lei anterior que o defina, bem como de pena sem prévia cominação legal²². Trata-se de reserva absoluta de lei, cabendo ao Estado (legislador) a legitimidade exclusiva para definir delitos e penas, sendo vedada a respectiva delegação a outrem. Ademais, depreende-se do termo “anterior”, contido no dispositivo constitucional em comento, que a definição do delito e da pena correspondente deve ocorrer em momento anterior à prática delitiva.

Na aplicação do Direito Penal, igualmente, há um monopólio do Estado, o que não se questiona quanto aos delitos de ação penal pública, que demandam a presença do órgão estatal desde o início, porquanto o Ministério Público detém a legitimidade para a respectiva propositura.

Quanto aos denominados delitos de ordem privada, cuja ação penal se origina da voluntariedade do particular, uma vez proposta a ação, o Estado passa a atuar por meio dos seus representantes, afastando-se a possibilidade de autotutela; a aplicação da lei penal não decorre do interesse privado, unicamente, sendo imprescindível a atuação judicial do Estado para conferir legalidade e legitimidade à postulação privada originária.

¹⁹ Como assevera José Afonso da Silva: “O princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 428).

²⁰ Acerca do monopólio, ou limitação, da aplicação do Direito Penal pelos órgãos Estatais, Cláudio José Pereira assevera que: “Visto sob este aspecto, o princípio da legalidade justifica a existência de órgãos da administração pública, por estes servirem aos chamados interesses gerais, submetendo-se inteiramente à lei, sendo que na execução de uma decisão legítima, obtida por meio de processos legalmente previstos, realizados por órgãos juridicamente competentes, a lei surgirá como limite e forma de atuação”. PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 5-6.

²¹ Constituição Federal, artigo 5º, XXXVII: não haverá juízo ou tribunal de exceção.

²² “Art. 5º, XXXIX, da Constituição: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Outra oportunidade em que se revela a exclusividade do Estado na aplicação do Direito Penal pode ser visualizada no artigo 5º, XXXVII, da Constituição, pertinente à vedação de juízo ou tribunal de exceção, o que garante a submissão do agente delitivo a julgamento perante órgão legal e legitimamente investido na função jurisdicional. Assim, como ensina Cláudio José Pereira, "surge o processo com a pretensão de ser o meio instrumental de garantia da legalidade mais adequado na obtenção de um resultado final, resguardados os direitos do acusado, na aplicação do Direito Penal pelos tribunais"²³.

Como princípios complementares ao princípio da legalidade, José Afonso da Silva²⁴ aponta os seguintes, previstos no art. 5º da Constituição e que constituem, caracteristicamente, garantias do próprio regime de legalidade, segundo o autor: retroatividade da lei penal mais benéfica - favor rei - (inciso LV)²⁵; inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV)²⁶; proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; irretroatividade das leis (inciso XXXVI)²⁷.

Dentre esses princípios complementares supramencionados, merece destaque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, destinado a verificar a conformidade legal do ato ou atividade estatal e que se concretiza com base na garantia de acesso ao Judiciário; sem esse controle jurisdicional, indubitavelmente, o conteúdo do princípio da legalidade restaria esvaziado.

De suma importância para o desenvolvimento do Processo Penal, destaca-se o princípio do devido processo legal.

Atualmente insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição²⁸, o princípio do devido processo legal encontra sua base no princípio da legalidade e, não por acaso, é classificado

²³ Acerca do monopólio, ou limitação, da aplicação do Direito Penal pelos órgãos jurisdicionais do Estado, arremata o referido autor: "Visto sob este aspecto, o princípio da legalidade justifica a existência de órgãos da administração pública, por estes servirem aos chamados interesses gerais, submetendo-se inteiramente à lei, sendo que na execução de uma decisão legítima, obtida por meio de processos legalmente previstos, realizados por órgãos juridicamente competentes, a lei surgirá como limite e forma de atuação." (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 8).

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 432-433.

²⁵ Constituição Federal, artigo 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁶ Constituição Federal, artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁷ Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

²⁸ Constituição Federal, artigo 5º, LVI: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal".

como princípio constitucional geral, traduzindo-se como verdadeiro alicerce de todo o sistema processual, abrangendo as esferas penal, civil e administrativa.

No pertinente ao âmbito de proteção na esfera penal, o devido processo legal é aplicável a todos que forem submetidos a processo penal, inclusive, quando se tratar de pessoas jurídicas. Em relação a estas, será necessário proceder a adaptações que viabilizem a efetiva observância desse princípio constitucional, sob o ângulo de determinadas garantias processuais que, pela própria natureza, são inaplicáveis, diretamente e sem adaptações, ao ente corporativo²⁹.

Segundo a norma positivada na Constituição, o princípio constitucional do devido processo legal assegura que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens, sem um processo orientado por normas constitucionais e legais, previamente estabelecidas, acerca do respectivo procedimento.

Em que pese à referência textual à proteção aos direitos de liberdade e propriedade, inserida no artigo 5º, LVI, da Constituição, o princípio constitucional do devido processo legal abarca, inexoravelmente, a proteção a outros direitos fundamentais e, em especial, aos direitos humanos, que constituem fundamento da ordem jurídica e base estruturante do Estado Democrático de Direito.

Por meio do princípio do devido processo legal, é possível alcançar a pretendida otimização e maximização dos direitos fundamentais, na medida em que a sua fiel observância impede a adoção de procedimentos que diminuam ou aniquilem seus efeitos, desde a feitura da lei, passando pela sua aplicação, até a execução.

No caminho com destino à maximização e otimização dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta, a um só tempo, como vetor, objeto e limite a ser considerado para se aferir a satisfação do princípio do devido processo legal; revela-se, portanto, inevitável a inclusão das normas internacionais sobre direitos humanos no catálogo de fontes a serem utilizadas, dialogicamente, com as normas constitucionais e ordinárias, a fim de propiciar um devido processo constitucional e convencional³⁰.

²⁹ Sobre o tema, é pertinente a referência a Giacomolli: “Carece o Brasil da elaboração de um estatuto processual penal da pessoa jurídica e de um *bill of rights* dos entes corporativos. Diante da inexistência de uma normatização própria, o conteúdo e a funcionalidade dos direitos, princípios e garantias aplicáveis às pessoas físicas enquanto lesadas ou imputadas devem ser aplicados aos entes jurídicos, salvo impossibilidade tática (liberdade ambulatorial, v.g.), atendendo-se às especificidades corporativas.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 110).

³⁰ CF, art. 5º (...):

Cabe enfatizar que a observância aos direitos fundamentais não possui o condão de incrementar a impunidade, tratando-se de imposição constitucional vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana que, uma vez colocada na posição de sujeito passivo em um processo penal, não se traduz em mero objeto deste. O acusado de prática delitiva mantém incólume a sua condição de ser humano, pela sua própria essência, sendo sujeito de direitos e, como tal, deve ser respeitado e submetido a um processo penal devido, cujo resultado advém dos fundamentos fáticos e jurídicos que levaram à formação do convencimento do julgador.

À vista desse contexto, não há que se falar em fomento à impunidade quando, por meio de sentença absolutória ou extintiva de punibilidade, obtém-se resultado diverso da condenação penal e que decorreu da observância dos princípios fundamentais; pode-se afirmar, porém, que a sua inobservância gera ofensa aos princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, inquinando de nulidade o processo correlato.

Assim, ultrapassando a barreira da normatividade ordinária e oferecendo a base estrutural do Estado Democrático de Direito, o devido processo resulta da filtragem constitucional e convencional, com o que se mostra apto a proteger os direitos humanos e fundamentais, concretamente. Essa proteção ocorre, na visão de Nereu José Giacomoli, "por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional"³¹.

Como consectário lógico do devido processo legal, tem-se o princípio do contraditório, também conhecido como princípio de audiência³², classificado como princípio constitucional processual pertinente à relação processual e que tem por finalidade garantir a efetiva participação do réu no processo.

Previsto no artigo 5º, LV, da Constituição, o princípio do contraditório vai além da garantia de mera participação formal no processo - judicial e administrativo, assegurando a concreta possibilidade de manifestação do acusado sobre os fatos e provas constantes dos autos, aduzidos e produzidos, respectivamente, pela parte acusatória.

"§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99.

³² Ibid., p. 181.

Sem dúvida, para que possa, manifestar-se no processo, legitimamente, o réu deve ser cientificado de todos os atos praticados, qualquer que seja o meio de comunicação processual utilizado - citação, intimação, notificação -, o que, via de regra, ocorre na pessoa do respectivo defensor. Com isso, garante-se o direito de defesa, inclusive, ao réu ausente.

A devida comunicação dos atos e termos do processo viabiliza o exercício da defesa técnica pelo advogado do réu, fator este indispensável para o exercício do contraditório - e, conseqüentemente, da ampla defesa; diz-se, então, que o princípio do contraditório se caracteriza por dois elementos: ciência dos atos processuais e possibilidade equilibrada de contraposição destes atos³³.

Como instrumento constitucional que possibilita a aplicação do Direito de forma mais segura e legítima, o princípio do contraditório³⁴ garante o reconhecimento de inconstitucionalidade de provimento jurisdicional oriundo de processo em que o réu permaneceu indefeso, devido à inobservância desse princípio fundamental.

Evidencia-se, portanto, que a ciência dos atos e termos processuais, bem como a possibilidade de reação, de resposta às teses apresentadas, deve ser observada em relação a ambas as partes, não se tratando de garantia exclusiva do réu, sob pena de ofensa, também, ao princípio da igualdade. Cabe ao legislador garantir densidade normativa adequada ao princípio-garantia do contraditório, a fim de assegurar sua concretização formal (ciência) e substancial (participação efetiva), tornando possível uma contraposição equilibrada aos atos processuais praticados.

Dentro desse cenário, importante questão se refere à possibilidade de acesso do acusado às peças do inquérito policial.

Com efeito, o réu tem o direito de conhecer as provas existentes no processo, bem como de ser intimado de todos os atos processuais para que possa efetivar o contraditório; esse direito de acesso às provas se estende, inclusive, aos procedimentos investigatórios³⁵.

³³ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 16.

³⁴ Como reforça Cláudio José Pereira: “Sob esta ótica, a figura do contraditório supõe a oportunidade oferecida à parte de defender o direito almejado, apresentando e contrapondo-se às provas, em claro exercício do já mencionado direito à ampla defesa, podendo manifestar-se sobre todos os fatos imputados de forma isonômica, ou seja, intimamente ligado ou, até podendo dizer-se, representativo do princípio da igualdade.” (Ibid.).

³⁵ A propósito, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em 02/02/2009, a Súmula Vinculante nº14, redigida nos seguintes termos: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2018).

Destaque-se que esse direito de acesso às provas constantes do inquérito policial não abarca medidas cautelares em curso, nem qualquer outra medida ainda não documentada nos autos, sob pena de prejudicar o desenvolvimento das investigações. Outrossim, uma vez produzidos e materializados no inquérito policial, os elementos probatórios extraídos das diligências investigativas decorrentes das medidas cautelares - e outras - devem ser disponibilizados às partes.

A propósito, a ausência de contraditório no inquérito policial justifica a vedação legal à condenação lastreada, unicamente, nas provas produzidas nesse procedimento³⁶; exige-se, inegavelmente, que o decreto condenatório tenha por fundamento a análise de provas produzidas durante a instrução criminal e, obviamente, submetidas ao contraditório, sob pena de nulidade absoluta.

Inegavelmente, cabe ao julgador assegurar a observância do princípio do contraditório que, quando garantido ao acusado, insere-se na efetividade constitucional da ampla defesa.

Também, de observância obrigatória no Processo Penal, conhecido como princípio da não-culpabilidade ou do estado de inocência, o princípio da presunção de inocência vem previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição, onde se afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Consiste, assim, em princípio constitucional processual explícito, pertinente ao indivíduo.

Em razão desse princípio constitucional, os acusados são, presumidamente, inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; exige-se, portanto, para afastar a presunção em comento, que tenha havido a regular produção de provas, em Juízo, observadas as regras de legalidade e legitimidade, culminando na formação do convencimento do juiz pela existência de prova suficiente da materialidade do delito, autoria e culpa (sentido amplo) do réu.

A ressalva quanto à submissão da prova ao contraditório em Juízo se faz necessária para afastar eventual conclusão pela culpa (condenação) do réu com base, exclusivamente,

³⁶ Outrossim, tal circunstâncias como bem adverte Cláudio José Pereira: "[...] constitui fundamento suficiente ao não aproveitamento das provas ali produzidas, em eventual procedimento penal que possa vir a se seguir, salvo nos casos ligados às provas técnicas de colheita necessariamente imediata, em razão da impossibilidade posterior de produzi-las, como nos casos de exame de corpo de delito e outras perícias em geral, envolvendo características que podem vir a se perder com o decorrer do tempo." (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 17, nota 27).

em elementos probatórios obtidos na fase investigatória³⁷, circunstância esta que, além de afrontar o princípio da presunção de inocência, ofende os princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa.

Infere-se que o princípio de que “na dúvida se beneficiará o réu”- *in dubio pro reo* - guarda estreita relação com o princípio da presunção de inocência, sendo ambos norteados pela dignidade da pessoa humana e, ainda, de extrema importância na valoração da prova produzida no curso do processo.

Ainda nessa linha, caberá ao autor da ação penal o ônus de provar a materialidade e a autoria do fato delituoso, cabalmente, sob o risco de se instalar a dúvida no julgador e ser absolvido o réu, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*³⁸; o princípio da presunção de inocência garante, portanto, a impossibilidade de inversão do ônus da prova no Processo Penal e de autoincriminação do réu, relacionando-se, ainda, ao direito ao silêncio.

Portanto, a imposição do decreto condenatório exige um juízo de certeza, lastreado em prova suficiente para afastar, peremptoriamente, a dúvida razoável que mantém intacta a presunção de inocência³⁹.

Constata-se, então, que o ponto de partida, no tratamento dos acusados e suspeitos, é a inocência e não a culpabilidade, diferentemente do que ocorria no sistema inquisitorial, razão pela qual o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal⁴⁰ deve ser interpretado à luz do princípio-garantia da presunção de inocência, direcionando-o, exclusivamente, à acusação quanto ao ônus de provar a culpa do réu; a previsão ali contida,

³⁷ Art. 155 do Código de Processo Penal: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

³⁸ Art. 385, VII, do Código de Processo Penal: "não existir prova suficiente para a condenação".

³⁹ A propósito, sintetiza Giacomolli: "No âmbito do Processo Penal, há exigência de um máximo de adequação probatória para afastar o estado de inocência e não uma mínima ou duvidosa idoneidade. A suficiência não se infere da quantidade probatória, mas de seus elementos qualitativos, de sua adequação fatctível à universalidade do que dos autos consta, bem como de sua filtragem constitucional e convencional. Sem isso, não haverá juízo condenatório válido e nem tutela jurisdicional efetiva". (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124).

⁴⁰ Art. 156 do código de Processo Penal: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

de iniciativa probatória do juiz, portanto, não deve ensejar a assunção desse ônus pelo jogador de forma aleatória.

Na verdade, não há uma vedação absoluta à produção de prova de ofício pelo juiz, mas essa determinação deve decorrer de uma necessidade peremptória revelada no caso concreto, a fim de afastar dúvida sobre ponto relevante, subsidiando a formação do convencimento do julgador, juntamente com os demais elementos do conjunto probatório existente.

Muito menos se pode considerar essa atuação excepcional do juiz como destinada ao mero suprimento da omissão do órgão acusador, o que levaria à inaceitável postura inquisitorial; trata-se, observada a adequação e proporcionalidade da medida, da busca da realização da Justiça, viabilizando-se, inclusive, uma sentença absolutória que impeça penalidades na esfera civil, em razão dos mesmos fatos - o que pode ser inviável por meio da absolvição por insuficiência de provas.

É relevante atentar para o fato de que a presunção de inocência se espraia para além das regras probatórias que levam à formação do convencimento do julgador, incidindo, ainda, por ocasião da dosimetria da pena. Nesta fase processual, impõe-se a observância do princípio-garantia em tela para exigir prova suficiente quanto aos fatos relacionados às circunstâncias judiciais, agravantes e causas de aumento de pena que possam ensejar agravamento da situação do condenado; havendo dúvida, portanto, a circunstância judicial deve ser interpretada de modo favorável ao condenado.

Sob essa perspectiva, a tão só existência de registros negativos em folha de antecedentes criminais, ainda que se apresentem em montante expressivo, não autoriza uma conclusão pela fixação da pena-base acima do mínimo legal. Frise-se que não se trata de conferir uma blindagem ao réu que possui extensa "folha corrida", porquanto há possibilidade de valoração negativa desses elementos, segundo a sua conduta social e/ou personalidade⁴¹; há, ainda, viabilidade de se considerar os registros constantes da folha de antecedentes criminais como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva do réu, a fim de garantir a ordem pública, nos termos do Código de Processo Penal⁴².

⁴¹ CP, art. 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)".

⁴² CPP, art. 312: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

Inegavelmente, somente com a devida observância das circunstâncias concretas é possível conformar a decisão judicial ao princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro postulado essencial da ordem constitucional, inserido no artigo 1º, III, da Constituição. De outro modo, a opção por uma “fórmula apodítica, que enseja diferentes concretizações às diversas situações da vida, certamente, não se deixa compatibilizar com o princípio da dignidade humana”⁴³.

Envolvendo a noção acerca da origem e do conteúdo da prova, o princípio da licitude da prova, previsto na Constituição Federal, artigo 5º, LVI⁴⁴, compreende suas exigências extrínsecas - ligadas a características de tempo, lugar e modo de sua obtenção - , assim como requisitos intrínsecos - pertinentes à ausência de vícios de produção ou de natureza, como dolo, erro ou imoralidade de seus meios⁴⁵.

Provas lícitas são aquelas admitidas com base na lei e na Constituição, havendo liberdade quanto à respectiva produção no Processo Penal, de modo geral, salvo se causarem ofensa à dignidade da pessoa humana; serão ilícitas, então, as provas que violem a lei, bem como a Constituição, ofendendo direitos e garantias fundamentais.

Sendo ilícitas, as provas obtidas deverão ser desentranhadas do processo⁴⁶, mediante incidente próprio do qual as partes podem participar. Igualmente, devem ser desentranhadas do processo as provas derivadas da prova ilícita - as chamadas provas ilícitas por derivação.

No pertinente à ilicitude por derivação, a prova, em si, é lícita, mas a sua origem corresponde a uma prova ilícita, que a contamina. Esse conceito tem por base a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cuja aplicação tem sofrido mitigação devido à possibilidade de incrementar a impunidade, porquanto o seu alargamento pode ensejar a nulidade da ação penal, sob a alegação genérica de que a prova ilícita existente no início do procedimento contaminou todos os atos subsequentes.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 602.

⁴⁴ CF, art. 5º, LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

⁴⁵ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26.

⁴⁶ CPP, art. 157: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". (Redação dada pela Lei no 11.690, de 2008).

Fundamentando essa mitigação quanto à prova ilícita por derivação, apresentam-se as teorias da fonte independente (*independant source*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), ambas, também, de origem norte-americana⁴⁷.

Esse abrandamento da teoria dos frutos da árvore envenenada é possível quando se constata a existência de provas autônomas, obtidas por meio de fontes independentes daquela pertinente à prova ilícita, bem como em situações de descoberta inevitável da prova. Nessas duas situações, é possível admitir-se o uso da prova tida como ilícita por derivação, por ser inexistente um nexo de causalidade entre esta e a prova ilícita.

No Brasil, após a reforma promovida pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008⁴⁸, o Código de Processo Penal⁴⁹, delimitou o conceito de prova ilícita, previu uma espécie de incidente de desentranhamento dessa prova - que deve ocorrer após a preclusão da decisão que reconhece a ilicitude e determina o desentranhamento, bem como trouxe as exceções que viabilizam o aproveitamento da prova ilícita por derivação, na linha do entendimento extraído das teorias norte-americanas supramencionadas.

A comprovação da ausência de nexo causal entre a prova lícita e a fonte ilícita constitui ônus da acusação, porquanto a regra é a inadmissibilidade da prova ilícita, ainda que se trate de ilicitude por derivação. Essa comprovação da configuração de situação excepcional, que autorize a utilização da prova ilícita por derivação, deve ser cabal e com base nos fatos apresentados no caso concreto, sendo insuficientes meras conjecturas hipotéticas, de cunho genérico.

De acordo com Mendes, Coelho e Branco⁵⁰, a Suprema Corte norte-americana, diversamente do Supremo Tribunal Federal, diferencia a prova ilícita produzida pelo Estado-acusador daquela produzida pela defesa, a fim de aceitá-la, neste último caso, ao fundamento

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 606, nota 349.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴⁹ CPP, art. 157: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 606.

de que a vedação da produção de prova por meio ilícito se destinaria, apenas, ao Estado. Entretanto, tal diferenciação não se justifica, porquanto os direitos fundamentais vinculam o Estado e o particular, sendo, portanto, inadmissível a produção de prova por meio ilícito para ambas as partes.

No cenário jurídico brasileiro, ainda que se alegue desconhecimento da violação a direitos fundamentais na produção da prova - ilícita, portanto -, há de se rejeitar a sua utilização, mesmo que se apresente como necessária para a comprovação da autoria delitiva; revelando-se impossível a comprovação do fato delituoso sem a prova ilícita, indiscutivelmente, impõe-se a absolvição por insuficiência de provas.

Entender de modo diverso ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana⁵¹, bem como a garantia constitucional do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência, sob o singelo argumento de que houve boa-fé no momento da produção ilícita da prova.

Portanto, a sanção constitucional-processual da inadmissibilidade da prova ilícita é relativa para a defesa, em face do princípio *in dubio pro reo*, e absoluta em relação à acusação, que não poderá aproveitá-la, fora das exceções legais mencionadas, nem mesmo sob o manto da proporcionalidade, tendo em vista a superação do mito da verdade real e a maximização dos direitos e garantias fundamentais no Processo Penal.

Em face do quadro até aqui delineado, é possível afirmar que os princípios constitucionais atuam como normas embasadoras e informativas do ordenamento jurídico; limitam e, concomitantemente, norteiam a atuação do Estado, de modo a concretizar garantias constitucionais e salvaguardar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição.

⁵¹ A propósito, conforme preleciona Cláudio José Pereira: “As provas obtidas por meios ilícitos ou aquelas ilícitas por sua própria natureza não serão e não podem ser admitidas como fonte de convencimento do julgador, em prática que violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, sem garantir direitos individuais previstos constitucionalmente. Teríamos um livre arbítrio na consideração de provas com o fim de convencimento, quando, na verdade o que se espera é a livre apreciação, respeitados os limites legais legitimamente impostos.” (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 24).

1.4 O princípio da ampla defesa

Segundo a teoria geracional dos direitos fundamentais, a garantia da ampla defesa encontra-se na primeira geração – ou dimensão -, que é composta pelos denominados direitos de liberdade. De extrema importância para o estudo do processo e do procedimento, trata-se de princípio caudatário do devido processo legal, assim como ocorre em relação ao princípio do contraditório.

Após aderir ao Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizando-o por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992⁵², o Brasil reafirmou a adoção do princípio da ampla defesa, assim como do princípio do contraditório, ambos intimamente ligados entre si e com o princípio do devido processo legal.

No atual texto constitucional, a garantia ao exercício da ampla defesa vem prevista no núcleo fundamental do artigo 5º, LV, ao lado da garantia ao exercício do contraditório, devendo ser observada em processos judiciais ou administrativos, com os meios e recursos a ela inerentes, o que constitui uma ampliação do âmbito de proteção dessa garantia.

1.4.1 A abrangência do princípio-garantia da ampla defesa - plenitude de defesa, autodefesa, defesa técnica e defesa eficaz

O princípio-garantia da ampla defesa apresenta um desenho tridimensional, que é composto pela defesa técnica, autodefesa e pela defesa efetiva, não se confundindo com o princípio da plenitude de defesa, em que pese a proximidade de significado entre os termos "ampla" e "plena".

Com efeito, a garantia da plenitude de defesa está prevista no artigo 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição⁵³, revelando-se como uma potencialização da garantia à ampla defesa. Sua incidência se relaciona, especificamente, ao Tribunal do Júri, cujo procedimento diferenciado reclama uma maior atenção quanto ao exercício da defesa devido à maior vulnerabilidade do réu.

⁵² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁵³ Art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal: "É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a plenitude de defesa".

Constata-se que, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, o réu fica sujeito ao julgamento por um corpo de jurados, não por um juiz de Direito, legalmente investido no cargo. Assim, há a possibilidade de julgamento conforme a convicção íntima dos jurados, porquanto não se impõe a observância do princípio do livre convencimento motivado, que se aplica ao julgamento feito pelo juiz.

Outrossim, para configuração da ampla defesa, a defesa técnica é inderrogável, devendo ser exercida por profissional habilitado, inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Ao juiz compete fiscalizar se o defensor do réu, seja nomeado ou constituído, está propiciando o efetivo exercício da defesa ao seu patrocinado, sob pena de nulidade processual.

Assim, constatada a deficiência da defesa e a ocorrência de prejuízo ao réu, restará configurada nulidade relativa; no caso de inexistência de defesa, diversamente, a nulidade será absoluta. Trata-se de vício processual estampado no verbete da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal⁵⁴ e que decorre da inobservância do princípio da ampla defesa em seu aspecto substancial, traduzido pela suficiência e efetividade da defesa⁵⁵, que não se contenta com a simples formalidade de se assegurar a presença do defensor legalmente habilitado.

No interrogatório, a presença do advogado se destina a viabilizar, a um só tempo, autodefesa e a defesa técnica, sendo esperado que proporcione, ainda, a materialização da defesa efetiva. Assim, desde a reforma promovida no Código de Processo Penal pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003⁵⁶, afastaram-se as dúvidas quanto ao direito do réu de ser assistido por um defensor, constituído ou nomeado, durante o seu interrogatório⁵⁷, sob pena de nulidade absoluta.

Sem dúvidas, o interrogatório é o momento processual em que o réu apresenta sua versão para os fatos narrados na denúncia, consubstanciando-se, essencialmente, em meio

⁵⁴ Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2018).

⁵⁵ Como bem pontuado por Cláudio José Pereira sobre a inafastabilidade da defesa técnica: “A indeclinável função do advogado, profissional devidamente habilitado com capacidade postulatória, em contraposição ao Ministério Público, a todo o momento deve ser lembrada como forma de igualdade processual e garantia da ampla defesa, e do contraditório, efetivos, seja na forma de nomeação ou constituição, seja na forma de autodefesa.” (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 14).

⁵⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 11 nov. 2018.

⁵⁷ Código de Processo Penal, artigo 185: O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei no 10.792, de 1/12/2003).

de defesa e, eventualmente, meio de prova. Diante dessas características, mostra-se imprescindível a presença do defensor durante o interrogatório, oportunizando-se a entrevista prévia e reservada entre ambos para o estabelecimento da melhor linha defensiva a seguir, baseada em uma análise do defensor acerca do conjunto probatório até então produzido.

Uma vez orientado por seu defensor, inegavelmente, o réu terá melhores condições para decidir se e o que vai falar em seu interrogatório, bem como sobre quais perguntas responder, inclusive, no pertinente àquelas feitas pela defesa dos corréus e pela acusação⁵⁸.

Ressalte-se que a defesa técnica⁵⁹ constitui direito a ser observado, também, no momento em que o investigado presta declarações no curso do inquérito policial; não se trata, exclusivamente, de direito pertencente ao investigado preso, como se poderia concluir a partir de uma leitura isolada do artigo 5º, LXIII, da Constituição⁶⁰.

O direito à assistência de defensor ao investigado, no interrogatório perante a autoridade policial, decorre do direito à ampla defesa, não da situação de constrição da liberdade de locomoção, devendo ser assegurado com base no artigo 6º, V, do Código de Processo Penal⁶¹, bem como em observância ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH⁶², tudo nos termos do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal⁶³.

Diferentemente da defesa técnica, a autodefesa é considerada opcional, bastando que ocorra a oportunidade do seu exercício para que se considere satisfeito este aspecto da ampla defesa. Esse caráter facultativo da autodefesa decorre do princípio da presunção de

⁵⁸ Art. 188 do Código de Processo Penal: "Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1/12/2003).

⁵⁹ Além dos dispositivos processuais penais sobre a presença do defensor no interrogatório do réu, Giacomolli destaca outros que, também, evidenciam a indispensabilidade da defesa técnica, deixando clara, ainda, a necessidade de atuação do juiz para a concretização da garantia da ampla defesa: "A obrigatoriedade da defesa técnica também se infere da normatividade ordinária (art. 263 do CPP), penalizando o defensor que abandonar o processo, compelindo o juiz a nomear defensor à audiência quando o advogado constituído não comparecer e nem demonstrar a sua impossibilidade (art. 265 do CPP)." (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 152).

⁶⁰ Artigo 5º, LXIII da Constituição Federal brasileira: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

⁶¹ Artigo 6º do Código de Processo Penal: "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...)

V – "ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura".

⁶² CADH, art. 8º, 2, d.

⁶³ Artigo 5º, §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

inocência e do direito constitucional ao silêncio, que é desdobramento lógico do princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

De acordo com o direito ao silêncio, o interrogando pode se manter calado, deixando de responder aos questionamentos que lhe forem feitos, sem que isso configure confissão ou qualquer prejuízo à sua defesa. Ao invés dessa autodefesa inativa, o investigado ou réu poderá exercê-la de modo ativo, prestando suas declarações sobre os fatos delituosos, seja perante a autoridade policial, seja durante o interrogatório em Juízo.

Havendo a opção pela autodefesa ativa, antes da realização do interrogatório, deverá ser assegurado ao réu o citado direito de entrevistar-se com o seu defensor, prévia e reservadamente, conforme disposto no artigo 185 do Código de Processo Penal⁶⁴, providência esta de significativa importância para a garantia da ampla defesa⁶⁵.

Noutra face do direito à ampla defesa, diz-se defesa efetiva aquela exercida pelo réu de forma substancial, não limitada à simples participação formal no processo, desde o início dos procedimentos de investigação, passando pela instrução penal, seara recursal e alcançando a fase de execução da pena.

Sob esse prisma, a defesa técnica deve ser exercida de modo efetivo, sendo inócua a simples constituição ou nomeação de defensor, bem como uma atuação resumida ao cumprimento formal de prazos legais e determinações judiciais. Nessa linha, aplica-se o disposto na mencionada Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de gerar nulidade processual por deficiência (ou seja, inefetividade) ou ausência da defesa.

Afastada a fácil constatação de nulidade decorrente da ausência de defesa, tem-se a difícil tarefa de avaliar se houve deficiência de defesa e em que grau comprometeu o exercício efetivo da ampla defesa. Inegavelmente, essa avaliação depende das circunstâncias do caso concreto, sendo inviável uma formulação genérica de nulidade relativa, embasada

⁶⁴ CPP, art. 185, § 5º: “Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso”.

⁶⁵ Como bem sintetizado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “Aliás, se o interrogatório é, como é, meio de defesa; e se a assistência do defensor é, como é, obrigatória no interrogatório, é evidente que a entrevista prévia do acusado com o defensor é essencial para que autodefesa e defesa técnica se integrem, por intermédio do contato reservado dos dois protagonistas da defesa penal, indispensável ao adequado exercício da defesa, em sua dúplice configuração.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100).

em ilações desprovidas de lastro fático e circunstancial que permita concluir se a defesa técnica poderia, de fato, ter ido além em favor do acusado ou réu⁶⁶.

Outro ponto a se considerar para que se propicie uma defesa efetiva consiste no respeito à relação de confiança entre o defensor e o respectivo constituinte ou assistido, o que é imprescindível para que exista harmonia entre a defesa técnica e a autodefesa.

Seguindo esse caminho de entendimento, constatada a ineficiência ou inexistência da defesa técnica, antes de nomear um defensor ao réu, o juiz deve oportunizar-lhe a constituição de um advogado da sua confiança. Nomeado defensor e sendo requerida a sua substituição por um advogado constituído, igualmente, impõe-se privilegiar a vontade do réu, a fim de possibilitar que sua defesa seja exercida por profissional que detenha sua confiança e, conseqüentemente, esteja alinhado aos seus interesses no processo.

Ainda que se priorize essa relação de confiança entre o acusado e seu defensor, eventualmente, pode ocorrer uma incompatibilidade entre a autodefesa e a defesa técnica, cabendo ao julgador, no caso concreto, considerar a tese defensiva que mais beneficie o réu, a partir de uma análise sucessiva das linhas de defesa apresentadas - até porque, não raramente, as argumentações do acusado e do defensor guardam relação de complementação ou alternatividade, não sendo excludentes entre si, necessariamente.

Desse modo, constatada a divergência de teses do acusado (autodefesa) e seu defensor (defesa técnica), surge um aparente conflito de defesas, solucionável com base na supramencionada análise judicial sucessiva dos argumentos expendidos por cada um, sem que daí decorra uma nulidade processual - salvo demonstração de prejuízo.

Situação diversa se verifica quando um mesmo defensor assume o trabalho de defender corréus que possuem linhas de defesa inconciliáveis, lastreadas em versões antagônicas quanto aos fatos delituosos e revelando um real conflito de interesses entre eles. Nesta hipótese, configura-se verdadeira colidência de defesas e conseqüente nulidade processual absoluta, devido ao patente sacrifício irremediável do direito de defesa⁶⁷.

Nesse caso, a fim de evitar a nulidade processual causada pela colidência de defesas, o próprio defensor deve recusar o patrocínio da defesa em relação a um dos corréus.

⁶⁶ Em complemento, asseveram Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “(...) Não se trata, obviamente, de um julgamento sobre a capacidade técnica do defensor, mas de valoração sobre o mínimo que seria razoável exigir-se nas circunstâncias; assim, qualquer conclusão a respeito da deficiência deve resultar de uma análise conjunta dos elementos de que se dispunha e das perspectivas que se ofereciam para um real convencimento do julgador.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 2007, op. cit., p. 142).

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

Não o fazendo, tão logo verifique a situação de defesas conflitantes, o juiz deverá declarar a nulidade dos atos praticados a partir do início da atuação do defensor único, nomeando defensores distintos aos réus, caso estes não os constituam no prazo que lhes for concedido para tal finalidade.

Anote-se, por fim, que, se o réu possuir capacidade postulatória e assim o quiser, poderá atuar em causa própria, o que satisfaz a ampla defesa sob o viés da defesa técnica, mas, eventualmente, pode prejudicar sua efetiva garantia sob o ângulo da defesa efetiva⁶⁸.

1.4.2 Os múltiplos reflexos da ampla defesa

Além do seu desenho tridimensional - autodefesa, defesa técnica e defesa efetiva -, a ampla defesa se caracteriza por desencadear múltiplos reflexos⁶⁹, consubstanciados em direitos e garantias que permeiam todo procedimento criminal. Propõe-se, aqui, uma abordagem mais detida daqueles reflexos que se relacionam, intimamente, ao tema do presente trabalho, quais sejam: direito à informação, direito de acesso à prova, direito de audiência - ou direito de ser ouvido, direito de presença (*right to be present*) e o direito de participação.

Segundo Mendes, Coelho e Branco, o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados estão contidos na “pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição⁷⁰”.

Indo ao encontro dessa linha de pensamento, a efetividade da ampla defesa se faz presente, inicialmente, com a cientificação do investigado ou acusado sobre os fatos delituosos cuja prática lhe foi atribuída. Esse direito à informação deve ser observado em

⁶⁸ Giacomolli afirma, a propósito: “Embora tal prática possa prejudicar o exercício e a efetividade da defesa, devido ao comprometimento emocional no evento criminoso (coincidência entre defensor e acusado), não há como ceifar essa prerrogativa do imputado, cabendo ao magistrado verificar o efetivo exercício da ampla defesa.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 155).

⁶⁹ “Da garantia da defesa ampla e plena emanam uma série de outros direitos e garantias, tais como o direito de ser informado da acusação, o direito à prova, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o *nemo tenetur*, o direito ao silêncio e à igualdade de armas, por exemplo.” (GIACOMOLLI, Nereu José, 2016, op. cit., p. 144).

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 525.

todo curso do procedimento e da ação penal, como no momento da prisão em flagrante, nos termos determinados pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, bem assim por ocasião do recebimento da denúncia e demais atos processuais praticados.

Frise-se que a informação deverá ter por base um ato suficientemente claro, preciso e compreensível, contendo os elementos indispensáveis para viabilizar o pleno conhecimento acerca dos fatos delituosos em jogo, possibilitando a efetiva defesa do investigado ou acusado⁷¹.

Nessa linha de compreensão, o artigo 41 do Código de Processo Penal⁷² veicula verdadeira norma processual vocacionada à materialização do princípio da ampla defesa, o que se traduz pela possibilidade dada ao réu de conhecer (ciência), com exatidão, o teor da acusação que lhe foi imputada. Considera-se inepta, portanto, a inicial acusatória (denúncia ou queixa-crime) genérica, desprovida de elementos que viabilizem a identificação da conduta atribuída ao acusado e quais dados específicos apontam para a sua responsabilização penal.

Inexoravelmente, no sistema acusatório, que, há muito, foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, cabe à acusação a tarefa de apresentar dados concretos sobre a imputação, inclusive, no que concerne aos denominados crimes societários e outros praticados em concurso de pessoas.

Nesse passo, diante da impossibilidade de se presumir a culpa no sistema acusatório, é inaceitável a cômoda descrição abstrata de responsabilização do agente do suposto delito, posicionando-o como autor pelo só fato de ocupar função que, de algum modo, se relaciona à descrição típica do delito societário. Sustentar a possibilidade de uma interpretação em sentido diverso contraria a pretendida maximização dos direitos fundamentais e equivale a uma presunção de culpa, o que não se justifica no sistema acusatório⁷³.

⁷¹ Fazendo uma correlação entre o direito à informação e o teor da peça inicial acusatória, diz Giacomolli: “Quando a descrição fática é alternativa, genérica, contraditória, obscura ou com outros vícios não permissíveis da compreensão, resta prejudicado o amplo e pleno exercício defensivo, implicando ausência ou deficiência da defesa. A garantia da ampla defesa exige descrição objetiva, clara e delimitada da matéria fática, com qualificação jurídica pertinente, de modo a possibilitar a contraposição ampla e plena.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163).

⁷² Código de Processo Penal, artigo 41: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁷³ Não divergem dessa compreensão Mendes, Coelho e Branco, que asseveram: “Deve-se ter em mente, portanto, que, em matéria de crimes societários, a denúncia deve expor, de modo suficiente e adequado, a

Nem se diga que o princípio *in dubio pro societate*⁷⁴ serve como manto para acobertar a evidente ofensa ao princípio da ampla defesa, que decorre de uma acusação abstrata, sem densidade concreta. A dúvida que vigora em favor da sociedade, propiciando o recebimento da inicial acusatória, refere-se à situação em que, apesar de não haver certeza da ocorrência dos fatos delituosos ali narrados, a descrição traz indícios suficientes para relacioná-los, em tese, aos sujeitos; viabiliza-se, então, o desenvolvimento da ação penal para dirimir essa dúvida.

Sintetizando o pensamento até aqui desenvolvido, somente tendo como base da informação uma inicial acusatória com narrativa clara, precisa e objetiva quanto aos fatos delituosos e respectiva responsabilização penal, o réu poderá exercer uma defesa efetiva, contrariando a acusação e indicando as provas que pretende produzir, valendo-se, opcionalmente, da autodefesa, e, necessariamente, da defesa técnica.

Assim, ao transmitir a informação, por meio da citação ou intimação, o agente do Estado responsável pela cientificação deve verificar se o destinatário tomou conhecimento de todo teor do ato, considerando as características pessoais que possam influenciar na capacidade de compreensão da mensagem (ciência do ato).

Constatada a necessidade de auxílio para viabilizar a integral compreensão do ato de comunicação pelo destinatário, caberá ao agente estatal transmissor da informação se valer dos meios necessários para supri-la, como ocorre, por exemplo, quando se trata de prisão em flagrante de pessoa que desconhece o idioma nacional. Neste caso, é indispensável o auxílio de um intérprete para viabilizar ao preso a completa compreensão das razões de sua prisão e dos seus direitos, inclusive o direito ao silêncio e de ser assistido por um advogado, bem assim de comunicar sua prisão a alguém da sua família. Sem providências dessa natureza, haverá uma ciência meramente formal, ensejando ofensa ao princípio-garantia da ampla defesa por inviabilizar uma defesa efetiva.

Portanto, “a ciência há de ser qualificada, de modo que o sujeito a entenda e, assim, possa exercer a autodefesa. Por isso, quando não compreender o idioma da redação da prisão,

conduta atribuível a cada um dos agentes, de modo que seja possível identificar o papel desempenhado pelo(s) então denunciado(s) na estrutura jurídico-administrativa da empresa.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 528-529).

⁷⁴ Em tradução livre para o português: “Na dúvida, a favor da sociedade”.

da imputação ou do processamento, deverá ser nomeado intérprete ou tradutor”⁷⁵, segundo afirma Nereu José Giacomolli.

Cabe enfatizar que o direito à informação percorre todo o procedimento e, em algumas fases processuais, dependerá da comunicação feita, diretamente, pela própria autoridade que conduz o ato processual, sem a intermediação do oficial de justiça.

Esta situação ocorre quanto à informação sobre o direito ao silêncio e todo o teor da acusação, que deve ser transmitida ao réu pelo juiz, no início do interrogatório judicial, ou pela autoridade policial, antes das declarações no curso do inquérito. Igualmente, havendo procedimento de investigação criminal no âmbito do Ministério Público, essa mesma informação deve ser passada ao investigado, desta feita, pelo Procurador da República ou Promotor de Justiça, conforme se trate de crime da competência da Justiça Federal ou Estadual, respectivamente.

Como direito à informação, insere-se, ainda, a intimação da sentença condenatória, que deve ser direcionada ao réu, pessoalmente, assim como ao seu defensor, via publicação⁷⁶. Essa dupla comunicação se justifica devido à possibilidade de interposição de recurso pelo próprio sentenciado, conforme legitimação processual específica⁷⁷. Ademais, destina-se a maximizar o direito à ampla defesa, diante da possibilidade de modificação do julgado em favor do réu.

Além de ter o direito de ser informado sobre o teor dos fatos criminosos que lhe são atribuídos, o investigado ou o acusado tem o direito de acesso aos elementos de prova constantes dos autos. Inegavelmente, o direito de acesso à prova é um reflexo do direito à

⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 148.

⁷⁶ Essa tem sido a visão do Supremo Tribunal Federal, como anotam Mendes, Coelho e Branco: “Em razão da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, assentou a jurisprudência do Tribunal a necessidade de que se cientifique da sentença condenatória não só o defensor constituído ou dativo do réu, mas também o próprio acusado, como confirma excerto do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 67.714, de sua relatoria: ‘A ratio subjacente a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal consiste, em última análise, - afirmou Celso de Mello - em dar eficácia e concreção ao princípio constitucional do contraditório, pois a inocorrência dessa intimação ao defensor, constituído ou dativo, subtrairia ao acusado a prerrogativa de exercer, em plenitude, o seu irrecusável direito a defesa técnica. E irrelevante a ordem em que essas intimações sejam feitas. Revela-se essencial, no entanto, que o prazo recursal só se inicie a partir da última intimação’”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 525).

⁷⁷ Código de Processo Penal artigo 577: “O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”.

ampla defesa, mas com ele não se confunde, sendo inafastável a sua observância, inclusive, quanto às provas materializadas no inquérito policial⁷⁸.

No pertinente ao direito de audiência,⁷⁹ trata-se de reflexo do princípio-garantia da ampla defesa que aponta para o caminho do princípio do contraditório, porquanto possibilita a contraposição do acusado ou réu à tese acusatória e às provas contra ele produzidas. Em complemento, afirma Nereu José Giacomolli que o direito de audiência integra a ampla defesa e se aplica, inclusive, aos suspeitos da prática de delitos, aos quais é assegurada “a possibilidade de rebater, resistir ou contraditar os elementos investigatórios⁸⁰”.

Apresentado o contexto em tela, surge a audiência de custódia como um meio de materialização do direito de ser ouvido e, embora não seja uma novidade no ordenamento jurídico, inexistia lei específica sobre o tema, tratando-se de previsão contida em tratados internacionais incorporados pelo Brasil⁸¹.

Regulamentando a realização obrigatória da audiência de custódia em todo País, nas esferas estadual e federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 213, de 15/12/2015⁸², que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016.

Primordialmente, a Resolução 213/2015 não teve em mira a garantia da ampla defesa, atingindo-a, colateralmente, no percurso em busca de uma finalidade ancorada em razões de política criminal que refletem a necessidade de se reduzir a população carcerária, especialmente, no pertinente aos presos provisórios. A medida é, sem dúvida alguma,

⁷⁸ Como afirmado em tópico anterior, ainda é firme o entendimento pela inaplicabilidade da garantia da ampla defesa - assim como do contraditório - em sede de inquérito policial, cujos argumentos podem ser assim sintetizados: “O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa à colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nessa fase, onde se fala em indiciado (e não acusado, ou réu), mas não se pode negar que, após o indiciamento surja conflito de interesses, com “litigantes”(art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado hão de ser plenamente tutelados no inquérito.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 57-58).

⁷⁹ Na visão de Andrey Borges de Mendonça, a autodefesa é um aspecto do princípio da ampla defesa que “se bifurca em direito de audiência – que é a possibilidade de, tendo contato direto com o magistrado, explicar sua versão – e direito de presença – que é o direito de participar e acompanhar pessoalmente a produção da prova.” (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008).

⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 145.

⁸¹ A propósito, o Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o Decreto 592, de 06 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

⁸² Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 28 jul. 2018.

salutar, urgente e inevitável, diante dos números alarmantes de presos provisórios que, não raramente, permanecem encarcerados por período superior à pena fixada na sentença condenatória ou, até mesmo, à pena máxima prevista para o delito que lhes fora imputado.

De acordo com as informações atualizadas até 07 de junho de 2018⁸³, armazenadas no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça, do total de 441.826 pessoas presas, 184.711 estavam sob prisão provisória, cuja duração média girava entre 172 a 974 dias. Outrossim, representando uma minoria da população carcerária brasileira, até 20/07/2018, havia 2.628 presos pela prática - ou suspeita - de delitos de competência da Justiça Federal⁸⁴.

À vista desses dados significativos, a citada Resolução 213/2015 trouxe ao cenário processual penal a efetiva obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade judicial competente, tão logo se realize a sua prisão. Constatase, inequivocamente, uma via adequada à concretização do direito à ampla defesa, na vertente autodefesa, tendo em vista a concessão de oportunidade para que o detido apresente a sua versão sobre os fatos que ensejaram a sua prisão, bem como a respeito das circunstâncias em que fora realizada.

Ainda como efeito colateral dessa medida de política criminal, tem-se a observância do princípio da dignidade da pessoa humana em decorrência da verificação do estado físico do preso, durante a audiência de custódia, a fim de coibir eventual prática de violência, pelos agentes públicos responsáveis pela sua prisão.

Segundo uma interpretação literal, a referida Resolução 213/2015 restringe a finalidade do ato à verificação do estado físico do preso e dos pressupostos para realização da prisão em flagrante, bem como ao exame judicial sobre necessidade de manutenção da prisão e à possibilidade de concessão de liberdade provisória ou fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

A restrição supramencionada objetiva evitar que a audiência de custódia⁸⁵ avance em direção à instrução precoce do feito, consistindo na especificação das perguntas a serem feitas ao custodiado, todas direcionadas, especificamente, ao exame da legalidade e

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁸⁵ Defendendo uma maior amplitude da finalidade buscada com a audiência de custódia, Giacomolli assevera que: “A funcionalidade da audiência de custódia não se restringe à verificação do estado físico do detido, mas também se destina a garantir o direito de audiência do preso, controlar a legalidade, os requisitos e os pressupostos da detenção e incrementar o contraditório, a oralidade e a *ultima ratio* do recolhimento ao cárcere”. (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 145).

legitimidade da prisão. Trata-se de avaliação que deve ocorrer tanto em relação aos pressupostos da prisão, como no pertinente ao respeito às garantias constitucionais pertinentes à preservação da integridade física do preso, assistência de advogado, comunicação da sua prisão a qualquer pessoa da família ou outra por ele indicada⁸⁶ e, ainda, quanto ao seu direito constitucional ao silêncio.

Mesmo que se entenda pela possibilidade de considerar que a audiência de custódia se destina, também, a assegurar a ampla defesa ao preso, há uma linha bastante tênue entre propiciar a autodefesa (o contraditório) e melindrar o devido processo legal, devido ao risco de, prematuramente, adentrar na seara destinada à instrução penal.

Com base nessas circunstâncias, durante a audiência de custódia, revela-se prudente evitar perguntas ao preso acerca da autoria e materialidade do delito, bem como em relação à presença do dolo ou culpa, elementos estes que somente devem ser questionados por ocasião do depoimento à autoridade policial, no curso do inquérito, ou no interrogatório, na instrução processual. Esses limites se aplicam ao Ministério Público e à defesa quanto à solicitação de esclarecimentos ao preso, cabendo ao juiz o controle necessário para assegurar que tais fronteiras não sejam ultrapassadas, sem causar ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

À vista dessas premissas, durante a audiência de custódia, o juiz deverá decidir pela homologação da prisão em flagrante ou pelo seu relaxamento, segundo constate, respectivamente, o cumprimento ou descumprimento dos requisitos legais pertinentes, inclusive no que se refere à incolumidade física do preso. Caso homologue o flagrante, o juiz deverá, ainda, examinar se caberá a sua conversão em prisão preventiva ou se basta a fixação de medidas cautelares diversas da prisão, salvo se restar configurada hipótese de concessão da liberdade provisória⁸⁷.

⁸⁶ CPP, art. 306: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”.

⁸⁷ Artigo 310 do Código de Processo Penal: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente”:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.” (Redação dada pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011).

Nesse momento da audiência de custódia, voltado à análise judicial dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁸⁸, será dada a palavra ao Ministério Público Federal e à defesa para que se manifestem, a fim de propiciar a formação do convencimento do juiz acerca da necessidade de manutenção da segregação cautelar⁸⁹. Concluindo pela satisfação dos requisitos legais, o juiz converterá a prisão em flagrante em prisão provisória, fundamentado o ato na necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para assegurar a aplicação da Lei Penal, conforme as circunstâncias do caso concreto; poderá, ainda, haver a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal⁹⁰. Estando ausentes os fundamentos para a prisão preventiva ou para a imposição de outras medidas cautelares restritivas, o juiz decidirá pela concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou, ainda, vinculada⁹¹ ao cumprimento de determinadas condições.

⁸⁸ Artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Parágrafo único. “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011)”.

⁸⁹ Como destacado por Giacomolli: “(...) o controle judicial imediato evita a arbitrariedade ou a ilegalidade das detenções, devendo o juiz garantir os direitos dos detidos e autorizar a adoção de medidas cautelares ou coercitivas quando estritamente necessárias, zelando pelo estado de inocência.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 146).

⁹⁰ Artigo 319 do Código de Processo Penal: “São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei no 12.403, de 04 de maio de 2011). I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica”.

⁹¹ Art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no

Delineado o cenário no qual se insere a audiência de custódia, resta clara a sua importância para o fortalecimento do sistema constitucional de garantias.

Concretamente, dados obtidos em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que, até abril de 2017, foram realizadas 229.634 audiências de custódia, das quais 103.669 (45,15%) resultaram em liberdade, nos Estados da Paraíba, Tocantins, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e no Distrito Federal⁹².

Assim, conquanto se trate de medida estatal de cunho, eminentemente, político-criminal, ao evitar a inclusão ou manutenção injustificada ou ilegal do indivíduo no sistema carcerário, a audiência de custódia maximiza a eficácia dos princípios-garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, contribuindo, diretamente, para o incremento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro importante reflexo do princípio-garantia da ampla defesa se refere ao direito de presença (*right to be present*) do acusado ou réu durante a prática de atos processuais, salvo se houver necessidade de sigilo nesse momento - como se constata em relação a interceptações telefônicas. Garante-se, então, a participação do acusado ou réu e seu defensor nos atos de acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido, bem como na audiência de instrução e julgamento, o que somente pode ser excepcionado com base na lei e de modo fundamentado⁹³.

Indubitavelmente, a audiência de instrução e julgamento é, por excelência, o ato processual em que a presença do réu se revela de suma importância para o exercício da ampla defesa, tendo em vista a possibilidade da sua efetiva participação na elaboração das perguntas a serem feitas às testemunhas e eventuais corréus, incrementando a autodefesa e propiciando elementos importantes para o desempenho da defesa técnica, passo a passo.

O grau de eficácia do direito de presença depende da anterior cientificação do réu sobre o teor da acusação e a realização do ato, bem como da sua plena possibilidade de

2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (Redação dada pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011)

⁹² Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁹³ Artigo 217 do Código de Processo Penal: “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” (Redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008).

compreender o que se passa na audiência. Além disso, mesmo havendo a entrevista reservada do réu com seu defensor⁹⁴, antes do interrogatório, a perfectibilização do direito de presença somente ocorre com a possibilidade de efetiva participação do réu na audiência; recomenda-se, desse modo, a permissão de contato entre ambos, durante a audiência de instrução, para viabilizar a troca de informações e a eventual adequação da estratégia defensiva à situação que se desenha enquanto a prova oral é produzida.

Ressalte-se que o direito de presença se aplica ao réu preso, porquanto este não se despe, automaticamente, dos seus direitos fundamentais pertinentes ao devido processo legal em razão da privação da liberdade.

Outrossim, não necessariamente o direito de presença se concretizará via comparecimento do réu ao local da audiência, sendo possível a utilização dos sistemas de transmissão de imagem e som para que essa participação ocorra por videoconferência.

Aliás, a videoconferência pode ser utilizada para viabilizar a participação do réu preso a outros atos processuais, tais como reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, tomada de declarações do ofendido e, ainda, para acompanhar os depoimentos testemunhais, durante a audiência de instrução⁹⁵. Destaque-se que, qualquer que seja a modalidade do ato processual realizado, presencial ou por videoconferência, impõe-se assegurar o direito de presença (*right to be present*) ao réu e a assistência do seu defensor, porquanto a autodefesa deve ser oportunizada e a defesa técnica constitui viés inafastável da ampla defesa.

Outra possibilidade de aplicação da videoconferência no processo penal se refere à prática de atos processuais por meio de carta rogatória, ainda necessária quando inexistem acordos de cooperação internacional com o País onde deverá se realizar o ato processual.

Nesses casos, expede-se a carta rogatória com a solicitação de videoconferência para a prática de atos processuais no Juízo estrangeiro (rogado), a fim de viabilizar a oitiva de pessoas lá residentes ou domiciliadas, o que ocorrerá com a atuação direta da autoridade judiciária solicitante (rogante); confere-se, portanto, maior amplitude à colheita da prova e

⁹⁴ Artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal.

⁹⁵ Artigo 185 do Código de Processo Penal: "(...):

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor".

assegura-se o direito de presença do réu que, via de regra, não se desloca a outro País para participar de atos processuais.

Constata-se, ademais, que o Código de Processo Penal⁹⁶ prevê a utilização excepcional da videoconferência para viabilizar a participação do réu nos atos processuais que requeiram a sua presença, especialmente, no pertinente ao interrogatório, exigindo fundamentação específica para essa prática, lastreada em: 1) razões de segurança pública - quando houver fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou que possa fugir durante o deslocamento entre a unidade prisional e o local da audiência; 2) circunstâncias pessoais do réu - quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; 3) assegurar a instrução penal - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, quando for inviável tomar o depoimento destas por videoconferência, com base no artigo 217 do Código de Processo Penal; 4) questão de ordem pública - quando o comparecimento presencial do réu puder colocá-la, gravemente, em risco.

Fato é que, paulatinamente, a videoconferência vem assumindo o espaço antes reservado às cartas precatórias tradicionais em geral - precatórias, rogatórias e de ordem -, que se caracterizam por viabilizar a produção de atos processuais fora da sede do Juízo onde tramita o feito (deprecante) e por juiz distinto (deprecado) daquele que preside a ação penal.

De fato, antes da introdução da videoconferência, o ato processual objeto da carta precatória era realizado de modo tradicional, pelo próprio Juízo deprecado que, no caso da audiência, procedia à tomada do depoimento e/ou realização do interrogatório, encaminhando o respectivo termo ou arquivo digital ao Juízo deprecante. No novo formato, a carta precatória é expedida com a solicitação de cooperação do Juízo deprecado para viabilizar que o próprio Juízo deprecante realize o ato processual, ouvindo testemunha ou réu que não possa comparecer à sede do Juízo onde tramita a ação penal respectiva.

⁹⁶ Artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal: "Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
IV - responder à gravíssima questão de ordem pública".

Regulamentando o disposto no artigo 222, §3º, do Código de Processo Penal⁹⁷, o Conselho da Justiça Federal, por ato do Corregedor-Geral da Justiça Federal, editou o Provimento 13, de 15 de março de 2013⁹⁸, instituindo o sistema nacional de audiência por videoconferência no âmbito da Justiça Federal, a ser gerido pelo próprio Conselho da Justiça Federal.

Como objetivo do citado Provimento do Conselho da Justiça Federal, extrai-se a viabilização da imediação e concentração da produção da prova oral, vislumbrando-se, como consequência, benefícios para a jurisdição criminal, tanto em decorrência da melhoria de qualidade da instrução e do julgamento, como devido à redução de tempo de tramitação dos processos. Como fundamentos desse ato normativo, destacam-se a necessidade de efetivar o direito constitucional à razoável duração do processo, bem como a observância do princípio da identidade física do juiz, consagrado pelo artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal⁹⁹.

O inevitável avanço da prática de atos processuais por videoconferência contribui, sobremaneira, para a maximização do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, porquanto permite que o próprio juiz que julgará o feito participe da produção da prova e mantenha contato direto com o réu, que poderá dirigir-lhe a palavra no exercício da autodefesa, sem necessidade de intermediação de outro juiz (deprecado).

Ademais, a existência de canais de comunicação¹⁰⁰ que possibilitem conversa privada entre o defensor e o réu, tanto para realização da entrevista prévia e reservada, como para eventual contato durante a audiência, gera incremento à autodefesa, defesa técnica e defesa efetiva, beneficiando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

À vista do quadro delineado, revela-se inquestionável a vantagem da carta precatória que se cumpre por videoconferência sobre a carta precatória tradicional, tendo em vista sua maior aptidão para atender à finalidade objetivada com a concentração dos atos

⁹⁷ Artigo 222 do Código de Processo Penal: "A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

(...)

§3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento".

⁹⁸ Disponível em: <www.cjf.jus.br>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁹⁹ Artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal: "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença".

¹⁰⁰ Provimento nº13/2013 do Conselho da Justiça Federal, artigo 7º, Parágrafo único: "Em qualquer hipótese, deverá ser assegurado ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, sempre que possível por meio de videoconferência".

processuais em audiência e, conseqüentemente, para melhor concretizar as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório.

Somando-se a esse cenário de maximização do sistema constitucional de garantias a inegável contribuição da videoconferência para a economia e a celeridade processuais, bem como para o cumprimento da meta constitucional atinente à razoável duração do processo, obtém-se a necessária justificativa constitucional para a sua utilização, independentemente de se tratar de réu preso ou em liberdade.

Entretanto, em que pese as vantagens para o sistema de justiça criminal, a adoção da videoconferência na prática dos atos processuais deve ser avaliada no caso concreto¹⁰¹, considerando a existência potencial de conflitos entre princípios – devido processo legal, ampla defesa, contraditório, economia processual, celeridade e razoável duração do processo; faz-se necessário, portanto, um balanceamento, uma ponderação de interesses, para se atribuir maior peso àquele direito fundamental que, dadas as circunstâncias concretas, deve prevalecer sobre outro¹⁰².

Convém ressaltar que a participação na audiência de instrução e julgamento é um direito de defesa, não uma obrigação, razão pela qual o réu pode manifestar o seu desinteresse em exercê-lo, cabendo ao respectivo advogado ratificá-lo e requerer a dispensa de comparecimento do réu. Em se tratando de interrogatório, rememore-se que prepondera o direito constitucional ao silêncio, sendo a ausência do réu uma forma de exercê-lo, salvo se esta decorrer de fato alheio à sua vontade.

¹⁰¹ Como bem pontuado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho: “Em algumas situações (como, por exemplo, quando o interrogatório é feito por precatória), o emprego desse meio poderia até ser mais vantajoso no estabelecimento de um contato mais efetivo do juiz da causa com o acusado. Mas de *lege lata*, a pedra de toque para o reconhecimento da nulidade deve ser a constatação do efetivo comprometimento das garantias processuais”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104).

¹⁰² Neste sentido Mendes, Coelho e Branco: “O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para atingir a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 104).

1.4.3 A ampla defesa na audiência de instrução e julgamento

Verificando o juiz que não é o caso de absolver o réu, sumariamente, segue-se o procedimento para a realização da audiência de instrução e julgamento, oportunidade de suma importância para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Evidentemente, a modificação legal na ordem de depoimentos¹⁰³, bem como a possibilidade de serem feitas perguntas, diretamente, pelas partes contribui para a concretização da ampla defesa e do contraditório; o devido processo legal, também, é atingido por esses reflexos positivos do procedimento aplicável à audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, a realização do interrogatório após a oitiva das testemunhas permite ao réu a formulação da estratégia defensiva de modo mais completo, podendo confirmar ou refutar o teor da prova testemunhal, no intuito de comprovar a sua versão para os fatos denunciados; há, assim, a igualdade de tratamento, sem estabelecer privilégios probatórios para uma ou outra parte.

Dessa nova sistematização da audiência instrução e julgamento, exsurge um reforço ao princípio-garantia da ampla defesa - assim como se constata em relação ao contraditório - em decorrência, ainda, da possibilidade de ser assegurado ao réu o direito à última palavra. Para Nereu José Giacomolli, “Esse direito se insere na garantia da ampla defesa, na perspectiva de alegar, declarar, manifestar, rebater, contraditar as declarações efetuadas desde o polo acusatório. Aplica-se tanto à defesa pessoal quanto à defesa técnica”¹⁰⁴.

Pode-se concluir que, no interrogatório, visualiza-se a efetivação do direito à ampla defesa em suas três faces, por meio da autodefesa - o que inclui o exercício do direito ao silêncio, bem como das defesas técnica e efetiva, na medida em que o réu deve estar acompanhado por um defensor e possui o direito de com ele se comunicar, reservadamente, antes de se iniciar o ato.

¹⁰³ Artigo 400 do Código de Processo Penal: Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

¹⁰⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 150.

1.4.4 A ampla defesa por meio da interposição de recurso pelo próprio réu

Ao sentenciar o feito, o juiz deve fundamentar seu entendimento, nos termos determinados no artigo 93, IX¹⁰⁵, da Constituição Federal, seguindo o sistema da livre apreciação da prova e velando pela garantia da individualização da pena.

Com isso, efetiva-se a garantia do devido processo legal e, ainda, viabiliza-se o exercício do duplo grau de jurisdição, na medida em que se permite o conhecimento da motivação do julgado pelas partes e a eventual interposição de recursos; concretizam-se, também, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Destaque-se que o duplo grau de jurisdição não está previsto, expressamente, na Constituição, inferindo-se a sua origem do sistema recursal e da própria estrutura do Poder Judiciário, conforme estabelecido na Carta Constitucional.

Observa-se que, na seara recursal, há lugar para a garantia do exercício da ampla defesa, como se denota do teor do artigo 577 do Código de Processo Penal¹⁰⁶, que admite a interposição de recurso pelo próprio réu, ainda que seja patente a ausência de capacidade postulatória. Nesse caso, impõe-se a atuação do defensor, legalmente habilitado, para apresentar as respectivas razões recursais, a fim de assegurar a defesa técnica.

Em complemento, tem-se o teor das Súmulas 705¹⁰⁷ e 707¹⁰⁸, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a primeira sobre o conhecimento do recurso interposto pelo advogado do autor, quando este renuncia ao direito de apelar; a segunda súmula, também sobre recurso, diz respeito à indispensabilidade da intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto contra a rejeição da denúncia.

Questão interessante quanto ao exercício da autodefesa, via interposição de recursos, diz respeito à possibilidade de ajuizamento da revisão criminal pelo próprio réu, o

¹⁰⁵ Constituição Federal, artigo 93, IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁰⁶ Código de Processo Penal, artigo 577: "O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor".

¹⁰⁷ Súmula 705 do Supremo Tribunal Federal: "A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta".

¹⁰⁸ Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal: "Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo".

que é admitido pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 623¹⁰⁹, e obstado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB¹¹⁰, que não exclui a revisão criminal do rol de atos privativos de advogado - como, expressamente, o faz em relação à ação de *habeas corpus*. Como solução para esse impasse, na visão de Giacomolli, “em face da entidade da inconformidade, é de ser aceito o pedido do próprio condenado, nomeando-se defensor para efetuar a adequação jurídica do pedido, o que assegurará a ampla defesa, bem como sua efetivação¹¹¹”.

¹⁰⁹ Código de Processo Penal, artigo 623: “A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

¹¹⁰ Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, artigo 1º, §1º: “Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.”

¹¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 149.

CAPÍTULO 2 - NEGOCIAÇÃO PENAL NO BRASIL

2.1 O *plea bargaining* norte-americano como inspiração para o modelo brasileiro

Originado nos Estados Unidos, o procedimento criminal de negociação denominado *plea bargaining* norte-americano¹¹² serviu de inspiração¹¹³ para a criação da Justiça Penal negociada brasileira, mantendo-se influente quanto à implementação de novos mecanismos que se destinam a ampliar o espectro consensual no Processo Penal.

Nessa linha, constata-se semelhanças quanto aos contornos do *plea bargaining* norte-americano e a colaboração premiada brasileira, porquanto ambos se realizam entre acusação e defesa, com o objetivo de, cumpridos determinados requisitos, serem concedidos benefícios ao acusado e, conseqüentemente, viabiliza-se a celeridade processual na esfera criminal.

Entretanto, após uma abordagem mais aproximada dos mencionados instrumentos de negociação penal, diferentes características ontológicas - pertinentes às tratativas do acordo, propriamente - saltam aos olhos, evidenciando que a colaboração premiada e o *plea bargaining* norte-americano não se confundem.

2.1.1 Sobre semelhanças e distinções entre o *plea bargaining* e a colaboração premiada

No sistema jurídico norte-americano¹¹⁴, a acusação penal, formulada perante um juiz, deve estar embasada em elementos probatórios mínimos sobre a prática do delito, a fim de evidenciar a justa causa para eventual prosseguimento da persecução penal.

¹¹² Rosimeire Ventura Leite define o *plea bargaining* "Como a ampla possibilidade de negociação entre a parte acusadora e a defesa, em que determinadas concessões são feitas com o objetivo de obter do imputado declaração de culpa (guilty plea) ou de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere)." (LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 213).

¹¹³ Afirma Giacomolli: "Como ocorreu em outros países, a sobrecarga de trabalho dos juízos de primeiro grau e dos Tribunais foi uma das justificativas, embora meramente utilitária, à introdução das alternativas penais e processuais nas infrações de pequena e média entidade, com o propósito de reduzir a demanda processual criminal. Contudo, é inegável a influência dos EUA na difusão e implantação desses novos institutos (...)" (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016).

¹¹⁴ Todo o procedimento criminal ora descrito tem por base a regulamentação federal norte-americana, contida no Federal Rules of Criminal Procedure, podendo apresentar algumas variações no âmbito dos Estados, que

Como descreve Cláudio José Pereira¹¹⁵, na fase denominada *arraignment*, há uma audiência preliminar para cientificar o acusado das imputações que lhe são dirigidas (*information* ou *indictment*). Nessa oportunidade, ciente da acusação, caberá ao acusado adotar uma das seguintes posições¹¹⁶: declarar-se culpado (*guilty*), o que significa assumir a responsabilidade pelo delito que lhe fora imputado; declarar-se não culpado ou inocente (*not guilty*), submetendo-se a julgamento perante o júri (*grand jury*); assumir o compromisso de não contestar os termos da acusação (*nolo contendere*), admitindo os fatos dela constantes, sem, no entanto, declarar-se culpado (*guilty*) ou inocente (*not guilty*).

Inexistindo acordo e sendo ultrapassada a fase inicial quanto à admissão da acusação, constitui direito do acusado, garantido pela VI emenda à Constituição dos Estados Unidos¹¹⁷, a submissão a julgamento perante o júri, composto por 12 (doze) cidadãos, segundo o exame das provas apresentadas pela acusação e pela defesa. Ainda que se trate de garantia constitucional, o acusado pode renunciar ao julgamento perante o júri e submeter-se ao julgamento por um juiz singular.

Como requisitos, o procedimento de *plea bargaining* prevê: ciência do acusado quanto aos termos e consequências da aceitação do acordo¹¹⁸; voluntariedade da declaração de culpa do acusado - *guilty plea*; ausência de coação ou ameaça para que o acusado aceite celebrar o acordo; participação do defensor do acusado¹¹⁹; inexistência de ofensa ao interesse

possuem independência para fixar normas sobre o funcionamento da Justiça Penal. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹¹⁵ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 110.

¹¹⁶ Importante destacar que, declarando-se culpando ou deixando de contestar a acusação, “o acusado renuncia a direitos constitucionais garantidos nos Estados Unidos da América, de não ser obrigado a fazer declarações contra si mesmo no tribunal, o direito a um julgamento por um júri, bem como o direito de confrontação com as testemunhas que fizeram declarações contra ele”. (Ibid.).

¹¹⁷ Esse direito de ser julgado pelo júri se encontra assegurado pela Sexta Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, cujo teor original é o seguinte: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.” (Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 20 nov. 2018).

¹¹⁸ A fim de assegurar que a celebração do acordo decorre de ato voluntário e com base na efetiva ciência do acusado acerca das consequências advindas da sua declaração de culpa, como esclarece Cláudio José Pereira: “Deverá o juiz dirigir-se diretamente ao acusado, interrogando-o de sua voluntariedade, da ausência de coação, do conhecimento dos direitos constitucionais a que está renunciando, a compreensão dos crimes, das penas e das possíveis consequências a que se submete, com a declaração de culpa ou de não contestar, tudo em razão da negociação realizada.” (PEREIRA, Cláudio José, 2002, op. cit., p.111).

¹¹⁹ Em todos os processos criminais, é garantia a assistência de um defensor ao acusado, como se extrai, em tradução livre para o português, do teor da Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. (Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 20 nov. 2018).

público em decorrência da declaração de culpa do acusado; realização do acordo em audiência pública. Ademais, o juiz não participa a negociação, que ocorre, unicamente, entre as partes¹²⁰.

Sobre o tema, a Suprema Corte dos Estados Unidos já reconheceu a constitucionalidade do *plea bargaining* - embora não exista direito fundamental ao acordo, enfatizando a necessidade de observância dos requisitos de validade supramencionados, sob pena de ofensa ao devido processo legal¹²¹.

Segundo essa linha de entendimento, somente será válido o *plea bargaining* se decorrer de ato consciente e voluntário do acusado que, para tanto, deve ser cientificado do real significado desse tipo de negociação e de todas as suas consequências, sejam elas diretas (como a sentença condenatória) ou colaterais (como perda de benefícios sociais, deportação de estrangeiros e registros de antecedentes criminais).

Apresentados os fundamentos do procedimento norte-americano de *plea bargaining*, constata-se que, de modo semelhante, na colaboração premiada, cujo procedimento se encontra previsto na Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013: a negociação ocorre por iniciativa das partes e entre elas se desenvolve, sem a participação do juiz nas tratativas; exige-se que o acusado esteja acompanhado por seu defensor durante todo o procedimento; a realização do acordo deve decorrer da aceitação voluntária do acusado, livre de coação ou ameaça.

Dois pontos merecem destaque na comparação entre os citados instrumentos de negociação penal americano e brasileiro, indo além do formato dos procedimentos e contribuindo para a clareza na formação do entendimento quanto ao núcleo de cada um desses expedientes de consenso.

O primeiro diz respeito a um requisito constante do procedimento de colaboração premiada, apenas, pertinente à necessidade de obtenção de determinados resultados, previstos em lei, em decorrência das informações e elementos de prova fornecidos pelo colaborador; a concessão dos benefícios negociados, portanto, somente ocorrerá se a colaboração feita pelo acusado for - além de efetiva - eficaz.

¹²⁰ De acordo com a legislação sobre procedimento criminal federal - Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹²¹ BENDER, Paisly. Exposing the hidden penalties of pleading guilty: a revision of the collateral consequences rule. **Geo. Mason L. Rev.**, [S.l.], v. 19, p. 291, 2011.

O segundo ponto relevante torna claro que não houve uma simples importação do *plea bargaining* pelo ordenamento jurídico brasileiro sob a roupagem da colaboração premiada¹²². Trata-se de uma crucial distinção e que se refere à liberdade de negociação entre as partes, cuja amplitude depende do sistema jurídico em que se encontre inserido o respectivo procedimento de negociação penal.

2.1.2 A liberdade de negociação entre acusação e defesa

No sistema de *plea bargaining*, as partes possuem ampla liberdade para negociar¹²³, podendo transigir sobre a própria pena a ser aplicada, inclusive, quanto à sua quantidade, modo e local de cumprimento; há, ainda, liberdade para modificar a imputação contida na peça acusatória, tornando-a mais benéfica ao acusado do que, efetivamente, seria se decorresse da narrativa correspondente aos fatos criminosos apontados pela acusação.

Dito de outra forma, em suas modalidades básicas¹²⁴, o *plea bargaining* pode resultar em uma negociação a respeito da própria acusação (*charge bargaining*), a partir da modificação consensual do seu teor para beneficiar o réu, o que pode ocorrer por meio da imputação de um delito menos grave ou da exclusão de algum dos delitos imputados inicialmente; pode resultar, ainda, em tratativas sobre o próprio julgamento (*sentence bargaining*), mediante a alteração da pena a ser aplicada, seja via redução do respectivo

¹²² “Na realidade, não ocorreu propriamente uma recepção, mas uma mutação jurídica, na medida em que tanto a bargaining quanto a probation sofreram alterações, adequações ao sistema penal e processual brasileiro ao serem transplantadas.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 320).

¹²³ Como destaca Cláudio José Pereira, devido a essa ampla discricionariedade de atuação, em favor do Ministério Público: “(...) há oportunidade de decidir quando deve ou não continuar com uma investigação, ou estabelecendo condições de imunidade a uma testemunha, declarações de culpabilidade e recomendações ao Tribunal, decidindo quanto, como e por quais crimes o acusado será ou não submetido à persecução penal, podendo inclusive dela desistir depois de transacionar. Determina-se um ou mais elementos da própria sentença, por meio de negociação, reduzindo a grande maioria dos processos Norte-Americanos a uma fase de ‘pré-triagem’, sem submetê-los a um juízo instrutório.” (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 110).

¹²⁴ Há, ainda, possibilidade de serem celebrados tipos diversos de acordo, dentro do sistema do *plea bargaining*, como Cavali complementa: “Mas, além dessas duas modalidades, a declaração de culpa pode ser apresentada em troca de benefícios diversos, como o cumprimento de pena em determinada instituição prisional; a designação de audiência para certa data; o desconto do tempo de prisão preventiva da sanção final; a imunidade em relação a outros delitos, entre outras condições.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274).

patamar, seja com base em recomendação do próprio órgão de acusação (*sentence recommendation*), pugnando por uma pena mais branda.

Já o acordo penal via colaboração premiada, no Brasil, possui margem de liberdade de negociação mais restrita, sendo inviável que as partes, de comum acordo, definam a quantidade de pena a ser aplicada ou modifiquem a imputação contida na denúncia - seja quanto à quantidade ou à tipificação das infrações verificadas; não há, outrossim, como se verifica no *plea bargaining*, a liberdade para o Ministério Público oferecer a modificação da acusação como prêmio¹²⁵, prometendo imputar crime menos grave do aquele praticado ou em número inferior ao noticiado.

No *plea bargaining*, em virtude da discricionariedade ilimitada conferida ao Ministério Público, que pode recusar a realização do acordo, inclusive, fica esvaziada a atribuição sancionatória do juiz, que acaba adotando¹²⁶ a linha da manifestação ministerial, desempenhando, outrossim, o papel de fiscalizar a legalidade da negociação e oficializar uma condenação mediante sentença.

Ainda em consequência de tamanha liberdade de atuação, tem-se o risco de excesso na acusação (*overcharging*) para induzir à aceitação do acordo, situação esta que se configura quando o objeto da negociação é manipulado pelo próprio Ministério Público¹²⁷, no intuito de conferir uma aparência mais aceitável à sanção moderada oferecida, levando o acusado a aceitar o *plea bargaining* nesses termos.

Essa manipulação pode ocorrer por meio de uma superestimativa quanto à pena a ser aplicada, após o julgamento, em contrapartida a uma proposta de pena, também, elevada, mas que, em comparação com a primeira, mostra-se mais vantajosa para o acusado. Em outra

¹²⁵ No pertinente à limitação da discricionariedade do Ministério Público, quanto ao estabelecimento dos prêmios a serem negociados, Cavali assevera que: "Na linha do estabelecido no Manual de colaboração premiada da ENCCLA: (...) não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena." (CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões 'conservadora' e 'arrojada' do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 255-274.)

¹²⁶ De modo diverso, como anota Cláudio José Pereira, com base na independência dos Estados americanos quanto ao estabelecimento do sistema judicial, Estados como Arizona e Arkansas conferem ao juiz a possibilidade de revisar os termos do acordo, indo além da atuação, meramente, canceladora da atuação do Ministério Público. (PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 112).

¹²⁷ Ibid.

configuração, pode haver *overcharging*, a partir da imputação de condutas criminosas mais graves, unicamente, com o intuito de convencer o acusado a aceitar uma proposta de modificação da acusação para crimes menos graves, porém, ainda, considerados de alta reprovabilidade.

Há, sem dúvidas, muitas controvérsias em torno do *plea bargaining* e uma delas se refere, exatamente, à ampla discricionariedade da atuação do Ministério Público¹²⁸.

Inegavelmente, a solução de casos criminais por meio do *plea bargaining* economiza recursos que seriam despendidos com a submissão ao julgamento convencional, o que decorre da simplificação do procedimento, como se verifica em outros sistemas jurídicos que adotam a negociação penal. Entretanto, é clara a desigualdade das partes envolvidas na negociação americana, que se desenvolve num cenário em que o Ministério Público pode se recusar a oferecer a proposta, mas, esta, uma vez ofertada, deve ser aceita pelo acusado.

Efetivamente, a Constituição norte-americana não inclui o *plea bargaining* dentre os direitos do acusado, porém, a ofensa ao devido processo legal pode decorrer da impossibilidade de efetiva negociação entre as partes, num contexto em que as condições pessoais do acusado o impelem a aceitar um acordo ruim, ainda que seja inocente. Circunstâncias como o alto custo dos julgamentos, nos Estados Unidos, bem como a desinformação do acusado.

Outra situação que revela a assimetria na posição dos negociadores consiste no fato de que, em regra, o Ministério Público dispõe de informações melhores sobre o caso do que o acusado, na medida em que, certamente, ouviu testemunhas e o próprio acusado, obtendo elementos probatórios para subsidiar a confecção de uma proposta de acordo. Ao acusado é conferida uma fração dos recursos de investigação e de tempo que se encontram à disposição do Ministério Público, reduzindo a possibilidade de uma decisão segura quanto à aceitação ou recusa da proposta de *plea bargaining*; o acusado, no mínimo, enfrenta dificuldades para definir, de forma segura, se a opção pelo julgamento seria ou não mais vantajosa do que o acordo proposto.

Lógica e precipuamente, as distinções constatadas quanto à margem de liberdade de negociação na colaboração premiada e no *plea bargaining* decorrem das características

¹²⁸ REINGANUM, Jennifer F. Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion. *The American Economic Review*, [Pittsburgh], v. 78, n. 4, p. 713-728, set., 1988. Disponível em: <<https://authors.library.caltech.edu/83132/1/sswp616%20-%20published.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

intrínsecas dos sistemas¹²⁹ que vigoram nos Estados Unidos e no Brasil. Desse modo, tendo o princípio acusatório como vetor, assim como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o Processo Penal brasileiro não poderia implementar, pura e simplesmente, o *plea bargaining system* americano¹³⁰ - e isso, de fato, não ocorreu.

2.1.3 Resultados da negociação penal no sistema norte-americano

Apesar das severas críticas relacionadas, inclusive, à inconstitucionalidade do *plea bargaining*, os números da Justiça norte-americana revelam a sua massiva utilização na solução dos casos criminais, essencialmente, por reduzir a carga de processos a serem submetidos ao julgamento convencional, bem como por se revelar mais célere e econômico para os cofres do Governo. Em relação ao acusado, além da vantagem relacionada à celeridade, a aceitação da proposta de acordo penal enseja a redução de gastos financeiros decorrentes do (caro) processo americano e assegura uma previsibilidade maior quanto ao resultado da sentença.

Desde, pelo menos, meados do século XIX¹³¹, os Estados Unidos empregam o *plea bargaining* em seu sistema de Justiça criminal, tendo havido um incremento significativo dessa prática, desde então até os dias atuais. Outrossim, revela-se incontroversa a sua aplicação como ferramenta de política criminal, diante de objetivos como redução do número de processos criminais submetidos a julgamento e de recursos financeiros empregados no Judiciário, dentre outros fatores associados à administração da Justiça e não ao processo, propriamente dito.

Atualmente, estima-se que mais de 90% (noventa por cento) das condenações criminais, nos Estados Unidos, decorrem da negociação via *plea bargaining*. Desse

¹²⁹ Sobre esse ponto, Giacomolli complementa: "Diferentemente do nosso ordenamento, bem como do que ocorre na Alemanha, Espanha, França e Itália em alguns países da própria Common Law (Noruega e Países Baixos, v.g.), no sistema americano, com regra, o acordo criminal não possui limites ou restrições." (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 318).

¹³⁰ Em linhas gerais, o procedimento americano do *plea bargaining system* se encontra previsto no âmbito federal, podendo sofrer algumas modificações nos Estados devido à competência que possuem para estabelecer os respectivos sistemas de justiça.

¹³¹ Vogel realiza um estudo histórico sobre o *plea bargaining* e afirma que sua origem ocorreu em Boston, por volta de 1820/1830, quando há registros de práticas processuais com características que remetem a esse sistema de negociação (VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**: Plea bargaining, the courts, and the making of political authority. New York: Oxford University Press, 2007).

montante, 94% (noventa e quatro por cento) são condenações da Justiça dos Estados e 97% (noventa e sete por cento) correspondem às condenações do Judiciário Federal, levando à conclusão de que o sistema americano de justiça criminal submete pouquíssimos casos a julgamento¹³².

Em que pese essa expressiva predominância da negociação na solução das lides penais americanas, severas críticas tem sido feitas ao *plea bargaining system* e ocasionado, em alguns Estados americanos, a vedação ou a restrição da sua prática.

No Estado da Califórnia, em 1982, foi aprovada a *proposition 8*, afastando a possibilidade de *plea bargaining* para solução de crimes considerados graves, como, por exemplo, aqueles praticados mediante violência sexual ou com uso de arma de fogo; essa vedação californiana, entretanto, somente se refere ao momento em que ocorre a *information* ou *indictment*, sendo permitido o *plea bargaining* nas demais fases¹³³.

Proibição similar foi feita no Estado do Alaska, vedando o *plea bargaining*, "em razão do número desproporcional de acordos que se estavam dando, chegando a critérios subjetivos de legalidade, e produzindo uma redução substancial desta prática, enquanto perdurou a proibição¹³⁴".

Ainda que existam fortes posicionamentos contrários à sua utilização¹³⁵, esta é a era do *plea bargain* no sistema norte-americano¹³⁶ e essa ideia de negociação penal vem se espraiando devido à forte influência dos Estados Unidos como potência mundial. Nessa condição, os Estados Unidos atuam no comércio, na cultura, na economia e na política, bem

¹³² YOFFE, Emily. Innocence is irrelevant. *The Atlantic*. [S.l.], v. 330, n. 2, p. 66-74, 2017.

¹³³ FRIEDLAND, Diana. **27 Years of Truth-in-Evidence: The Expectations and Consequences of Proposition 8's Most Controversial Provision**. 2009. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu>>. Acesso em: 28 out. 2018.

¹³⁴ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 113.

¹³⁵ Trazendo importantes fundamentos críticos contra o *plea bargaining*, Giacomolli assevera que: "(...) os reconhecimentos de culpa nos EUA, os quais atingem pessoas menos experientes (negros e hispanos), mais suscetíveis ao acordo e que não possuem um bom defensor; por propiciarem uma troca de favores entre a defesa e MP, quem comumente é eleito ou nomeado, ademais de possuir interesse na obtenção do maior número de condenações (no plano federal, não são eleitos e, em alguns Estados, são nomeados); o incremento da imputação à obtenção de um acordo mais benéfico (*overcharging*); por negociar o MP, como regra, quando não possuir um *good case*; pela ausência de condenação pelo que realmente o acusado praticou; pela indeterminação do caso, assim como ocorre com a indeterminação da *parole* (imposição de um máximo de pena pelo juiz, mas a sua duração fica a cargo das *parole boards* - juntas de parole); a oferta de penas mais brandas às devidas nos *white collar crime*". (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 318-319).

¹³⁶ YOFFE, Emily. Innocence is irrelevant. *The Atlantic*. [S.l.], v. 330, n. 2, p. 66-74, 2017.

como atingem as esferas jurídicas dos demais países e, até mesmo, dos organismos internacionais¹³⁷.

2.2 A origem constitucional da negociação penal no Brasil e seus princípios orientadores

Seguindo a tendência de ampliação dos espaços de consenso no processo penal, conforme disposto em seu artigo 98, I¹³⁸, a Constituição de 1988 determinou a criação dos Juizados Especiais, no âmbito estadual e federal, com competência criminal relacionada a infrações penais de menor potencial ofensivo, quais sejam, contravenções e crimes com pena máxima não superior a 02 (dois) anos ou multa - cumulativa ou isoladamente cominada¹³⁹.

Com base nessa norma constitucional, originou-se a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais na esfera estadual e constitui um verdadeiro marco legislativo para a justiça penal negociada brasileira, porquanto incide, também, sobre os procedimentos de competência federal que envolvam infrações de menor potencial ofensivo, cujo processo e julgamento cabe aos Juizados Especiais Federais, implementados nos termos da Lei 10.259 de 12 de julho de 2001¹⁴⁰.

Norteando a atuação da Justiça Penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente, há os princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia processual¹⁴¹.

¹³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José, 2016, op. cit., p. 316.

¹³⁸ "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau".

¹³⁹ Em sua origem, a Lei nº 9.099/1995 previa o patamar máximo de 01 (um) ano de pena e/ou multa para os crimes de menor potencial ofensivo, o que foi modificado para 02 (dois) anos pela Lei nº 11.313/2006. Frise-se que, antes mesmo dessa alteração, a Lei dos Juizados Especiais Federais já estabelecia pena máxima de 02 (dois) anos para as infrações penais de menor potencial ofensivo, o que hoje se encontra unificado nas esferas estadual e federal, conforme artigo 61 da Lei nº 9.099/1995: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa."

¹⁴⁰ Lei nº 10.259/2001, art. 1º: "São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995".

¹⁴¹ Sobre os princípios orientadores da justiça penal negociada, pode-se afirmar que o respectivo núcleo se encontra no artigo 2º da Lei nº 9.099/1995, assim redigido: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

Dessa orientação principiológica, exsurge evidente o propósito da implementação do sistema de Justiça Penal negociada: evitar que o processamento de crimes de menor potencial ofensivo se arraste, desnecessariamente, devido ao grau de complexidade e formalismo que caracterizam o Processo Penal, em linhas gerais; prioriza-se, nesse intuito, a prática dos atos processuais oralmente e de maneira simples, propiciando uma solução célere das demandas criminais e o incremento da economia processual.

Ademais, ao determinar que certas infrações penais devem ser submetidas a um processo simplificado e que outras merecem percorrer o processo penal convencional, a lei viabiliza a concretização do princípio da proporcionalidade, tomando por norte o grau de reprovabilidade social da conduta, fazendo incidir um outro princípio orientador da Justiça Penal negociada: o princípio da oportunidade regrada.

Efetivamente, a adoção da solução consensual na esfera Penal envolve a atribuição de disponibilidade às partes quanto à solução do conflito, como se extrai dos instrumentos trazidos pela Lei 9.099/1995: composição civil os danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Nesse cenário, há possibilidade de se negociar as sanções e o modo como serão cumpridas, de modo alternativo à pena privativa de liberdade, observados os parâmetros mínimos estabelecidos na lei quanto aos requisitos pertinentes e à sua duração.

Cai por terra, assim, o dogma da incidência da obrigatoriedade absoluta da ação penal e se firma o entendimento pela existência do princípio da oportunidade.

Em comum, ambos princípios possuem fundamento constitucional¹⁴² e merecem temperamentos, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, seja por excessos no exercício de uma pretensão punitiva sem justa causa ou pelo seu não exercício com base em critérios discricionários, respectivamente; admite-se, desse modo, a existência concomitante dos princípios da obrigatoriedade mitigada e da oportunidade regrada no Processo Penal brasileiro¹⁴³.

¹⁴² Na Constituição, a base do princípio da obrigatoriedade se encontra no artigo 129, I, que estabelece a função institucional do Ministério Público de propor a ação penal pública; o fundamento constitucional do princípio da oportunidade, por sua vez, vem traduzido pela introdução da negociação penal no ordenamento jurídico pátrio (artigo 98, I).

¹⁴³ Como bem leciona Cláudio José Pereira: “A possibilidade e o dever de conviver os princípios da oportunidade e da obrigatoriedade, sob a tutela da legalidade, existe em face do descompasso que se reconhece em adotar de forma absoluta qualquer um dos dois, sem limitações, controles ou providências suplementares, que impeçam sua existência rígida.

Esta convivência existente é fruto de duas formas de atuação. A primeira sob a égide da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e a segunda através da política criminal, adotada pelo órgão ministerial na sua forma de atuação junto ao sistema judiciário”. (PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 69).

É importante ressaltar que a adoção do princípio da oportunidade regrada não afasta a prestação da tutela obrigatória exigida pelo Estado, mas, sim, torna-a adequada aos casos em que a relevância social a exige¹⁴⁴.

Com efeito, o fato de ter o princípio da oportunidade como vetor não torna a negociação penal um instituto apto a autorizar que os sujeitos processuais optem, deliberada e livremente, por atuar ou deixar de atuar quanto às infrações criminais passíveis de solução consensual; constata-se, efetivamente, que a utilização de qualquer dos instrumentos de negociação penal, no Brasil, depende do atendimento aos parâmetros estabelecidos na lei, sendo indispensável a atuação dos agentes públicos responsáveis pela persecução penal e entrega da prestação jurisdicional na esfera penal.

Cumprir observar, com base nessa linha de compreensão, que a transação penal somente se perfaz com a proposta do Ministério Público, manifestação da defesa e posterior homologação judicial (de modo semelhante, ocorre em relação à composição civil dos danos); a suspensão condicional do processo exige o anterior oferecimento da denúncia e, também, a atuação da defesa e a homologação do juiz competente.

Ou seja, há viabilidade de convivência entre os princípios da oportunidade regrada e da obrigatoriedade mitigada, cabendo analisar, no caso concreto, regras de precedência de um sobre o outro, o que caracteriza os procedimentos de solução consensual.

Revela-se importante observar, também, que a aceitação voluntária da proposta de acordo pelo acusado constitui uma estratégia defensiva adotada com o auxílio do respectivo defensor, calcada na análise comparativa entre possíveis prejuízos decorrentes do regular desenvolvimento da ação penal e os benefícios ofertados para uma solução consensual da causa criminal.

Assim concretizada, com a devida observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como respeitando o devido processo legal e constitucional, a Justiça negociada gera reflexos positivos, também, no processamento das causas criminais que se encontram fora do âmbito de competência dos Juizados Especiais criminais. Isso ocorre porque, atendendo a questões de lógica para o melhor funcionamento do sistema, deslocam-se para essa faixa de maior reprovabilidade - e, via de regra, de maior complexidade - os recursos humanos e materiais antes despendidos com as contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo.

¹⁴⁴ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 72.

Seguindo esse caminho, é possível alcançar a finalidade objetivada com a abertura de espaços de consenso no Processo Penal - o desafogamento no Judiciário como um todo – porquanto, a simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e a economia processual, somadas à oportunidade regrada, conduzem o emprego dos instrumentos de negociação penal de modo a otimizar a persecução penal e a entrega da prestação jurisdicional.

2.3 Instrumentos do microssistema de Justiça Penal negociada

No momento da criação dos Juizados Especiais criminais, em seu artigo 98, I, a Constituição Federal determinou que a transação seria um instrumento de negociação nas causas criminais de menor potencial ofensivo. Trata-se de uma previsão constitucional exemplificativa, que fixa um mínimo necessário para a abertura de espaços de consenso no Processo Penal, permitindo à legislação infraconstitucional a adoção de outras ferramentas aptas a propiciar a ampliação desse novo cenário conciliatório no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, dando cumprimento ao mandamento constitucional, a Lei 9.099/1995 ampliou o rol supramencionado, trazendo a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo como novas ferramentas a serem utilizadas no procedimento dos Juizados Especiais criminais, ao lado da transação penal.

Com a Lei nº 12.850/2013, foi definido o procedimento para implementação da colaboração premiada, instituto que, como o próprio nome indica, envolve a participação do acusado como colaborador na persecução penal, o que decorre do seu objetivo de obter benefícios previstos na legislação que rege o tema; tem-se, portanto, um procedimento que apresenta elementos característicos da esfera negocial.

2.3.1 Composição civil dos danos

Tratando-se de infração penal de ação privada ou de ação penal pública condicionada à representação, a negociação entre as partes quanto à composição civil dos

danos¹⁴⁵, uma vez homologada, configura a renúncia ao direito de queixa ou representação¹⁴⁶. “(...) Essa renúncia aparece como elemento incentivador e marcante para a adoção, pelo imputado, da opção conciliatória, e com as consequências advindas da extinção da punibilidade¹⁴⁷”.

A oportunidade precípua para a realização do acordo de compensação civil dos danos corresponde à audiência preliminar, que deve ocorrer na presença do Ministério Público e sob a condução do juiz ou conciliador sob a orientação deste. Caso seja inviável a composição dos danos em audiência preliminar, o ofendido poderá fazer sua representação, imediata e oralmente, ou, ainda, no prazo legal previsto para realização desse ato processual; não há, portanto, decadência do direito de representação quando o ofendido deixa de apresentar a referida representação na audiência preliminar cuja negociação restou frustrada¹⁴⁸.

Quanto à ação penal pública, a celebração de acordo que estabeleça a composição civil dos danos leva ao desaparecimento da justa causa para o oferecimento da denúncia, restando o Ministério Público “impedido de atuar, pela ausência de condição de procedibilidade, em revelando o aspecto despenalizador do instituto¹⁴⁹”.

Num ou noutro caso, as partes ficam vinculadas ao cumprimento das obrigações constantes do termo de negociação penal homologado pelo juiz¹⁵⁰, por sentença irrecorrível, resolvendo-se eventual descumprimento mediante procedimento cível de execução do acordo.

¹⁴⁵ "Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

¹⁴⁶ Lei nº 9.099/1995, artigo 74: "A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

¹⁴⁷ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 146.

¹⁴⁸ Lei nº 9.099/1995, artigo 75: "Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei”.

¹⁴⁹ PEREIRA, Cláudio José Langroiva, 2002, op. cit., p. 145.

¹⁵⁰ Numa reflexão sobre a presença do juiz no procedimento consensual de composição civil dos danos, Cláudio José Pereira afirma: “A presença do juiz, como conciliador ou mediador na negociação, demonstra a pretensão de uma atuação isenta e equânime, na busca de uma solução alternativa de pacificação social, respeitando-se a vontade dos participantes do processo negociado, limitando-se a uma função pacificadora, orientadora e mediadora, sem influências expressivas ou decisivas na opção das partes, exercendo a manutenção e a viabilidade da justiça penal negociada, sem se afastar de sua função jurisdicional, representada pela necessária homologação do acordo, após a supervisão e devida condução das vias consensuais.” (Ibid., p. 145).

Frise-se que, nessa situação de descumprimento do acordo homologado, afasta-se a possibilidade de serem implementados os efeitos penais decorrentes de uma sentença condenatória, porquanto esta somente é exarada após regular instrução processual, diante da comprovação da materialidade e da autoria delitivas dos fatos narrados na denúncia ou queixa-crime.

Merece destaque a situação em que, após a celebração do acordo, constata-se a alteração fática existente no momento da composição civil e consequente descompasso quanto à reparação efetivada. “Assim, as modificações posteriores à homologação do acordo civil, desde que situadas no mesmo desdobramento fático e causal, interferem na complementação indenizatória, situação a ser discutida na perspectiva de abertura do processo de conhecimento”¹⁵¹.

2.3.2 Transação penal

Apesar da sua nítida inspiração no procedimento americano de plea bargaining, o microsistema de negociação penal no Brasil não exige, para a transação penal, que o acusado confesse a prática delitiva. Para tanto, basta que o acusado e seu defensor aceitem os termos da proposta de acordo apresentada pelo Ministério Público.

Emprega-se a transação penal, como instrumento de negociação, quando a infração penal tiver pena máxima de 02 (dois) anos e multa, isolada ou cumulativamente cominada, nos termos do artigo 76 da Lei nº 9.099/1995, a fim de viabilizar a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, cuja execução somente ocorrerá após a homologação judicial, por sentença.

A sentença homologatória da transação penal pode ser objeto de apelação, mas não consta como antecedente criminal e nem gera reincidência para fins penais ou efeitos civis; há, unicamente, o registro necessário para impossibilitar a celebração de outro acordo semelhante, no prazo de 05 (cinco) anos¹⁵².

¹⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 330.

¹⁵² A propósito, assim dispõe o artigo 76 da Lei nº 9.099/1995:

“(…)

§5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

Caso se constate o descumprimento das condições constantes da transação penal homologada pelo Juízo, o Ministério Público estará livre para propor denúncia ou requisitar a instauração de inquérito policial, tendo em vista que o acordo não faz coisa julgada material¹⁵³.

2.3.3 Suspensão condicional do processo

Um outro instrumento de negociação penal se encontra previsto no artigo 89 da Lei 9.099/1995¹⁵⁴ e consiste na suspensão condicional do processo, que, apesar de importantes diferenças, aproxima-se da mencionada *probation* do direito norte-americano.

Com fundamento constitucional no artigo 98, I, da Constituição, a suspensão condicional do processo se operacionaliza mediante proposta formulada pelo Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia, desde que se trate de crime com pena mínima igual ou inferior a 01 (um) ano¹⁵⁵, bem assim que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

§6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”.

¹⁵³ Assim entendendo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 35, cujo teor é o seguinte: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descomprimas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 20 nov. 2018).

¹⁵⁴ Artigo 89 da Lei 9.099/1995: "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)".

¹⁵⁵ Sobre algumas questões importantes relacionadas à suspensão condicional do processo, merecem destaque os seguintes verbetes:

- Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento de um sexto for superior a um ano”.
- Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.
- Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Além disso, o acusado deverá satisfazer os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena e aceitar cumprir as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Diante das modificações introduzidas no Código de Processo Penal, especificamente, quanto ao momento de recebimento da denúncia, o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo deve ocorrer após a defesa escrita prevista no artigo 396-A desse diploma legal¹⁵⁶, sob pena de prejuízo à garantia da ampla defesa e ao princípio da presunção de inocência.

Com efeito, a resposta escrita à acusação pode impedir o prosseguimento da ação penal se restar configurada situação apta a ensejar a absolvição sumária do réu, nos termos do artigo 397 do Código de Processo Penal¹⁵⁷. Por outro lado, a suspensão condicional do processo somente será determinada após o recebimento da denúncia e, para que ocorra a extinção da punibilidade ao final do prazo estabelecido, o réu deverá cumprir as condições constantes do acordo.

Desse modo, ao se determinar a intimação do réu para a apresentação da resposta escrita à acusação, em momento anterior ao recebimento da denúncia e à efetiva negociação penal sobre a suspensão condicional do processo, privilegia-se a presunção de inocência e oportuniza-se o exercício da ampla defesa, com o que será possível a comprovação de situação que leve à absolvição sumária, caracterizando um resultado mais benéfico¹⁵⁸ do que aquele decorrente do cumprimento do acordo homologado pelo juiz.

¹⁵⁶ Trata-se de inovação no rito processual penal, num claro incremento do sistema constitucional de garantias, especialmente, quanto ao exercício da ampla defesa. É o que se extrai da leitura do artigo 396-A: "Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário".

¹⁵⁷ Com as alterações promovidas pela Lei nº11.719/2008, o Código de Processo Penal passou a prever hipóteses de absolvição sumária, após o recebimento da denúncia, como explicita o seu artigo 397:

"Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente".

¹⁵⁸ Em sintonia com o raciocínio ora desenvolvido, Giacomolli pondera que: "Considerando ser a admissibilidade da suspensão condicional do processo um ato personalíssimo do acusado, a ser manifestado perante o juiz, MP e defensor; que a rejeição da denúncia e a absolvição sumária são mais favoráveis ao imputado e que a audiência é designada após esses atos processuais, ocasião em que o réu é intimado para

Ainda em observância ao princípio da ampla defesa, a aceitação da proposta deve ser feita pelo réu e seu defensor, na presença do juiz que, recebendo a denúncia, homologa o acordo celebrado entre as partes e determina a suspensão condicional do processo e do prazo prescricional, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos. Durante esse período de prova, o acusado deverá cumprir as condições supramencionadas, às quais poderão ser somadas outras compatíveis com o fato e a situação pessoal do acusado¹⁵⁹.

Uma vez constatado o preenchimento dos pressupostos legais para que o réu possa se submeter à negociação penal tendente à suspensão condicional do processo, o Ministério Público deverá apresentar a respectiva proposta de acordo, inexistindo discricionariedade para, nessas condições deixar de fazê-lo; pode-se afirmar, então, que, ao satisfazer os pressupostos estabelecidos na Lei nº 9.099/1995, o acusado adquire o direito subjetivo de receber uma proposta de suspensão condicional do processo¹⁶⁰.

Diante desse contexto, havendo recusa do Ministério Público em oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, caberá ao juiz, por analogia, aplicar o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo o feito ao Procurador-Geral.

Impõe-se a revogação da suspensão condicional do processo quando restar comprovado que, durante o período de prova, o beneficiário foi processado por outro crime ou não efetuou, injustificadamente, a reparação do dano¹⁶¹; a revogação será opcional, entretanto, se esse processo se referir a contravenção ou se o acusado descumprir qualquer outra condição imposta no acordo celebrado¹⁶², devendo ser oportunizada a justificativa para tal comportamento.

Revogada a suspensão condicional obtida pelo réu, o processo seguirá seu curso normal, quer se trate de revogação peremptória ou opcional. De igual modo, será dado

comparecer e para ser interrogado, esse é o momento processual mais adequado e compatível com a ampla defesa e o estado de inocência.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 332).

¹⁵⁹ Quanto a esse ponto, a Lei nº 9.099/1995 determina, em seu artigo 89, §2º, que “O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

¹⁶⁰ Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

¹⁶¹ Acerca da revogação peremptória da suspensão condicional do processo, assim determina o artigo 89, §3º, da Lei 9.099/1995: “A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.”

¹⁶² O §4º do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995 traz duas situações em que poderá ser revogada a suspensão condicional do processo: “A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”.

prosseguimento ao feito em que não for aceita a proposta de acordo apresentada pelo Ministério Público, com base no artigo 89 da Lei nº9.099/1995.

2.3.4 Colaboração premiada

Calcado no sistema acusatório e tendo o princípio da obrigatoriedade como bússola, o Processo Penal brasileiro se encontra diante de uma inovadora realidade, plasmada na convivência entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, bem como no abandono de velhos dogmas quanto à imprescindibilidade de um processo longo e demorado para que se garanta o exercício da ampla defesa.

É o que se constata à vista das Leis que regem os Juizados Especiais criminais nas esferas estadual e federal, bem como, mais recentemente, em relação à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que conferiu uma nova roupagem para a colaboração premiada, fixando regras específicas e detalhadas sobre o respectivo procedimento.

Segundo entende Cavali¹⁶³, ao prever a celebração de acordos de colaboração premiada, a Lei de Organização Criminosa ficou no “meio do caminho” entre um avanço tímido na previsibilidade das consequências dos acordos e a adoção declarada de uma substancial ampliação do âmbito da justiça penal negociada.

Em que pese à ausência de uma previsão explícita, no sentido de que a colaboração premiada constitui um instrumento de negociação penal, a nova Lei do crime organizado preencheu uma lacuna dos textos legais anteriores e tornou viável a sua efetiva existência como ferramenta de negociação penal, com características semelhantes ao *plea bargaining* norte-americano - sem que com este se confunda.

Nessa linha de compreensão, apesar dessa apontada “timidez”, é inegável a aptidão da Lei 12.850/2013 para ampliar os espaços de consenso no Processo Penal brasileiro, porquanto fixa um verdadeiro procedimento de negociação penal para a celebração do acordo de colaboração premiada, como à frente se observará no exame dos respectivos pressupostos, requisitos, objetivos e consequências.

¹⁶³ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

2.4 A ampla defesa na negociação penal: destaque para a transação penal e a suspensão condicional do processo

A Justiça Penal negociada surgiu devido à sobrecarga de demandas processuais penais no sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de reduzir os números correspondentes a partir da simplificação de procedimentos e utilização de instrumentos destinados à conciliação, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A propósito, deve-se ter em mente que a concretização da ampla defesa vai além da simples existência de um rito processual com inúmeros atos processuais e longa duração, caso contrário, as demandas criminais que se arrastam há anos jamais seriam passíveis de recurso com fundamento na afronta da correspondente garantia constitucional.

Num raciocínio inverso, não se pode atribuir, automaticamente, a pecha de ofensivos à ampla defesa aos procedimentos da Justiça Penal negociada, tendo em vista, no mínimo, o fato de que a celebração do acordo correlato decorre da estratégia defensiva do acusado.

Com efeito, nos procedimentos de transação penal e suspensão condicional do processo, constata-se que o acusado possui liberdade para aceitar ou recusar a proposta de negociação; caso a recuse, portanto, o acusado poderá exercer sua defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, durante regular instrução processual. Outrossim, como já mencionado anteriormente, a suspensão condicional do processo somente é ofertada após a apresentação da resposta à acusação, a fim de propiciar o exercício da ampla defesa antes desse momento, quando, então, poderá ser aceita ou não a proposta de negociação penal.

Frise-se que a transação penal e a suspensão condicional do processo devem ser acompanhadas pelo defensor do acusado, bem como se exige a voluntariedade da aceitação da proposta de negociação, sob pena de nulidade. Assim, ao se manifestar pela celebração do acordo, assistido pelo seu defensor, o acusado exerce a autodefesa e a defesa técnica. O terceiro aspecto da garantia da ampla defesa, relacionado à efetividade da defesa, dependerá da real atuação do defensor, cabendo ao julgador a adoção das providências necessárias para assegurar que o acusado não fique indefeso ou tenha defesa insuficiente.

Destaque-se que o emprego dos instrumentos negociais em comento reclama um lastro probatório mínimo sobre a ocorrência da infração penal e sua autoria, sob pena de inexistir justa causa para o prosseguimento do feito - ainda que se trate de solução consensual a ser implementada no início da demanda. Entender de modo diverso contraria a lógica do

sistema negocial e, principalmente, ofende o devido processo legal, tendo em vista a imposição de condições ao acusado, limitando a sua liberdade de agir, em situações de arquivamento do inquérito ou rejeição de eventual denúncia.

Em apertada síntese, uma vez observados os princípios que regem a Justiça Penal negociada, bem como o devido processo legal, revela-se plenamente viável o exercício da garantia da ampla defesa na transação penal e na suspensão condicional do processo, que constituem importantes instrumentos para a solução dialogada no Processo Penal brasileiro.

CAPÍTULO 3 - COLABORAÇÃO PREMIADA

De início, convém ressaltar que, em que pese o uso corrente das expressões “delação premiada” e “colaboração premiada” como sinônimos, adota-se, no presente trabalho, a nomenclatura “colaboração premiada” ao invés de “delação premiada”, por se tratar da opção constante da Lei de Organização Criminosa e que melhor reflete a ideia acerca da conduta de colaborar com a persecução penal.

3.1 Aspectos iniciais: previsão legal no histórico brasileiro e natureza jurídica.

Na legislação brasileira, os primeiros registros históricos¹⁶⁴ que remetem à ideia de regulamentação normativa da colaboração premiada podem ser encontrados nas Ordenações Filipinas, de 1603, cujo Livro V, Título VI, definia o crime de “Lesá Magestade”¹⁶⁵ (sic) e, no item 12¹⁶⁶, trazia elementos que revelam uma previsão embrionária do disposto no artigo 4, §4º, da Lei de Organização Criminosa.

Com efeito, de acordo com o citado item 12 das Ordenações Filipinas, para a concessão do perdão, exigia-se que o colaborador não fosse “o principal tratador desse conselho e confederação” e que prestasse a colaboração “antes que per outrem seja descoberto” (sic), o que corresponde, essencialmente, aos requisitos para concessão da

¹⁶⁴ SALOMI, Maria Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

¹⁶⁵ Foi com base nas Ordenações Filipinas que houve a condenação de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, delatado por Joaquim Silvério dos Reis, como se extrai do seguinte trecho do julgado prolatado nos autos de Devassa da Inconfidência Mineira: “(...) mas prevalecendo no dito Joaquim Silvério a fidelidade e lealdade que devia ter como vassalo da dita Senhora, delatou tudo ao governador da Capitania de Minas em quinze de março de mil setecentos e oitenta e nove, como consta da atestação do mesmo governador, a folhas 177 da continuação da Devassa de Minas, e depois por escrito, como se vê a folhas 5 da dita Devassa, com a data de dezenove de abril do mesmo ano.” Disponível em: <<http://portal.dainconfidencia.iof.mg.gov.br/leitura/web/v7?p#>>. Acesso em: 27 maio 2018.

¹⁶⁶ Assim se encontrava redigido o item 12: “E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber.” Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1153.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

imunidade - ou não oferecimento da denúncia -, quais sejam, necessidade de o colaborador ser o primeiro a colaborar e que não seja o líder da organização criminosa¹⁶⁷.

As Ordenações Filipinas regeram a persecução penal brasileira de 1603 até 1830, quando entrou em vigor o Código Penal, mas, somente com a Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90 - surgiu nova previsão legal quanto à colaboração premiada, com contornos mais próximos da versão atual desse instrumento, como se constata do seu artigo 8º, parágrafo único¹⁶⁸.

Outrossim, após as Ordenações do Reino, podem ser citados os seguintes dispositivos legais que remetem, de algum modo, ao atual formato da colaboração premiada:

- Código Penal (artigo 159, § 4º)¹⁶⁹;
- Crimes contra o Sistema Financeiro – Lei 7.492, de 16 de junho de 1986 (artigo 25, § 2º)¹⁷⁰;
- Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (artigo 8º, parágrafo único);
- Crimes contra a Ordem Tributária – Lei 8.137, de 17 de dezembro de 1990 (artigo 16, parágrafo único)¹⁷¹;
- Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (artigo 1º, § 5º)¹⁷²;

¹⁶⁷ Lei 12.850/13, artigo 4º, 4º: Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

¹⁶⁸ Artigo 8º, parágrafo único: 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.

¹⁶⁹ Artigo 159, §4º: Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

¹⁷⁰ Artigo 25, § 2º: 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. (Incluído pela Lei 9.080, de 19.7.1995)

¹⁷¹ Artigo 16, parágrafo único: 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. (Parágrafo incluído pela Lei 9.080, de 19.7.1995)

¹⁷² Artigo 1º, § 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. (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

- Lei de Proteção às Testemunhas – Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 (artigos 13 a 15)¹⁷³;
- Lei Antidrogas – Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (artigo 41)¹⁷⁴;
- Lei Antitruste – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (artigo 87, parágrafo único)¹⁷⁵;
- Lei das Organizações Criminosas - Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.

Dentre os textos legais supramencionados, a Lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas), em seus artigos 4º a 7º, inegavelmente, ocupou-se, com maior riqueza de detalhes da colaboração premiada e seu respectivo procedimento.

Convém destacar que, no âmbito internacional, há dois importantes textos contendo dispositivos que, antes mesmo da Lei 12.850/2013, já davam suporte constitucional à colaboração premiada¹⁷⁶, quais sejam, a Convenção das Nações Unidas contra o crime

¹⁷³ Art. 13: Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

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

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

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

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

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

Art. 15: Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

¹⁷⁴ Art. 41: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹⁷⁵ Art. 87: Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

¹⁷⁶ “(...) A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJE-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4689981>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

organizado transnacional - Convenção de Palermo (artigo 26)¹⁷⁷, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção - Convenção de Mérida (artigo 37)¹⁷⁸, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A colaboração premiada é instituto jurídico, relativamente, novo no Direito brasileiro e tem sua incidência destinada, precipuamente, aos processos e procedimentos criminais relacionados à prática de crimes por organizações criminosas. Isso se justifica porque, nesse tipo de criminalidade, de maior complexidade, os integrantes da organização

¹⁷⁷ Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei:

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente.

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

¹⁷⁸ Artigo 37. Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei:

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção.

5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

se relacionam, essencialmente, com base na confiança mútua e na lei do silêncio (omertá)¹⁷⁹ acerca das atividades do grupo, blindando-se uns aos outros e, em especial, aqueles que ocupam os níveis hierárquicos mais altos, numa verdadeira teia de cumplicidades.

Diante desses fatores, os meios convencionais de obtenção de prova podem ser insuficientes para alcançar os líderes da organização criminosa, restringindo-se a sua eficácia, em geral, à comprovação dos crimes que correspondem às tarefas praticadas na base dessa estrutura, composta pelos agentes criminosos que atuam na linha de frente¹⁸⁰.

Assim, nos termos da Lei 12.850/2013¹⁸¹, a colaboração premiada se apresenta como meio de obtenção de prova a ser empregado no combate à criminalidade organizada; na visão do Supremo Tribunal Federal, além disso, a colaboração premiada configura-se como negócio jurídico processual condicionado à eficácia do resultado, o que implica na necessidade de atendimento aos requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral¹⁸².

3.2 Procedimento

O procedimento de colaboração premiada¹⁸³ restou delineado pela Lei 12.850/13, suprimindo uma lacuna no ordenamento jurídico que, apesar de já prever esse instrumento em

¹⁷⁹ “De fato, no Brasil, a colaboração premiada tem desempenhado papel importante no combate à criminalidade organizada e aos crimes de colarinho branco. Nos últimos anos, ganhou destaque não só com a novel regulamentação sobre o tema, mas, sobretudo com as investigações levadas a efeito no bojo da conhecida Operação Lava Jato e em seus desdobramentos.” SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 158.

¹⁸⁰ Nessa linha de compreensão, Costa, assevera que: “São diversos os mecanismos de blindagem existentes em grupos criminosos organizados, principalmente de sua liderança, os quais dificultam sobremaneira a atuação dos órgãos responsáveis pela persecução criminal. Desta maneira, as investigações convencionais somente levariam à possível responsabilização criminal de atores de baixa relevância no âmbito da organização criminosa.” (CAMPOS, Rodrigo de. **Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 173).

¹⁸¹ Art. 3º: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada”.

¹⁸² Essa linha de entendimento foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento pertinente à Questão de Ordem levantada nos autos da PET 7074/DF, apresentada, inicialmente, nos autos da Petição 7003, pertinente à homologação de acordos de colaboração premiada no âmbito da denominada “Operação lava-jato”. No julgamento da citada QO 7074 restou assentado que o acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico condicionado à eficácia da colaboração. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5204385>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹⁸³ Sintetizando os elementos que caracterizam o instituto, Andrey Borges de Mendonça define a colaboração premiada como: “A eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a persecução

dispositivos legais esparsos, ainda não havia estabelecido, claramente, o modo como deveriam utilizá-lo, nem tampouco quais seriam os seus requisitos.

De início, no tocante à legitimidade, constata-se a impossibilidade de se realizar a colaboração premiada pelo juiz, de ofício, havendo a necessidade de requerimento das partes, o que se mostra consentâneo com o próprio sistema acusatório e a necessária imparcialidade do julgador.

À vista da utilização do termo *partes*, quanto ao requerimento dos prêmios pertinentes à colaboração premiada, é pacífica a conclusão no sentido de que pode ser feito pela defesa do colaborador e pelo Ministério Público; há, entretanto, divergência doutrinária e jurisprudencial no pertinente à efetivação do acordo pelo delegado de polícia, apesar da autorização legal expressa constante do artigo 4º, §6º, da Lei de Organização Criminosa¹⁸⁴.

A propósito, fundamentando o entendimento contrário à legitimidade ativa do delegado de polícia, assevera-se que prêmios oferecidos ao colaborador atingem a própria ação penal, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, nos termos do artigo 129, I, da Constituição¹⁸⁵. Portanto, permitir ao delegado de polícia que celebre acordo de colaboração premiada significaria impedir o Ministério Público de propor a ação penal ou de prosseguir com aquela já proposta, caso sejam previstas, nesse acordo, cláusulas de perdão judicial, não persecução penal ou de suspensão do prazo para denunciar.

Nessa linha de raciocínio, houve a interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5508 - pelo Procurador Geral da República, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei 12.850/2013, que dispõem sobre a participação de delegado de polícia na celebração e homologação de acordos de colaboração premiada; consta, ainda, requerimento da modulação dos efeitos da pretendida declaração de inconstitucionalidade, a fim de preservar acordos de colaboração premiada celebrados por delegados de polícia, desde que tenha havido concordância do Ministério Público.

penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo.” (BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018).

¹⁸⁴ Lei 12.850/2013, artigo 4º, §6º: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

¹⁸⁵ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Em apertada síntese, o Procurador Geral da República argumenta que a titularidade da ação penal pública pertence, exclusivamente, ao Ministério Público, sendo vedado ao legislador ordinário atribuir à autoridade policial, por meio da colaboração premiada, o poder de mitigação da regra de indisponibilidade relativa da persecução penal. Como consequência da inobservância dessa vedação, há violação ao devido processo legal, ao princípio acusatório - na sua feição processual substantiva e na sua expressão material, bem como às funções do Ministério Público, nos termos do artigo 129, I e §2º, primeira parte, da Constituição¹⁸⁶.

Há, também, posicionamento favorável à realização de acordo entre o colaborador e a autoridade policial, afirmando-se que, nesse caso, inexiste indevida intromissão do delegado de polícia na seara de atribuição privativa do Ministério Público. A atuação de cada uma das referidas autoridade ocorre em campos diversos da persecução penal, circunscrevendo-se o delegado de polícia à atividade de investigação, sem se imiscuir na ação penal, restando ausente, portanto, qualquer ofensa a dispositivo constitucional¹⁸⁷.

Em que pese a celeuma instalada, basicamente, entre o Ministério Público e delegados de polícia, da leitura do disposto nos parágrafos cuja constitucionalidade se questiona na citada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5508, não se extrai, de pronto, uma usurpação de atividade privativa do titular da ação penal pública.

No artigo 4º, §§2º e 6º, da Lei 12.850/13, observa-se a necessidade de manifestação do Ministério Público, na hipótese de se tratar de acordo celebrado pela autoridade policial. Ademais, a previsão de se aplicar o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁸⁸, caso o juiz discorde da concessão do perdão judicial ao colaborador, pode assegurar a observância do princípio acusatório e, conseqüentemente, preservar a titularidade exclusiva da ação penal pública; evita-se, com esse mecanismo, a vinculação transversa do Ministério Público ao entendimento da autoridade policial, no pertinente ao exercício da pretensão punitiva ou executória.

¹⁸⁶ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>>. Acesso em: 02 jun. 2018

¹⁸⁷ COSTA, Rodrigo de Campos. **Processo penal garantista**: infiltração de agentes e colaboração premiada. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 178.

¹⁸⁸ Código de Processo Penal, artigo 28: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Andrey Borges de Mendonça¹⁸⁹ assevera que, havendo discordância do Ministério Público quanto ao acordo realizado pelo delegado de polícia, e, ao mesmo tempo, concordância do juiz, somente restará a este aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal, sendo-lhe vedada a respectiva homologação.

À vista de todo esse impasse acerca da legitimidade do delegado para celebrar acordo de colaboração premiada, cabe aguardar a decisão do STF na referida ADI 5508, ressaltando-se que permanece incólume o disposto nos parágrafos questionados, tendo em vista a presunção de constitucionalidade em seu favor¹⁹⁰. Outrossim, é importante ter em mente a ideia no sentido de que a atuação conjunta das instituições somente tem a acrescentar no combate à criminalidade organizada¹⁹¹.

3.3 Requisitos legais e critérios pertinentes à colaboração premiada

Outrossim, ao definir o procedimento da colaboração premiada, a Lei de combate ao Crime Organizado fixou os seguintes requisitos, em seu artigo 4º: voluntariedade, efetividade e eficiência da colaboração.

¹⁸⁹ BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/pu-blicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-orga-nizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁹⁰ Nesse ínterim, revela-se ponderada a adoção da solução apontada por Costa: “Pensamos que o cenário ideal consiste justamente no trabalho conjunto das instituições. Nada impede que os acordos firmados durante o inquérito policial sejam celebrados com a presença do Ministério Público, cada um atuando com sua expertise: o Delegado de Polícia com a parte técnica operacional investigativa e o Ministério Público, assistindo e apoiando essa medida, apontando questões de cunho jurídico que possam refletir no processo criminal e quiçá corrigindo eventuais falhas, todos com objetivo de combater de maneira eficaz a criminalidade organizada.” (COSTA, Rodrigo de Campos. **Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 188).

¹⁹¹ Com esse entendimento, Andrey Borges de Mendonça afirma: “De qualquer sorte, mais importante é que haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime *organizado*, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas. Portanto, recomenda-se que o Delegado, ao ter notícia da possibilidade de colaboração premiada, que entre em contato com o membro do MP responsável para que haja participação ativa na colaboração.” (BORGES, Andrey, op. cit. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/pu-blicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29.05.2018).

3.3.1 Voluntariedade do agente colaborador e a situação do colaborador preso

O primeiro requisito legal da colaboração premiada se refere à voluntariedade, sendo importante frisar que o termo "voluntariamente", constante do artigo 4º da Lei da Organização Criminosa, não significa "espontaneamente"¹⁹².

Inegavelmente, é possível que o investigado ou acusado seja incentivado a colaborar com a persecução criminal, inclusive, pelo seu próprio defensor - até porque, em alguns casos, o pretense colaborador sequer tem conhecimento da existência desse instrumento de negociação penal, nem tampouco dos possíveis benefícios decorrentes da sua colaboração; haveria, a rigor, a descaracterização da espontaneidade do ato, mas não, necessariamente, da sua voluntariedade.

Deve-se ter em mente que esse requisito subjetivo tem a finalidade de impedir que se obtenha a colaboração premiada mediante coação, seja ela física ou moral, razão pela qual a melhor interpretação deve ser no sentido de que basta a voluntariedade do ato, não se exigindo a espontaneidade.

Questão interessante gravita em torno da validade da colaboração premiada obtida durante a prisão do colaborador, devido à possível ausência de voluntariedade.

Na verdade, a voluntariedade da colaboração premiada, assim como os demais requisitos, deve ser aferida no caso concreto, independentemente de se tratar de colaborador solto ou preso¹⁹³; as circunstâncias objetivas e subjetivas da efetivação da colaboração,

¹⁹² Sobre a diferença entre confessar, delatar e colaborar, René Ariel Dotti destaca: “No primeiro caso, o responsável pelo fato chama a si a autoria do mesmo. No segundo, o sujeito, admitindo ou negando a responsabilidade (parcial ou total) pelo evento, aponta outra pessoa como autor, co-autor ou partícipe. E, no terceiro, o colaborador presta auxílio à Polícia, ao Ministério Público ou ao Juiz instrutor para que o fato seja devidamente esclarecido, prontificando-se, por exemplo, a identificar suspeitos ou recolher elementos de prova.” (DOTTI, René Ariel. A atenuante da confissão. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013. ISSN 2317-3882). Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/55/55>>. Acesso em: 29 maio 2018.

¹⁹³ Nessa linha, em voto proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 127.483/PR, Dias Tofolli assim se posicionou: “Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção”.

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.

(...)

Ora, não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (critério de *discrímen*) e a vedação ao acordo de colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator

evidentemente, são individuais, restando inviável uma conclusão peremptória no sentido de que há coação em toda colaboração premiada feita por quem estiver preso.

Obviamente, se houver comprovada prática de coação, cai por terra a voluntariedade da colaboração premiada, esteja o colaborador preso ou em liberdade, por ausência do requisito legal em tela. O que não se pode admitir é o impedimento da utilização desse meio de obtenção de prova com base em mera elucubração acerca da ausência de voluntariedade do colaborador que se encontra preso.

Ainda sobre a voluntariedade, impõe-se, peremptoriamente, a completa rejeição da decretação ou manutenção da prisão cautelar do colaborador com o intuito de obrigá-lo a realizar colaboração premiada. Inegavelmente, o direito¹⁹⁴ que o colaborador tem de deixar de se valer do direito constitucional ao silêncio, quando opta pela colaboração premiada, não se confunde com uma imposição para fazê-lo.

Trata-se de expediente reprovável por sua evidente ofensa a princípios constitucionais, em especial àqueles pertinentes ao direito ao silêncio, ao devido processo legal, à ampla defesa e à liberdade, todos previstos no retromencionado artigo 5º da Constituição. Para Teori Zavascki¹⁹⁵, “subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.”

3.3.2 Efetividade x eficácia da colaboração prestada

Ao exigir a efetividade da colaboração¹⁹⁶, pretende-se que o colaborador contribua para a persecução penal e o processo de modo relevante, apresentando as informações que

determinante para a colaboração premiada é a liberdade psíquica do imputado, vale dizer, a ausência de coação, esteja ele ou não solto.

Tanto isso é verdade que, mesmo que esteja preso por força de sentença condenatória, o imputado poderá formalizar, após seu trânsito em julgado, um acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 5º, da Lei no 12.850/13)”. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁹⁴ Lei 12.850/13, art. 4º, § 14: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

¹⁹⁵ Decisão publicada no dia 03/08/2015, proferida nos autos do HC 127186/PR. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4733030>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

¹⁹⁶ A propósito, Eduardo Araújo da Silva diz que: “Não há que se confundir, pois, efetividade das declarações prestadas com a sua eficácia: é possível que o colaborador preste auxílio efetivo às autoridades, esclarecendo todos os fatos de seu conhecimento, atendendo a todas as notificações e participando das diligências necessárias para a apuração do crime, sem que, contudo, tal empenho possibilite os resultados exigidos pelo legislador.”

disponha acerca da organização criminosa e que já não estejam à disposição da polícia ou do Ministério Público; não será efetiva, portanto, a colaboração que se limite a fatos periféricos e irrelevantes quanto à atuação do grupo criminoso, bem como aquela consubstanciada em elementos alcançáveis por meios convencionais de obtenção de prova. Para dar suporte a essa efetividade, o colaborador deve estar à disposição dos órgãos de persecução penal do Estado, bem como do Judiciário, sempre que for solicitado a prestar esclarecimentos sobre os fatos relacionados à sua colaboração, como exige o disposto no artigo 4º, §9º¹⁹⁷.

No tocante à eficácia da colaboração, a Lei de Organização Criminosa revela a preocupação em obter do colaborador elementos aptos à concretização de, pelo menos, um dos resultados previstos no multicitado artigo 4º¹⁹⁸.

Considerando a natureza do delito praticado pela organização criminosa, nem todos os resultados supramencionados poderão ser verificados, razão pela qual basta que se alcance um deles para que seja satisfeito o requisito legal em tela. É o caso, por exemplo, do objetivo pertinente à localização da vítima, previsto no inciso V, do supramencionado artigo, que se relaciona ao crime de sequestro ou extorsão mediante sequestro, mas nada diz com o crime de tráfico de drogas.

Corroborando o teor desse posicionamento, nas palavras de Silva, “o objetivo foi dilatar a duração do processo para possibilitar que o acordo seja cumprido, notadamente quanto à comprovação e sua eficácia, sem o risco de o colaborador ser condenado”¹⁹⁹.

Além do cumprimento dos requisitos legais supramencionados, conforme previsto no artigo 4º, §º 1º, a Lei de Organização Criminosa²⁰⁰, deve ser verificada a compatibilidade

(SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58).

¹⁹⁷ "Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações."

¹⁹⁸ São os seguintes os resultados previstos na Lei 12.850/2013:

- 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.

¹⁹⁹ SILVA, Eduardo Araújo da, 2014, op. cit., p. 58.

²⁰⁰ Lei 12.850/13, art. 4º, §1º: "Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração".

da colaboração premiada com o caso concreto, conforme a personalidade do colaborador e, ainda, as circunstâncias do delito, sua natureza, gravidade e repercussão social.

3.4 Benefícios: as premiações possíveis ao colaborador, segundo a oportunidade de efetivação da colaboração premiada

A colaboração premiada pode ocorrer a qualquer momento, durante as investigações ou no curso da ação penal, mesmo após a sentença. Dependendo do momento em que se realizar, a colaboração premiada terá diferentes consequências, especialmente, no pertinente ao “prêmio” a ser concedido ao colaborador, dentre os seguintes: perdão judicial, diminuição de pena, substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e progressão de regime.

Diante desse quadro legal de prêmios a serem negociados entre as partes, a efetiva concessão dependerá do grau de eficácia da colaboração, bem como da sua compatibilidade com o caso concreto, atendendo ao disposto no citado §1º artigo 4º. Nesse contexto, infere-se que, quanto maior a importância da colaboração, maior deve ser o benefício obtido, podendo ser visualizada a seguinte ordem progressiva: 1) redução da pena privativa de liberdade em até dois terços; 2) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; 3) perdão judicial; 4) celebração do pacto de não denúncia, previsto no artigo 4º, §4º, da Lei de Organização Criminosa.

3.4.1 Perdão judicial

No caso do perdão judicial - o “benefício dos benefícios”, na expressão utilizada por Gilmar Mendes, durante voto proferido no julgamento da Questão de Ordem suscitada nos autos da PET 7074²⁰¹ -, sua concessão implicará na extinção da punibilidade do colaborador, nos termos do artigo 107, IX, do Código Penal²⁰², o que coloca esse benefício no topo da graduação retromencionada e, logicamente, exige a constatação de uma

²⁰¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5204385>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁰² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

excepcional importância da colaboração prestada, aliada à sua perfeita compatibilidade com os elementos objetivos e subjetivos do caso concreto.

É importante frisar que, considerando a relevância da colaboração prestada, a concessão do perdão judicial ao colaborador poderá ser requerida, até a prolação da sentença, ainda que não tenha constado do termo de acordo celebrado entre as partes. Caso o juiz discorde desse pedido de concessão do perdão judicial, deverá remeter a questão à Chefia do Ministério Público, aplicando, no que couber, o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal²⁰³.

Indo além, Eugênio Pacelli²⁰⁴ afirma que, ainda que não tenha sido celebrado acordo de colaboração, o perdão judicial poderá ser concedido pelo juiz, na hipótese de se encontrarem satisfeitos os requisitos mencionados, inclusive, no pertinente à significativa importância da colaboração prestada pelo réu.

3.4.2 Redução da pena

No pertinente à redução da pena privativa de liberdade, a Lei não estabelece um redutor mínimo e fixa o máximo a aplicar em 2/3 (dois terços) ou 1/2 (metade), conforme a colaboração ocorra antes ou após a sentença, respectivamente²⁰⁵. Na primeira situação, o benefício será aplicado pelo juiz competente para processar e julgar a ação penal proposta; na segunda, verificado o esgotamento da jurisdição de conhecimento, caberá ao juízo das execuções penais a respectiva apreciação.

3.4.3 Substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa

Outra possibilidade de “prêmio” consiste na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tanto para colaboração na fase de investigação - ou pré-

²⁰³ Lei 12.850/13, art. 4º, §2º: "Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)".

²⁰⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

²⁰⁵ Artigo 4º, §5º, da Lei 12.850/13: "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".

processual, como para a colaboração processual ou tardia - posterior à sentença. A peculiaridade que se observa, em relação à aplicação das disposições constantes do artigo 43 e seguintes do Código Penal à colaboração premiada, refere-se à inexigibilidade de cumprimento de requisitos objetivos por parte do colaborador.

3.4.4 Progressão de regime de cumprimento de pena

Em adição aos “prêmios” previstos no *caput* do citado artigo 4º, é possível a negociação em torno da progressão de regime prisional, caso a colaboração premiada se realize após a sentença²⁰⁶, independentemente do cumprimento dos requisitos legais objetivos previstos no Código Penal. Com isso, mesmo sem cumprir o percentual mínimo da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta, o colaborador poderá progredir de regime; essa progressão, inclusive, pode ocorrer do regime mais severo para o mais benéfico, sem passar pelo intermediário, de acordo com a relevância da colaboração, observando-se a compatibilidade dessa premiação com a culpabilidade do agente colaborador e as circunstâncias do crime.

Há, por fim, a possibilidade de concessão do benefício de não oferecimento de denúncia, nos termos do artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/2013, cujas especificidades serão apresentadas em capítulo distinto.

²⁰⁶ Em relevante pontuação sobre a colaboração premiada tardia - ou seja, após a sentença -, Andrey Borges de Mendonça afirma o seguinte: “(...) Se o réu colabora na fase de execução, para indicar fatos relativos a autores que ainda não foram julgados, não haverá maiores óbices para a colaboração. Em outras palavras, caso um agente colabore, mesmo com o trânsito em julgado de sua condenação, para incriminar outros corréus ainda não definitivamente condenados ou sequer julgados, é possível aplicar o benefício na fase da execução penal. Porém, se já houve trânsito em julgado para os réus que foram atingidos, a colaboração não será mais efetiva, pois será impossível reabrir o processo para a produção de provas em desfavor dos acusados e para aumentar suas penas, uma vez que não há revisão criminal *pro societatis*. Neste caso, não poderá o colaborador se beneficiar do instituto.” (BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/pu-blicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-orga-nizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018).

3.5 O acordo de colaboração premiada

3.5.1 O efeito vinculante do acordo de colaboração premiada, após a homologação

Caso esteja em perfeitas condições de legalidade, regularidade e voluntariedade, deverá o magistrado homologar o acordo²⁰⁷. Ressalte-se que, ao homologar o acordo, o juiz não se manifesta sobre o mérito das declarações do colaborador, nem tampouco afirma que são verdadeiras - ou não, porquanto o seu papel se circunscreve, nesse ato, à fiscalização dos requisitos mencionados; a homologação é, portanto, o primeiro momento da necessária dupla cognição da colaboração premiada, consistindo em juízo de delibação, sem avançar para o mérito.

Especificamente quanto à voluntariedade, havendo dúvidas, o juiz poderá determinar a oitiva sigilosa do colaborador²⁰⁸. Esse sigilo se refere, ao que parece, à presença do Ministério Público, até porque a abertura ao público em geral se encontra vedada por se tratar de procedimento sigiloso, ao menos, até ao recebimento da denúncia.

Ademais, o esclarecimento da verdade quanto à voluntariedade do acordo pode restar prejudicado com a presença de um possível agente da coação ao colaborador, que se veria constrangido de dizer a verdade na presença do Ministério Público. A ideia do sigilo, portanto, é garantir maior liberdade de manifestação ao colaborador, o que não ofende o devido processo legal por se tratar de situação excepcional e legalmente prevista de diferimento do contraditório, sendo assegurada a presença do seu defensor.

Esse tem sido, também, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal²⁰⁹ que, ao analisar pedidos de homologação de acordos de colaboração premiada, tem tornado regra a aplicação do disposto no artigo 4º, §7º, supramencionado, realizando audiência para verificação da voluntariedade do colaborador, sem a presença do Ministério Público.

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 127483. Relator: Min. Dias Tofolli. Julgado em 27/08/2015, Publicado no DJe-044, em 04/02/2016.

²⁰⁸ Lei 12.850/13, artigo 4º, §7º: Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 29/06/2017. DJe-085, publicado em 03/05/2018.

Na ausência dos requisitos legais, o juiz poderá recusar a homologação do acordo ou, sendo possível suprir eventual falha inicial, poderá adequar a proposta ao caso concreto, como disposto no artigo 4º, §8º²¹⁰, da Lei do Crime Organizado.

O juiz não participa das negociações do acordo de colaboração premiada²¹¹, exatamente, para garantir a sua imparcialidade e em observância ao sistema acusatório, que rege o Processo Penal no Brasil, o que leva ao entendimento de que essa adequação judicial da proposta se circunscreve a medidas atinentes à regularidade e legalidade do acordo celebrado, bem como ao cumprimento dos demais requisitos legais, sendo vedada a modificação do seu teor quanto às condições impostas ao colaborador e benefícios decorrentes da colaboração efetuada.

Efetivamente, a adequação poderá, ainda, recair sobre a interpretação de determinada cláusula da proposta, sem caracterizar indevida intromissão do juiz no mérito; permitem-se, portanto, as adequações necessárias à própria execução do acordo, a fim de viabilizar o atendimento aos requisitos legais de efetividade e eficácia da colaboração.

Desse modo, evitam-se prejuízos à celeridade processual e à razoável duração do processo, bem como ofensas a garantias constitucionais do colaborador que, muitas vezes, adere a cláusulas propostas pelo Ministério Público sem se atentar para o fato de que podem significar prejuízo a direitos fundamentais.

Convém destacar que o acordo de colaboração premiada não possui “vida própria”²¹², nem tampouco constitui título executivo, sendo insuficiente para, por si só, produzir os efeitos nele previstos, de natureza penal ou processual penal, tais como a extinção da punibilidade e a garantia de imunidade ao colaborador, além da redução ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, ainda, a progressão de regime prisional.

A intervenção judicial, então, revela-se inafastável para garantir validade e eficácia ao acordo de colaboração premiada, o que se obtém a partir da dupla cognição decorrente de exigência legal do procedimento fixado pela Lei 12.850/13, que se realiza em momentos distintos e sobre campos próprios de análise.

²¹⁰ Lei 12.850/13, artigo 4º, §8º: O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

²¹¹ Lei 12.850/13, artigo 4º, §6º: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor".

²¹² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 865.

Com efeito, no ato de homologação, há o exercício de uma cognição sumária, caracterizada por um juízo horizontal, de delibação; este é, portanto, o momento de sindicabilidade judicial das cláusulas acordadas. Nessa primeira fase, o juiz fica adstrito à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração premiada para, ao final, homologar o acordo entabulado entre as partes - salvo se houver rejeição ou necessidade de adequação das respectivas cláusulas ao caso concreto.

Uma vez homologado, o acordo de colaboração premiada adquire validade e passa a constituir vetor a ser observado pelo julgador no momento de apreciá-lo na sentença, como determina o artigo 4º, §11²¹³, da Lei 12.850/13.

3.5.2 Sindicabilidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada e retratação da proposta

Ainda que o primeiro momento de cognição judicial acerca do acordo de colaboração premiada seja destinado à análise dos requisitos legais, quando são sindicadas as cláusulas estabelecidas pelas partes, nada obsta uma nova apreciação da legalidade *lato sensu*, por ocasião da sentença, a fim de se assegurar a observância das Leis e da Constituição, a todo tempo.

Na sentença, o juiz realiza o segundo momento de cognição, verticalizando-se a análise do acordo de colaboração premiada, confrontando-o com o acervo probatório produzido na instrução processual, a fim de averiguar se os benefícios nele estabelecidos correspondem aos resultados obtidos a partir da colaboração levada a efeito pelo pretendo beneficiário; entende-se, então, que a sentença condenatória, prolatada ao final dessa cognição exauriente, destina-se a conferir eficácia ao acordo de colaboração premiada.

Resta examinar se o mencionado papel orientador do acordo homologado significa uma vinculação da sentença ao que fora ajustado entre as partes, impedindo o juiz de decidir de forma independente, com base no seu livre convencimento motivado.

Andrey Borges de Mendonça²¹⁴ sustenta que, por ser a sentença condenatória o momento em que serão, efetivamente, concedidos os prêmios fixados no acordo, o juiz se

²¹³ Lei 12.850/13, art. 4º, §11: A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

²¹⁴ Nesse passo, assevera Andrey Borges de Mendonça que: “Porém, somente com maior respeito ao acordo formulado pelas partes e homologado pelo juiz que a colaboração processual poderá se transformar em

encontra vinculado ao teor do acordo homologado, sob pena de causar significativa insegurança às partes e tornar sem sentido toda a negociação voltada à celebração desse pacto.

Em outra linha, Eduardo Araújo da Silva entende que, homologado e cumprido o acordo celebrado entre as partes, sem retratação ou revogação, o juiz fica vinculado ao seu conteúdo e deverá conceder a premiação estabelecida²¹⁵. Do contrário, o juiz poderia concluir pela negativa do prêmio prometido, ocasionando o esvaziamento da noção de processo cooperativo que caracteriza a Justiça negociada.²¹⁶

Na visão adotada por Gustavo Badaró²¹⁷ e seguida pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁸, a garantia do cumprimento do acordo celebrado decorre da Lei e a probabilidade de concessão dos benefícios prometidos pelo Ministério Público é, diretamente, proporcional à efetiva produção de resultados em decorrência da colaboração, conforme consignados no artigo 4º da Lei de Organização Criminosa.

Em outras palavras, se o Ministério Público oferece benefícios situados no âmbito legal permitido, uma vez homologado o acordo, cumpridas as condições pelo colaborador e obtido um dos resultados constantes do multicitado artigo 4º, conforme verificação levada a efeito na sentença, nada há que infirme a necessária segurança jurídica ou prejudique o desenvolvimento do processo colaborativo. Somente a partir dessa constatação é que se pode falar em direito subjetivo do colaborador e vinculação da sentença aos termos do acordo homologado; até então, porém, há mera expectativa de direito do colaborador e esta não se encontra sob o manto da segurança jurídica.

eficiente mecanismo de combate à criminalidade organizada. Sem qualquer segurança de que o acordo será respeitado, o colaborador não se sentirá estimulado a desproteger-se e assumir diversos riscos, em atenção a uma vantagem que sequer poderá vir a usufruir.” (BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018).

²¹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

²¹⁶ Na sequência do estudo da Lei 12.850/13, Eduardo Araújo da Silva adverte que, assim como deve ocorrer na hipótese de adequação do acordo de colaboração premiada, nos termos do §2º, do artigo 4º, cabe ao juiz, interpretando o §11 desse artigo, restringir sua apreciação ao exame dos pressupostos e requisitos legais, sem adentrar no mérito, “ante o risco de indesejável invasão na esfera privativa da acusação do acordo homologado”. (Ibid., p. 66).

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 29/06/2017. DJe-085, publicado em 03/05/2018.

Ainda quanto à ausência de vinculação irrestrita da sentença ao acordo homologado, é importante destacar que observar-se-ia, no mínimo, um descrédito em relação à colaboração premiada se o juiz exercesse o papel de mero de chancelador da negociação penal. Assim agindo, ao conceder os “prêmios” prometidos pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, unicamente, para evitar a frustração da expectativa do colaborador, independentemente do exame da prova, o juiz causaria danos ao tecido constitucional por ofensa ao devido processo legal.

Embora afirme, também, que há vinculação da sentença ao acordo de colaboração homologado, essa segunda linha de entendimento sobre o tema defende que se trata de uma vinculação condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador e à consecução de resultados delimitados nesse negócio jurídico processual - ou, na expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal²¹⁹, uma vinculação condicionada à eficácia da colaboração.

Em sintonia com o posicionamento supra²²⁰, portanto, é ao final da instrução que o juiz aprecia a abrangência do acordo homologado entre delator e Estado, a fim de aplicar o que ali foi avençado, conforme define o art. 4º, §11, da Lei em comento.

De acordo com o procedimento legal delineado para a colaboração premiada, cabe ao juiz o papel de apreciar o acordo homologado, na sentença, para averiguar se houve o efetivo cumprimento das condições pactuadas e a obtenção dos resultados consignados no termo correlato; na sentença, inexoravelmente, concretiza-se o princípio acusatório, que rege o Processo Penal brasileiro e, logicamente, o procedimento pertinente à colaboração premiada.

Portanto, não há que se falar em vinculação ao acordo de colaboração premiada quanto ao resultado do julgamento, porquanto o juiz poderá absolver ou condenar o colaborador, bem como extinguir o feito, segundo seu livre convencimento motivado, situação em que, por óbvio, nenhum benefício prometido será concedido²²¹.

Frise-se que, nos termos do artigo 4º, §10, da Lei 12.850/13, "as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor". Com isso, garante-

²¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO. Relator: Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno. Julgado em 29/06/2017. DJe-085, publicado em 03/05/2018.

²²⁰ Na mesma linha, tem-se: PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 841.

²²¹ Ibid., p. 863.

se às partes a não obrigatoriedade de cumprir um eventual novo acordo do qual discordem e que tenha se originado das modificações realizadas pelo juiz, sobre o mérito, ao argumento de adequar a proposta ao caso concreto.

Outro ponto digno de nota é que, havendo a retratação, resta vedada a utilização de provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador, exclusivamente, em seu desfavor - o que guarda sintonia com o teor do artigo 200 do Código de Processo Penal²²². Constatase, ainda, que o dispositivo legal em testilha não delimita o prazo para a retratação da proposta, sendo a sentença condenatória seu marco final, logicamente, por corresponder ao momento de verificação da eficácia da colaboração e correspondente premiação ao colaborador²²³.

Acerca da abrangência das provas autoincriminatórias produzidas pelo delator, afigura-se importante a sua delimitação devido à possibilidade de utilização desse material contra outros investigados ou corréus. A propósito, em relação àquele que se retrata, nada impede sua condenação se houver provas suficientes para formação do convencimento do juiz e que sejam independentes da colaboração prestada²²⁴.

Outrossim, a Lei 12.850/13 não prevê que, à semelhança do que ocorre com o crime de falso testemunho²²⁵, a retratação do colaborador configure causa extintiva da punibilidade do crime de falsa colaboração, tipificado em seu artigo 19²²⁶.

Por fim, nesse ponto, diversamente da retratação, que constitui direito potestativo do réu e, portanto, independe de uma razão específica, a revogação da colaboração premiada ocorre quando há descumprimento de cláusula do acordo celebrado, inexistindo, nesta

²²² Código de Processo Penal. Artigo 200: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

²²³ A propósito, assim determina a Lei 12.850/13, art. 4º, § 11: A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

²²⁴ Silva limita a vedação ora examinada ao teor das declarações do colaborador, sendo possível a regular introdução no processo das provas validamente produzidas, ainda que tenham decorrido da colaboração. Esclarece este último autor que a intenção do legislador, ao que tudo indica, foi evitar a condenação do colaborador que se retrata com base, exclusivamente, no conteúdo das suas declarações, à semelhança do que ocorre em relação à retratação da confissão, nos moldes do citado artigo 200 do Código de Processo Penal. (SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67).

²²⁵ Código Penal, art. 342, § 2º: “O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

²²⁶ Assim está redigido o artigo 19 da Lei de Organização Criminosa: Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

hipótese, vedação legal à utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador, tanto em seu desfavor quanto de outros investigados ou acusados.

3.6 Deveres e direitos do colaborador

Um dos deveres impostos ao colaborador diz respeito à renúncia ao direito constitucional ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, Constituição Federal, o que deverá se materializar nos depoimentos por ele prestados²²⁷ - e na presença do defensor, como em todos os atos do procedimento de colaboração premiada²²⁸. Ainda segundo a Lei 12.850/2013, ao prestar depoimento, o colaborador tem o dever de assumir o compromisso de dizer a verdade, sob pena de esvaziar a própria natureza jurídica desse importante instrumento de negociação penal, qual seja, meio de obtenção de prova²²⁹.

3.6.1 Compromisso de dizer a verdade, declarações do colaborador no interrogatório e as consequências da inobservância desses deveres

O dever de dizer a verdade, imposto ao colaborador nos depoimentos que prestar, relaciona-se à própria finalidade da colaboração premiada, mais especificamente, quanto ao requisito atinente à sua efetividade; restaria, no mínimo, empobrecida a utilização desse meio de obtenção de prova se o colaborador, ao ser interrogado em Juízo, pudesse invocar o direito constitucional ao silêncio para não se autoincriminar, deixando de responder às perguntas sobre as declarações por ele prestadas no curso das negociações.

Se o colaborador não for corréu, sua oitiva ocorrerá na qualidade de testemunha, inexistindo maiores discussões acerca do dever legal de prestar o compromisso de dizer a verdade; há, entretanto, debate doutrinário e jurisprudencial sobre esse dever quanto ao depoimento do coimputado e, ainda, quanto ao interrogatório do colaborador, uma vez que a Lei nº 12.850/13 não excepcionou qualquer situação.

²²⁷ Lei 12.850/13, art. 4º, §14: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

²²⁸ Lei 12.850/13, art. 4º, § 15: “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

²²⁹ Segundo o disposto no artigo 3º, I, da Lei 12.850/2013.

Com efeito, ao colaborar com a persecução penal, o colaborador abre mão do seu direito ao silêncio²³⁰, podendo trazer aos autos informações autoincriminadoras, inclusive. Esse dever legal não constitui ofensa à Constituição, na medida em que, como já mencionado em capítulo anterior deste trabalho, não há direito fundamental de caráter absoluto, podendo haver a mitigação de um em favor de outro, no caso concreto, com base na ponderação de princípios²³¹.

Não se vislumbra, em princípio, uma incompatibilidade insuperável entre o interrogatório do colaborador e o compromisso de dizer a verdade; trata-se, essencialmente, de imposição legal adequada à finalidade objetivada com a colaboração premiada, a fim de assegurar a sua efetividade e evitar falsas colaborações. Nesse contexto, revela-se desprovida de lógica a limitação do compromisso de dizer a verdade às situações em que o colaborador seja ouvido como testemunha - até porque tal previsão legal seria dispensável por já estar inserida no Código de Processo Penal²³².

Seria um verdadeiro contrassenso exigir que o colaborador-interrogando abrisse mão do direito constitucional ao silêncio²³³, mitigando uma garantia constitucional que lhe assegura o direito à não autoincriminação, e, com fundamento neste mesmo direito - de não se autoincriminar -, fosse afastado o dever de dizer a verdade.

²³⁰ Constituição Federal, artigo 5º, LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

²³¹ Constatando-se que, no caso concreto, a realização de um direito fundamental é contrária à realização de outro, deve-se estabelecer uma relação de precedência, por meio da qual um deles será limitado pelo outro, como propõe Nunes Júnior: “Por conseguinte, muito embora não exista propriamente hierarquia entre as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e as que consagram outros valores constitucionais, a colisão deve ser equacionada de duas formas distintas: 1) se houver colisão entre dois direitos fundamentais, o intérprete deve, aplicando o princípio da cedência recíproca, buscar um ponto de convivência dos dois direitos, sem que uma anule o outro e sem que um seja ampliado e outro diminuído; 2) caso haja colisão entre um direito fundamental e um direito consagrador de outro valor constitucional, deve o intérprete ampliar o direito fundamental e restringir o direito constitucional não fundamental.” (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 40).

²³² “Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.”

²³³ Código de Processo Penal, artigo 186: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”. (Redação dada pela Lei no 10.792, de 10.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei no 10.792, de 1.12.2003).

Nessa linha, Antonio Sergio Peixoto Marques admite a possibilidade de ser prestado o compromisso de dizer a verdade pelo colaborador, no seu interrogatório, diante do regramento específico que o considera testemunha no tocante ao fato delatado. Afirma o autor que esse dever imposto ao colaborador objetiva "equilibrar as garantias dos delatados e a eficiência da colaboração premiada como meio de prova"²³⁴.

Em reforço, Eduardo Araújo da Silva²³⁵ considera inovadora a previsão legal que impõe ao colaborador o dever de assumir o compromisso de dizer a verdade, conferindo força de depoimento testemunhal às declarações constantes do seu interrogatório. Com isso, segundo o referido autor, deve ser assegurado o contraditório sucessivo (*cross examination*), permitindo-se à defesa dos corréus que façam perguntas ao colaborador-interrogando acerca das imputações constantes das declarações deste em relação àqueles.

Ainda no intuito de assegurar a efetividade do procedimento de colaboração premiada, a Lei do Crime Organizado prevê, no artigo 19, o crime de falsa delação premiada, que se configura quando, a pretexto de colaboração com a Justiça, imputa-se fato criminoso a alguém, sabendo-o falso, ou prestam-se informações sobre dados inverídicos acerca da estrutura da organização criminosa.

No mencionado crime da Lei especial em comento, assim como ocorre em relação ao crime de falso testemunho²³⁶, a advertência constante do compromisso legal de dizer a verdade é uma elementar do tipo, o que significa dizer que haveria uma atipicidade da conduta do colaborador que, sem ser advertido pelo juiz, delatasse, falsamente, o cometimento de delitos por outra pessoa.

Portanto, comprometendo-se a falar em seu interrogatório, o colaborador deve, também, assumir o compromisso legal de dizer a verdade, porém, revela-se mais adequado à situação específica da colaboração premiada que, ao adverti-lo das consequências da falsidade das suas declarações, o juiz mencione a possibilidade de que ser-lhe imputada a prática do crime de falsa colaboração premiada ao invés de se referir ao crime de falso testemunho.

²³⁴ MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66, jun./jul. 2014.

²³⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68-69.

²³⁶ Código Penal, art. 342: "Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

Frise-se, outrossim, que a colaboração premiada é opcional, podendo decorrer de estratégia defensiva que, numa análise acerca do custo-benefício de um acordo, confronta os deveres impostos pela Lei e os possíveis “prêmios” ao colaborador, concluindo, ao final, que a celebração de um acordo é o melhor caminho para o exercício da ampla defesa.

Desenganadamente e sem prejuízo da eventual configuração do delito previsto no supramencionado artigo 19, a inobservância dos deveres impostos ao colaborador impede a obtenção dos benefícios fixados ao realizar a colaboração premiada, porquanto leva à inefetividade da colaboração. Ademais, a desobediência do colaborador pode influenciar, negativamente, no juízo acerca da sua personalidade, que constitui requisito subjetivo para concessão do prêmio ajustado, como se infere do texto do artigo 4º, §2º, da Lei do Crime Organizado²³⁷.

3.6.2 Direitos do colaborador

Além de impor deveres ao colaborador, a Lei 12.850/2013 prevê, em seu favor, o direito de estar acompanhado por defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução do acordo de colaboração premiada, o que constitui verdadeira concretização do direito fundamental à ampla defesa²³⁸.

Em adição, no artigo 5º²³⁹ da citada Lei, estão elencados os seguintes direitos do colaborador: 1) usufruir das medidas de proteção previstas na Lei 9.807/99 - Lei de proteção à testemunha, vítima e colaboradores²⁴⁰; 2) preservação do nome, qualificação, imagem e

²³⁷ Lei 12.850/13, art. 4º, §2º: Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

²³⁸ Lei 12.850/13, art. 4º, §16: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador."

²³⁹ Lei 12.850/13, art. 5º: "São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados."

²⁴⁰ Lei 9.807/99, art. 15: "Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

demais informações pessoais; 3) ser conduzido, em juízo, separadamente, dos demais coautores e partícipes; 4) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; 5) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; 6) cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Claramente, os direitos supramencionados objetivam assegurar a proteção do colaborador e da sua família contra possíveis retaliações dos demais integrantes da organização criminosa, insatisfeitos com a revelação das suas identidades, bem como da estrutura, funcionamento e planos do grupo para a continuidade das práticas delitivas; trata-se, ademais, de previsão legal em perfeita consonância com o disposto nas Convenções de Palermo (artigo 24) e Mérida (artigo 32), citadas anteriormente.

Ainda em observância a garantias constitucionais do colaborador, não se admite o testemunho secreto, caracterizado pela total ausência de informações quanto à identidade do depoente; assegura-se, outrossim, que o colaborador participe das audiências sem contato visual com outros acusados. Assim, a audiência poderá ser realizada pelo sistema de videoconferência ou, sendo presencial, em situações extremadas, há possibilidade de retirada de corréus da sala de audiências, como autoriza o disposto no art. 217 do Código de Processo Penal²⁴¹.

Quanto ao direito de ser conduzido, em juízo, separadamente, dos demais coautores e partícipes, e de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados, inexistem maiores debates, tendo em vista a clareza do texto legal e sua total pertinência quanto à preservação da segurança do colaborador e sua família.

Resta clara, portanto, a preocupação do legislador com a segurança do colaborador e/ou da sua família, na medida em que as organizações criminosas possuem regras de

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados".

²⁴¹ "Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram".

conduta próprias²⁴², baseadas na “lei do silêncio”, a fim de blindar os respectivos integrantes e, mais ainda, seus líderes. A infringência desse “código de ética” das organizações criminosas pode ser suficiente para colocar em risco a vida do colaborador e/ou da sua família, não se tratando de mera conjectura baseada em risco abstrato.

Revelando a existência desse risco concreto, registros pertinentes à operação italiana “Mãos limpas” informam que Tomaso Busceta, mafioso que prestou colaboração premiada no denominado maxiprocessos, teve 36 membros de sua família mortos pela máfia italiana²⁴³. Dentre esses familiares do colaborador italiano, havia mulheres e crianças, o que deixa extrema de dúvidas a crueldade da organização criminosa na retaliação à quebra do pacto de silêncio - a *omertá* das organizações mafiosas italianas²⁴⁴.

Diante do quadro delineado, resta evidente que a conduta de colaborar com a persecução penal é permeada pelo medo constante de retaliações ao colaborador e sua família por parte da organização criminosa. Por essa razão, a atitude de celebrar acordo de colaboração premiada demanda incentivos outros ao colaborador, além dos “prêmios” previstos na legislação, o que se efetiva por meio da observância dos direitos inseridos no artigo 5º da Lei 12.850/13, cuja especificação deve constar do correlato termo de acordo.

3.7 Direitos do delatado

3.7.1 A regra de corroboração como verdadeiro direito do delatado

A Lei de Organização Criminosa veda, no artigo 4º, §16²⁴⁵, o decreto condenatório fundamentado, exclusivamente, nas declarações de agente colaborador, o que constitui

²⁴² Maíra Beauchamp Salomi afirma que as organizações criminosas são marcadas por uma cultura de supressão de provas, bem como por um código de silêncio (*omertá*) que sua estrutura muitas vezes impõe. (SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184).

²⁴³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

²⁴⁴ Sobre esse alto poder de intimidação das organizações criminosas, Silva afirma que: “(...) A prevalência da “lei do silêncio (a *omertá* das organizações mafiosas italianas), imposta aos seus membros e a pessoas estranhas à organização, é mantida com o emprego dos mais cruéis e variados meios de violência contra aqueles que ousam violá-la ou contra seus familiares, com a finalidade de intimidar outras iniciativas da mesma natureza.” (Ibid., p. 13).

²⁴⁵ Lei 12.850/13, art. 4º, §16: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

verdadeiro direito do delatado, bem como um instrumento de concretização das garantias fundamentais da presunção de inocência e do exercício do contraditório.

Essa regra de corroboração traduz uma inquestionável necessidade de se confrontar as declarações do colaborador com as provas constantes dos autos, cautela esta direcionada tanto ao juiz, no pertinente ao momento da valoração do conjunto probatório, como ao Ministério Público e à autoridade policial, quanto à condução dos respectivos trabalhos de persecução penal e busca da prova; objetiva-se evitar, assim, que qualquer dos atores processuais se limite à obtenção e utilização das declarações do colaborador para solução do caso concreto e imposição de uma sentença condenatória.

Em qualquer contexto, uma condenação penal exige que a materialidade e autoria delitivas, bem como o elemento subjetivo do tipo, estejam, suficientemente, comprovados, o que decorre de um conjunto probatório harmonioso e coerente produzido na linha da narrativa contida na denúncia; é da acusação, portanto, o ônus probatório quanto à pretensão punitiva do Estado.

As declarações do colaborador, também, devem guardar compatibilidade e sintonia com os demais elementos de prova existentes nos autos²⁴⁶, independentemente da riqueza de detalhes, contundência ou qualquer outra característica do seu conteúdo ou, ainda, de quem seja colaborador e eventual delatado no respectivo procedimento de colaboração premiada.

A propósito, tanto na colaboração premiada quanto na confissão, a obtenção da prova se dá por meio de declarações do próprio réu e, reafirme-se, no caso da primeira, maior cuidado se exige do julgador quanto à sua valoração quando se verificar a ocorrência da delação premiada, ou seja, quando o colaborador imputar a prática de fato criminoso a outros possíveis integrantes da organização criminosa.

Ainda no pertinente à valoração das declarações do colaborador, convém questionar se pode haver condenação com fundamento no teor de duas ou mais declarações concordantes, feitas por agentes distintos, configurando a denominada “corroboração cruzada”²⁴⁷, mútua ou recíproca.

²⁴⁶ Com isso, o teor do referido §16 se revela compatível com o disposto no artigo 197 do Código de Processo Penal, assim redigido: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. **Consulex**, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

A resposta é negativa, porquanto permanece incólume, ao final, o cenário em que a única prova consiste no teor de declarações de colaborador, agora, numa espécie de conjunto homogêneo. Assim, a “corroboração cruzada” não introduz um elemento probatório diverso para corroborar o teor das declarações de colaboradores e estes, obviamente, prestam-nas com o intuito de obter benefícios, sem muita preocupação com possível imputação criminosa de terceiros.

Nesse quadro, mantém-se inalterado o risco de ofensa ao contraditório e à presunção de inocência, razão pela qual a corroboração cruzada não atende ao disposto no já mencionado §16 do artigo 4º da Lei 12.850/13, sendo insuficiente para ilidir a dúvida razoável e embasar um decreto condenatório.

Entender de modo diverso seria atribuir às declarações do colaborador uma espécie de graduação superior no contexto de provas, como ocorria quando a confissão era considerada “a rainha das provas”, gerando ofensa à presunção de inocência e indo contra o próprio sistema acusatório, que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.

3.7.2 Limitação ao livre convencimento do julgador e prova legal negativa

À vista do quanto afirmado, pode-se inferir que a regra de corroboração²⁴⁸ constitui uma certa limitação ao livre convencimento do juiz, na medida em que impõe uma metodologia específica na valoração da prova, quando se tratar de sentença penal condenatória. Nesse passo, ainda que considere suficiente o teor das declarações do colaborador para formar o seu convencimento, o juiz estará impedido de prolatar uma sentença condenatória sem respaldo em outros elementos probatórios.

²⁴⁸ Na visão de Gustavo Badaró, o que “inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um coimputado.” Salienta o autor que há uma limitação ao livre convencimento do julgador, porém, não se trata de retorno ao sistema medieval da prova legal, com valores e hierarquia definidos, mas, sim, de “um regime de prova legal negativa, no qual se determina que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado”. (BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. *Consulex*, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.).

CAPÍTULO 4 - A GARANTIA DA AMPLA DEFESA E A COLABORAÇÃO PREMIADA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

No cenário de crimes praticados por organizações criminosas cada vez melhor estruturadas, a colaboração premiada surge como um dos instrumentos à disposição do Estado para a obtenção de provas sobre as atividades delitivas do grupo, que se orienta, essencialmente, pela lei do silêncio²⁴⁹. A partir desse meio excepcional de obtenção de prova, busca-se obter informações a partir da colaboração de integrantes da própria organização criminosa e que seriam inatingíveis com base em meios convencionais.

Ocorre que, devido à probabilidade de colisão entre direitos fundamentais do colaborador/delator e do delatado, no curso do procedimento de colaboração premiada, torna-se ainda mais recomendável a parcimônia na opção por este instrumento de negociação penal, sob pena de causar sérios danos ao sistema constitucional de garantias e prejudicar a consolidação dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro.

4.1 A ampla defesa como garantia do devido processo de colaboração premiada

Como delineado no capítulo anterior, a Lei 12.850/2013 define o que seja uma organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, além de dar outras providências.

Denotando a inovadora previsão de um procedimento específico para a colaboração premiada, extrai-se do texto legal sob exame a preocupação do legislador em assegurar a assistência de defensor ao colaborador, durante todo o procedimento, possibilitando o exercício da ampla defesa sob a vertente da defesa técnica. É o que revela, por exemplo, o

²⁴⁹ “A inspiração do instituto reside, pois, na busca da efetividade da persecução penal mediante um acordo entre as partes - acusador e acusado ou investigador e investigado -, no intuito de aprimorar a proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Para fazer frente à criminalidade moderna, que se vale de técnicas cada vez mais sofisticadas, fez-se necessário recorrer a instrumentos de investigação mais eficazes, diferentes dos meios tradicionais.” (SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184).

artigo 4º, §6º²⁵⁰, que, ao vedar a participação do juiz nas negociações para a formalização do acordo de colaboração, exige a presença do defensor do investigado ou acusado colaborador, juntamente com os demais atores dessa cena – Ministério Público e/ou Delegado de Polícia, conforme a hipótese.

Fora da “mesa de negociações”, o juiz examina a possibilidade de homologação do acordo de colaboração premiada²⁵¹, momento em que a observância da ampla defesa deve estar evidenciada, tanto sob o enfoque da defesa técnica, quanto da defesa efetiva; o juiz verifica, portanto, se, além de estar formalmente presente, o defensor atuou na defesa do colaborador. Tendo atuado, certamente, o defensor o fez de modo a inibir qualquer tipo de coação ao colaborador, bem como a prática de algum ato apto a desbordar o procedimento legalmente previsto ou configurar ofensa a alguma garantia constitucional - inclusive, no pertinente à ampla defesa.

Um outro meio de se concretizar a garantia da ampla defesa está previsto no art.4º, §13²⁵², da Lei do Crime Organizado, que diz respeito ao modo de registro dos atos de colaboração premiada, qual seja, a gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Nesse ponto, resta clara a finalidade de ser assegurado um registro fidedigno do procedimento, sempre que possível, medida esta que, inegavelmente, propiciará ao colaborador – e ao delatado – o posterior exercício da ampla defesa e, mais ainda, do contraditório, tendo por base o conteúdo real das declarações então coletadas pela autoridade legitimada.

Quanto ao delatado, tem-se, também, a vedação de se prolatar sentença condenatória com base, exclusivamente, nas declarações do agente colaborador - artigo 4º, §16²⁵³, da Lei em tela. Com isso, traduz-se o respeito ao devido processo legal, bem como à

²⁵⁰ Lei 12.850/13, art. 4º, §6º: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor".

²⁵¹ Lei 12.850/2013, artigo 4º, §7º: “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

²⁵² Lei 12.850/13, art. 4º, §13: "Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”.

²⁵³ Lei 12.850/13, art. 4º, §16: "Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

ampla defesa e ao contraditório no curso da ação penal que vier a ser proposta com base nas declarações do acusado/réu colaborador.

Numa espécie de síntese do que foi objeto de análise e discussão, quanto à indispensável assistência de defensor ao acusado ou réu colaborador, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, tem-se o teor do §15 do citado artigo 4º²⁵⁴, o que serve para ratificar a presença dos meios inerentes ao exercício da ampla defesa nesse procedimento.

Em reforço à concretização da ampla defesa, bem como do exercício do contraditório e, conseqüentemente, do devido processo de colaboração premiada, merece destaque o artigo 6º da Lei 12.850/13 que, no *caput*, determina a adoção da forma escrita para o termo de acordo e, em seu inciso III, exige que a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor conste desse termo.

Além disso, o termo do acordo deverá conter²⁵⁵: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Denota-se que, ao estabelecer a forma escrita do termo de colaboração premiada, a Lei do Crime Organizado afasta a possibilidade dos chamados acordos informais, priorizando a segurança jurídica quanto ao cumprimento das condições pactuadas pelas partes. Ademais, a especificação do respectivo conteúdo viabiliza a devida análise judicial quanto à comprovação da voluntariedade, efetividade e eficácia do acordo, bem como da

²⁵⁴ Lei 12.850/13, art. 4º, §15: “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

²⁵⁵ Discorrendo sobre a forma e o conteúdo do termo de colaboração premiada, Andrey Borges de Mendonça faz interessante o apontamento: “Adotou-se a prática, desenvolvida inicialmente na Força Tarefa do caso Banestado e inspirada no direito norte-americano, de se realizar um verdadeiro “contrato”, com cláusulas contratuais entre as partes. Há basicamente quatro vantagens do acordo escrito: (i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) dá maior transparência e permite o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral. Assim, o acordo escrito traz maior eficiência para a investigação, ao tempo que melhor assegura os interesses do colaborador e dos imputados.” (BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018).

efetiva defesa ao colaborador e eventual adoção de medidas de proteção em seu favor e/ou de sua família.

4.2 A garantia da ampla defesa ao colaborador e ao delatado, em face do sigilo do procedimento de colaboração premiada

Outra questão polêmica quanto ao procedimento de colaboração premiada diz respeito ao acesso da defesa aos instrumentos de colaboração, celeuma que se verifica, comumente, quanto ao delatado, que somente tem contato com a parte do acordo que contenha informações a seu respeito.

Observa-se que, celebrado o acordo de colaboração premiada, deve ser requerida a sua homologação perante o juiz que preside eventual feito em curso ou àquele a quem couber a competência, por distribuição, na hipótese de acordo pré-processual²⁵⁶. Ressalte-se que a petição não deve conter dados que viabilizem a identificação do colaborador, nem do objeto do procedimento e, havendo necessidade de distribuição, esta ocorrerá de modo sigiloso e sob classe processual que inviabilize a revelação de qualquer desses elementos²⁵⁷.

Ademais, para resguardar o sigilo, o termo de colaboração premiada não deve conter qualquer referência explícita aos autos principais, nem tampouco deve ser juntado aos autos do inquérito ou da ação penal correlata; eventuais procedimentos cíveis nos quais o colaborador seja chamado a depor, igualmente, não devem ser referenciados, sob pena de prejuízo ao sigilo da colaboração premiada.

Enquanto vigorar o sigilo do feito, somente o juiz, o Ministério Público e o delegado de polícia poderão ter acesso aos autos, sendo possível o acesso do defensor do colaborador, mediante autorização judicial, aos elementos de prova pertinentes ao exercício do direito de defesa. Enfatize-se que, na mesma linha da Súmula Vinculante 14²⁵⁸, do Supremo Tribunal

²⁵⁶ Lei 12.850/13, art.7º: "O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto".

²⁵⁷ Lei 12.850/13, art. 7º, §3º: "O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º".

²⁵⁸ "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Federal²⁵⁹, a Lei do Crime Organizado impede o acesso do defensor às diligências em andamento²⁶⁰.

Em consonância com essa linha de orientação, a Lei 12.850/13, a um só tempo, afirma ser possível a decretação do sigilo da investigação, a fim de garantir a respectiva eficácia, e viabiliza a efetivação da garantia à ampla defesa, como se depreende do seu artigo 23²⁶¹.

No que concerne à duração do sigilo, a Lei de Organização Criminosa determina sua cessação com o recebimento da denúncia, porém, nada impede que o juiz mantenha o sigiloso do teor da colaboração premiada para evitar riscos à segurança do colaborador e sua

²⁵⁹ Traduzindo essa ressalva, segue a ementa de julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus 90.232/AM, mencionado nas discussões que culminaram na aprovação da Súmula Vinculante 14, supramencionada: “Habeas corpus. Inviabilidade. Incidência da Súmula 691 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “habeas corpus” impetrado contra decisão do Relator que, em “habeas corpus” requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”). II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas.” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2463629>>. Acesso em: 12 jul. 2018).

²⁶⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595597>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

²⁶¹ Artigo 23 da Lei 12.850/2013: O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

família²⁶². Trata-se de decisão judicial que demanda uma análise principiológica, no caso concreto²⁶³, aplicando-se a regra de ponderação de princípios para averiguar se deve prevalecer a garantia constitucional à vida e à incolumidade física do colaborador, bem como da sua família, em face do exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório do delatado.

4.3 O colaborador e o acordo de leniência antitruste: (in)segurança jurídica quanto à obtenção dos “prêmios” de imunidade penal e suspensão da prescrição penal

No intuito de concretizar a justiça social, propiciando o bem-estar coletivo, em seu artigo 170²⁶⁴, a Constituição de 1988 coloca a livre iniciativa - ao lado da valorização do trabalho humano - como um dos fundamentos da ordem econômica. No inciso IV deste artigo, encontra-se o princípio da livre concorrência, que integra o rol dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica brasileira e possui intrínseca ligação com o princípio da livre iniciativa.

Justamente para atingir a finalidade constitucional de se garantir uma existência digna para todos, de acordo com os ditames da justiça social, a Constituição prevê a possibilidade de se condicionar o exercício da atividade econômica mediante lei²⁶⁵. Nessa

²⁶² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais** da lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 70

²⁶³ Essa questão do sigilo no procedimento de colaboração premiada foi abordada, também, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Pet 5899. Veja-se: “Em relação ao levantamento do sigilo dos autos, a promoção do Ministério Público merece acolhida. É que a Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Ora, não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade, salvo quanto a alguns termos de colaboração apontados pelo Procurador-Geral da República. É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípua (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º). No caso, os colaboradores já tiveram suas identidades expostas publicamente e o desinteresse manifestado pelo órgão acusador revela não mais subsistir razões a impor o regime restritivo de publicidade.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet 5899/DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em: 02/03/2016, Publicado no DJe-044, em 09/03/2016).

²⁶⁴ Tratando dos princípios gerais da atividade econômica, sob o Título VII - da ordem econômica e financeira, a Constituição assim dispõe, em seu artigo 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)".

²⁶⁵ Essa limitação legal poderá ocorrer, nos exatos termos do artigo 173, §4º, da Constituição, a fim de coibir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

linha, o artigo 174 da Constituição diz que, "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Com base nesses fundamentos constitucionais que orientam a ordem econômica, surgiram as Leis 8.137, 27 de novembro de 1990, e 8.884, de 11 de junho de 1994, prevendo mecanismos de intervenção no domínio econômico para reprimir infrações contra a livre concorrência, no pertinente ao âmbito penal e administrativo, respectivamente.

Igualmente orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, foi elaborada a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 - Lei antitruste²⁶⁶, destinada a estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, bem como dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, abarcando as esferas administrativa e penal.

Como um dos instrumentos de combate à formação de cartel - prática de mercado apta a tolher a livre concorrência -, a supramencionada Lei antitruste repetiu, basicamente, o disposto no artigo 35-C da revogada Lei 8.884/1994²⁶⁷, prevendo a possibilidade de celebração do acordo de leniência²⁶⁸, calcado na negociação de benefícios ao autor da infração à ordem econômica em troca da sua confissão e colaboração com o desenvolvimento do procedimento investigativo, objetivando a identificação de outros envolvidos e/ou a obtenção de provas da prática infracional noticiada²⁶⁹.

²⁶⁶ BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

²⁶⁷ Eis a redação do dispositivo revogado:

"Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo."

²⁶⁸ Sobre a importância do acordo de leniência como instrumento consensual de combate às infrações contra a livre concorrência, continua irretorquível a avaliação feita por Salomi em momento anterior à Lei 12.529/2011: "Qualquer que seja a forma adotada para a prática das condutas anticoncorrenciais, em especial o delito de cartel, a colheita de provas acerca da ilicitude dessas condutas mostra-se extremamente complexa, porquanto é quase improvável a documentação de seu objeto, com menções expressas às partes autoras e ao seu intuito de eliminação da concorrência. A natureza sigilosa das ações desenvolvidas pelos mentores e participantes desses ilícitos torna extremamente difícil a obtenção da prova de sua ocorrência." (SALOMI, Máira Beauchamp. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012).

²⁶⁹ Pode-se afirmar que, na prática, o acordo de leniência constitui uma espécie de colaboração premiada, como revela o seu delineamento na Lei antitruste:

Na linha desse conceito, a celebração do acordo de leniência antitruste²⁷⁰ depende do atendimento a requisitos específicos e cumulativos²⁷¹, dentre os quais se encontra uma exigência dirigida, exclusivamente, ao colaborador pessoa jurídica: deve ser a primeira empresa a se qualificar para tanto. Os demais requisitos - aplicáveis, também, às pessoas físicas - são os seguintes: completa cessação do envolvimento do colaborador na infração noticiada ou sob investigação, desde a propositura do acordo; ausência de provas suficientes para condenar o colaborador, à disposição da Superintendência-Geral, por ocasião da propositura do acordo; confissão do colaborador sobre a sua participação no ilícito; cooperação plena e permanente do colaborador com as investigações e o processo administrativo, até sua finalização, inclusive, comparecendo a todos os atos processuais sempre que for solicitado e às suas expensas.

De modo muito próximo ao que ocorre em relação ao acordo de colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013²⁷², o colaborador somente obterá os benefícios

“Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

²⁷⁰ De forma clara e sucinta, Flávio Andrade define: “O instituto da leniência consiste numa modalidade de delação premiada, pois permite que o delator negocie com o Cade a diminuição de sua pena ou até mesmo sua imunidade administrativa e penal, em troca da colaboração efetiva na apuração dos fatos, mediante o fornecimento de provas da infração e a identificação dos demais envolvidos.” (ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p. 45-60, 2018).

²⁷¹ Estabelecendo os requisitos do acordo de leniência, a Lei 12.529/2011, no §1º do artigo 86, assim dispõe: “§1º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do §1º deste artigo”.

²⁷² Observa-se, que, quanto ao pacto de não denúncia, a Lei 12.850/2013 ainda exige que o colaborador não seja o líder da organização criminosa. A propósito, Flávio Andrade pontua: “a Lei n. 8.884/1994 proibia a celebração do acordo de leniência com o líder do cartel. Entendia-se que haveria grande probabilidade de ocorrer concentração de mercado, pois o líder passaria a deter ainda mais poder econômico caso fossem aplicadas penalidades apenas aos demais. Todavia, a experiência mostrou ao longo do tempo como é difícil

negociados no acordo de leniência se, além de satisfazer os requisitos legais supramencionados, a sua colaboração for considerada efetiva para as investigações e o processo administrativo, bem como se dela resultar a identificação dos demais envolvidos na infração e/ou a obtenção de elementos de prova (informações e documentos) que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Somando-se aos benefícios pertinentes às infrações de natureza administrativa, o acordo de leniência antitruste prevê a possibilidade de premiação que impede o exercício da pretensão punitiva do Estado, abarcando os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, bem como outros diretamente relacionados à prática de cartel - como é o caso dos tipos penais inseridos na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e no artigo 288 do Código Penal²⁷³.

Desse modo, o colaborador poderá celebrar acordo de leniência a fim de se beneficiar com a suspensão do prazo prescricional e com o impedimento de ser denunciado pela prática dos crimes mencionados na negociação; cumprido o acordo de leniência, automaticamente, será extinta a punibilidade do colaborador quanto a esses crimes contra a ordem econômica e outros diretamente relacionados à prática de cartel.

Sem dúvidas, o pacto de não denúncia veiculado no artigo 87 da Lei antitruste pode contribuir para a expansão dos espaços de consenso no processo penal²⁷⁴, revelando-se bastante semelhante ao acordo de colaboração premiada com cláusula de não persecução penal, previsto no artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/2013. Entretanto, alguns aspectos do procedimento do acordo de leniência antitruste esbarram no filtro constitucional, o que acaba desestimulando essa prática consensual.

Sob esse aspecto, constata-se a completa ausência de previsão, na Lei antitruste, quanto à participação do Ministério Público nas negociações que se refiram, também, à prática de crimes econômicos, embora seja ele o titular da ação penal pública cujo exercício poderá restar obstado por meio do acordo de leniência. Mais que isso, a Lei em comento não coloca o Ministério Público como parte no acordo e nem como fiscal da Lei ou qualquer outra espécie de interveniente de atuação obrigatória.

identificar o cartelista-líder, o que fez com que a Lei n. 12.529/2011 viesse a excluir tal proibição.” (ANDRADE, Flávio da Silva, 2018, op. cit.).

²⁷³ Trata-se de inovação trazida pela Lei 12.529/2011, consistente em um rol exemplificativo de crimes passíveis de submissão ao acordo de leniência com pacto de não denúncia.

²⁷⁴ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de; REIS, Érica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da Lei 12.850/2013. **Revista Jurídica Lex**, São Paulo, n. 70, p. 396-412, ago., 2014.

Acontece que a possibilidade de negociação penal e consequente mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, admitida pelo texto Constitucional de 1988, em seu artigo 98, I, depende da manifestação do Ministério Público, titular da ação penal pública.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o disposto no artigo 87 da Lei antitruste ofende o artigo 129, I, da Constituição Federal e o princípio da obrigatoriedade da ação penal, porquanto determina o não exercício da pretensão punitiva do Estado (imunidade penal) e a extinção da punibilidade²⁷⁵, simplesmente, por meio de um acordo administrativo, celebrado entre o autor do crime e a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico.

Outro ponto digno de preocupação se refere ao fato de que, embora seja inequívoca a invasão da instância administrativa sobre a esfera jurisdicional penal e processual penal, em momento algum a Lei 12.529/2011 cita a necessidade de submissão do acordo de leniência à apreciação do Judiciário, repetindo falha da legislação revogada.

Em linha diametralmente oposta, a lei antitruste fixa a legitimidade do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência para decidir sobre o cumprimento do acordo de leniência²⁷⁶, decisão administrativa esta destinada a extinguir, automaticamente, a punibilidade do agente colaborador que tenha obtido o benefício da não denúncia ou suspensão do prazo prescricional.

Assim operacionalizada, a celebração do acordo de leniência com cláusula de não denúncia causa um esgarçamento no tecido constitucional devido à inobservância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do qual se extrai a competência do Judiciário para apreciar questões relacionadas à extinção da punibilidade, seja em relação às

²⁷⁵ “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

²⁷⁶ Em seu artigo 9º, a Lei antitruste prevê que “compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos”.

penas em abstrato, seja quando decorrem de condenação penal ou são fruto de negociação penal²⁷⁷.

Entender de modo diverso significaria admitir o exercício da jurisdição por órgão administrativo, no bojo de um ordenamento jurídico que não mais prevê o denominado contencioso administrativo²⁷⁸; restaria aceita, com esse entendimento, a possibilidade de usurpação do monopólio da jurisdição pelo Poder Executivo, caracterizando inegável ofensa, também, ao princípio da separação de Poderes²⁷⁹.

Dando seguimento à análise do procedimento, celebrado ou não o acordo de leniência, deve ser garantido o sigilo da respectiva proposta, destacando-se que, na hipótese de sua rejeição, a proposta não será divulgada e nem tampouco configurará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada²⁸⁰.

Nesse cenário permeado por atos procedimentais que afrontam princípios constitucionais, o acordo de leniência antitruste torna-se pouco atrativo, tendo em vista que o possível candidato a colaborador não dispõe de garantias quanto à efetiva obtenção da almejada imunidade penal; há patente fragilização da segurança jurídica e, indubitavelmente, resta prejudicada a implementação desse importante instrumento de solução negociada de crimes contra a livre concorrência.

Certamente, as inconsistências ora abordadas foram observadas, na prática, pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, levando-o a desenvolver um guia

²⁷⁷ Nessa linha de compreensão, Salomi afirma: “Sob a óptica constitucional, a atividade de análise do cumprimento do acordo de leniência e a decisão dela decorrente na ambiência penal não podem ser atribuídas a uma autarquia federal, constituindo função exclusiva do Poder Judiciário. Isto porque, consoante o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” É o conhecido princípio da reserva de jurisdição.” (SALOMI, Máira Beauchamp. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012).

²⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 434.

²⁷⁹ Ao discorrer sobre o artigo 5º, XXXV, da Constituição, José Afonso da Silva observa, de forma sintética e essencial, que: “O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 433, grifos do autor).

²⁸⁰ É o que se extrai do disposto no art. 86 da Lei 12.529/2011:

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

§10: Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.”

sobre o programa de leniência antitruste²⁸¹, com o claro intuito de dar ao instituto uma interpretação conforme a Constituição, especialmente, no pertinente à segurança dos benefícios de natureza penal.

Dentre as providências constantes do guia do programa de leniência antitruste, consta a comunicação ao Ministério Público sobre a celebração do acordo correlato, o que ocorre na fase de formalização do acordo - ou seja, após a negociação entre o colaborador e a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como depois de terem sido apresentados documentos e informações sobre a prática noticiada ou sob investigação. Eventualmente e em circunstâncias específicas, essa intervenção pode ocorrer em etapa inicial da negociação, segundo acordado entre as partes e o próprio Ministério Público²⁸².

Assim, apesar de inexistir exigência legal nesse sentido, ao viabilizar, na prática, a intervenção do Ministério Público²⁸³ no acordo de leniência, a referida Autarquia federal confere harmonia constitucional ao procedimento em tela, no pertinente à devida observância do disposto no art. 129, I, da Constituição, bem como propicia maior segurança jurídica aos respectivos signatários.

Em que pese a inquestionável relevância do Guia Programa Leniência Antitruste do Cade, permanece a situação de insegurança jurídica quanto à efetiva obtenção dos benefícios pertinentes à pretensão punitiva do Estado - suspensão da prescrição e imunidade penal.

Na mesma linha inconstitucional da Lei 12.529/2011, o referido manual de boas práticas informa que caberá ao Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica a decisão final pelo cumprimento ou descumprimento das condições constantes do acordo

²⁸¹ Sem caráter vinculativo, o guia consiste em um documento consolidado com as melhores práticas e procedimentos usualmente adotados para negociação de acordos de leniência antitruste do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. (Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2018).

²⁸² O contato com o Ministério Público se inicia na terceira fase do acordo de leniência, conforme se extrai das respostas às perguntas nº60 e 62 do mencionado guia elaborado pelo CADE. (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018).

²⁸³ Ainda, segundo a prática consolidada no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, caberá ao Ministério Público Federal ou Estadual a intervenção no acordo de leniência, conforme se trate de crime da competência da Justiça Federal ou Estadual, respectivamente, sendo possível, também, que ambos atuem conjuntamente quando a negociação envolver as duas esferas de competências jurisdicional. (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018).

de leniência; dessa decisão administrativa, portanto, poderá ocorrer a extinção da punibilidade do colaborador, independentemente de apreciação judicial.

Assim, reitera-se a conclusão no sentido de que, concretizado com base na legislação em vigor sobre o tema, o acordo de leniência antitruste se revela, no mínimo, pouco atrativo para o colaborador devido à questionável segurança jurídica quanto à obtenção dos prêmios de imunidade penal e suspensão da prescrição, após o cumprimento das condições estabelecidas na negociação²⁸⁴.

Há de se reconhecer que a intervenção do Ministério Público no acordo de leniência com efeitos penais, providenciada no citado guia de boas práticas da Autarquia federal, diminui a insegurança supramencionada, na medida em que a negociação passa a contar com a presença do titular da ação penal pública. Entretanto, diante da ofensa aos princípios da inafastabilidade da apreciação judicial e da separação dos poderes, deve-se ter em mente que essa providência não possui o condão de retirar a pecha de inconstitucionalidade do acordo de leniência com cláusula de não denúncia ou de suspensão da prescrição penal.

4.4 Cláusula de não persecução penal: o artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013 e a (in)constitucionalidade do artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP

O benefício denominado pacto de imunidade - ou pacto/cláusula de não persecução penal -, previsto no artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/2013, indubitavelmente, evidencia uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública²⁸⁵, que vigora no sistema jurídico brasileiro; abre-se, nos estritos termos da lei, uma oportunidade de disponibilidade

²⁸⁴ A respeito da necessidade de se propiciar maior segurança jurídica na celebração do acordo de leniência, Salomi enfatiza que: "Urge relembrar que o chamariz do Programa de Leniência é a imunidade penal como moeda de troca pelas informações e provas apresentadas às autoridades antitrustes. A partir do momento em que não tiver esta contraprestação, nem a mínima certeza de que ela ocorrerá, não mais existirá interesse na apresentação espontânea da verdade real dos fatos. Não mais haverá a corrida pela leniência, mas sim a corrida da leniência". (SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012).

²⁸⁵ Corroborando essa linha de raciocínio, Eduardo Araújo da Silva assevera que: "Dessa feita, está autorizada a disponibilidade da ação penal pública em razão de acordo de colaboração premiada com os envolvidos com a criminalidade organizada, desde que presentes os pressupostos do art. 4º, caput e seus incisos e §1º da Lei nº 12.850/13. Portanto, não se trata de adoção da oportunidade em sua pureza, pois o Ministério Público está sujeito às regras legais que regem o instituto." (SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62).

da ação penal pública, incidindo o princípio da discricionariedade regradada da propositura da ação penal²⁸⁶.

Essa conclusão é possível, no mínimo, desde a Constituição de 1988, tendo em vista a previsão do sistema de Justiça penal negociada em seu artigo 98, I²⁸⁷. Com base nessa previsão constitucional, foram editadas as Leis 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito das Justiças Estadual e Federal, respectivamente; possibilitou-se, desde então, a não persecução penal mediante a celebração de acordo de transação penal²⁸⁸.

Trata-se de benefício²⁸⁹ que consiste no compromisso do Ministério Público de não oferecer denúncia em face do colaborador, desde que este não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração premiada, requisitos esses que devem se somar àqueles previstos no artigo 4º, *caput*, da Lei de Organização Criminosa²⁹⁰.

Assim, o pacto de imunidade pode ser oferecido pelo Ministério Público uma única vez em relação à mesma organização criminosa, na medida em que o beneficiário deve ser o primeiro, dentro desse grupo, a realizar a colaboração premiada. Problema maior está em comprovar que o primeiro a colaborar, efetivamente, não detém posição de liderança dentro da organização criminosa.

²⁸⁶ Ibid., p. 56.

²⁸⁷ "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

²⁸⁸ Sobre a transação nos crimes de menor potencial ofensivo, a Lei 9.099/95 assim dispõe, em seu artigo 76: "Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta." O disposto nessa Lei se aplica ao âmbito federal, conforme previsto na Lei 10.259/2001, artigo 1º: "São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995."

²⁸⁹ Acerca da cláusula de imunidade - ou pacto de não persecução penal, como bem sintetiza Costa: "O §4º do artigo 4º da Lei n.12.850/13 permitiu ao Ministério Público deixar de oferecer a denúncia a acusado, desde que não seja líder de organização criminosa e o primeiro a prestar a colaboração. Deve, ainda, atender aos objetivos dispostos no caput e incisos do artigo 4º da Lei n.12.850/13. Os requisitos são cumulativos, isto é, o acusado não deve ser líder de organização criminosa, deve ser o primeiro a prestar a colaboração que necessariamente deve atingir os objetivos colimados pela legislação." (COSTA, Rodrigo de Campos. Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 199).

²⁹⁰ Art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013: "Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo".

Com efeito, o formato hierarquizado e com divisão de tarefas possibilita a existência de mais de um líder dentro de uma mesma organização criminosa, cuja atuação pode ocorrer por meio de grupos menores, cada um com seu próprio líder, formando uma espécie de núcleo onde se desenvolvem tarefas relacionadas a searas diversas, mas todos interligados e dentro de um mesmo grupo criminoso maior, tendo a prática delitiva como objetivo comum.

Diante dessas características da criminalidade organizada e tendo em vista os efeitos da cláusula de não persecução penal, seu oferecimento deve ser cercado de maiores cautelas e do devido exame quanto ao atendimento dos requisitos legais, bem como no pertinente à importância da colaboração prestada para a solução dos fatos delituosos em jogo, ou seja, a sua eficácia deve ser excepcional para justificar o não exercício da persecução penal por parte do Estado.

Ressalte-se que a satisfação dos requisitos legais em comento não possui o condão de transformar a expectativa da celebração de acordo em direito subjetivo do colaborador ao pacto de imunidade, porquanto caberá ao Ministério Público avaliar qual dos benefícios legalmente previstos se mostra compatível, segundo a importância da colaboração levada a efeito e sua aptidão para configurar meio de obtenção de prova, no caso concreto.

Em qualquer hipótese, a celebração do acordo com pacto de imunidade se submete à disciplina constante da Lei 12.850/2013, sob pena de se configurar ofensa ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, porquanto somente se admite a disponibilidade da ação penal com base na lei, em sentido estrito.

Seguindo os rastros da previsão contida no artigo 4º, §4º, supramencionado, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP editou a Resolução 181, de 07 de agosto de 2017, alterada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018²⁹¹, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

De modo desconectado com o tema que ensejou sua edição, a referida Resolução previu o pacto de não persecução penal, em seu artigo 18²⁹², sendo objeto de ações

²⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução no 181/2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹² Atualmente, o artigo 18 da Resolução 181/2017 está assim redigido, após alterações promovidas pela Resolução 183/2018: “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao

declaratórias de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nas ações declamatórias de inconstitucionalidade, argumenta-se, essencialmente, que a referida Resolução extrapolou os limites do poder regulamentar atribuído ao Conselho Nacional do Ministério Público, configurando-se hipótese de usurparção de competência legislativa, bem como ofensa aos princípios da obrigatoriedade da ação penal e do devido processo legal²⁹³.

Justificando a adoção desse instrumento de negociação penal, via Resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público invocou, basicamente, razões de política criminal, consubstanciadas no seguinte, dentre outras: redução da carga desumana de processos criminais; emprego de soluções alternativas no Processo Penal, propiciando resolução célere de casos menos graves; investimento prioritário de recursos - financeiros e humanos - do Ministério Público e do Judiciário no processamento e julgamento de feitos de maior gravidade; diminuição dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória e desafogamento dos estabelecimentos prisionais²⁹⁴.

Da leitura do artigo 18 da citada Resolução 181, extrai-se a possibilidade de ser celebrado acordo pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, assistido por seu defensor, contendo cláusula de não persecução penal, quando se tratar de crime não violento e sem uso de grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos²⁹⁵. Para tanto, o

investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

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

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.” (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução no 181/2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018).

²⁹³ Perante o Supremo Tribunal Federal, foram promovidas a ADI 5.790, pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, e a ADI 5.793, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br>]. Acesso em: 10 out. 2018.

²⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução no 181/2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

²⁹⁵ Especificando o que deve ser levado em consideração para aferição da pena mínima, esse é o teor do §13 do artigo 18: “Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”.

investigado deverá confessar a prática delitiva, formal e circunstanciadamente²⁹⁶, bem como cumprir determinadas condições.

Ocorre que, de acordo com o disposto no art. 130-A, §2º, I, da Constituição²⁹⁷, o Conselho Nacional do Ministério Público é um órgão de controle administrativo e financeiro do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, podendo, no exercício dessas atribuições, expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Desse modo, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público vai além da simples regulamentação procedimental e, ainda, trata de matéria processual quando tal competência pertence, privativamente, à União²⁹⁸. E mesmo que dispusesse sobre o procedimento, ao invés de processo, o ato normativo em tela se revela, potencialmente, fadado à inconstitucionalidade²⁹⁹ por usurpar competência legislativa concorrente da União, Estados e Municípios³⁰⁰.

Vislumbra-se, ainda, uma inconstitucionalidade material na Resolução 181/2017, porquanto a previsão de cláusula de não persecução penal interfere no exercício da ação penal e seus reflexos, causando ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação, que se encontra ancorado no artigo 129, I, da Constituição³⁰¹ e somente admite mitigação com base na lei.

Ademais, dentre as condições estabelecidas para obtenção do “prêmio” de não ser denunciado, o citado dispositivo normativo prevê que o investigado deverá confessar a

²⁹⁶ Sobre a confissão, dispõe o artigo 18, § 2º: “A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor”.

²⁹⁷ Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º: “Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

²⁹⁸ De acordo com o artigo 22, I, da Constituição, compete, privativamente, à União legislar sobre direito processual.

²⁹⁹ Analisando a questão da compatibilidade constitucional da cláusula de não persecução penal instituída pela Resolução nº 181/2017, Flávio da Silva Andrade argumenta: “A Constituição Federal (CF/1988) não permite que o CNMP, por ato meramente administrativo, crie novo modelo de resolução de conflitos penais, ou seja, que promova alterações no âmbito do Direito Processual Penal, ignorando a competência constitucional do Congresso Nacional.” (ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p.45-60, 2018).

³⁰⁰ A Constituição, no inciso XI do artigo 24, estabelece competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

³⁰¹ Constituição Federal, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

prática delitiva, fornecer informações circunstanciadas do crime e renunciar à propriedade de bens que forem apontados pelo Ministério Público como sendo produto de crime.

Inegavelmente, essas condições causam limitação ao exercício de direitos fundamentais previstos na Constituição e que regem o Processo Penal, quais sejam, direito ao silêncio, a não autoincriminação e de não produzir provas contra si mesmo; tem-se, ainda, vulneração ao direito de propriedade, bem como se constata ofensa à garantia da ampla defesa e do contraditório, bem assim ao devido processo legal.

Resta, no mínimo, provável a inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução nº181/2017, tendo em vista a criação de uma espécie de colaboração premiada peculiar, prevendo o pacto de não persecução penal como “prêmio”; sem amparo em lei própria³⁰², portanto, esse ato normativo pretende flexibilizar direitos e garantias constitucionais, sob o argumento de ampliar espaços de negociação penal no ordenamento processual penal brasileiro.

Vê-se que, ao exigir a confissão formal e circunstanciada dos fatos delituosos, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público flexibiliza as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal; no artigo 18, V, ainda, essa norma prevê a possibilidade de o Ministério Público estipular outra condição - não constante do texto normativo - que seja "proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada", abrindo um leque de opções que pode levar à prática de arbítrios.

Tanto houve desbordamento das suas atribuições na edição desse ato normativo que, na tentativa de adequá-lo à legalidade e conformá-lo à Constituição, o Conselho Nacional do Ministério Público fez significativas alterações em seu texto original, por meio da Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018³⁰³, principalmente, em relação ao teor do multicitado artigo 18.

³⁰² A propósito, enfatiza Flávio da Silva Andrade: “A Lei nº 9.099/1995, que disciplina os institutos de consenso para infrações de pequeno e médio potencial ofensivo (transação penal e suspensão condicional do processo), a Lei nº 12.529/2011, que versa sobre o acordo de leniência, e a Lei nº 12.850/2013, que regulamenta o acordo de colaboração premiada, não servem para emprestar legalidade ou constitucionalidade ao acordo de não persecução penal, pois sua introdução no ordenamento pátrio deve decorrer de lei própria”. (ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p. 45-60, 2018).

³⁰³ Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

Nessa nova versão da citada norma regulamentar, passou a ser prevista uma parca atuação judicial³⁰⁴ - que era inexistente, permanecendo ausente a menção a mecanismos de controle, internos ou via Poder Judiciário; manteve-se incólume, ainda, a falta do texto anterior quanto à previsão de uma fase de homologação judicial do acordo, cabendo ao Ministério Público a exclusividade de acompanhamento do cumprimento das condições estabelecidas.

Diante das características da cláusula de não persecução penal instituída pelo Conselho Nacional do Ministério Público, infere-se que esse órgão administrativo de controle externo introduziu no sistema jurídico brasileiro, via resolução³⁰⁵, a possibilidade de realização de *plea bargaining*, nos mesmos moldes do modelo americano - como se detivesse competência legislativa para tanto.

Certamente, o tema em debate exige um estudo mais específico e aprofundado, o que foge à finalidade do presente trabalho, mas não inviabiliza uma conclusão no sentido de ser inconstitucional o disposto no artigo 18 da Resolução 181/2017.

Isso não significa dizer que a cláusula de não persecução penal desenhada pela Resolução 181/2017 deva ser expurgada do sistema jurídico, mas, sim, compatibilizada à ordem Constitucional vigente³⁰⁶.

³⁰⁴ Pontua, ainda, Flávio Andrade: “Ainda, cuidando para não estabelecer comandos aos membros do Poder Judiciário, a resolução, nº 5º do artigo 18, não diz que deverá haver a homologação judicial do acordo, mas que os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, se o magistrado o considerar cabível e se as condições se mostrarem adequadas e suficientes. A normatização do CNMP, no §6º, também dispõe que o juiz, se considerar incabível o acordo, deverá remeter os autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação. Em verdade, a resolução em análise, além de criar uma nova forma de resolução antecipada ou de evitação do processo penal, dita regras ao órgão judicante como se tivesse ela força de lei”. (ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p. 45-60, 2018).

³⁰⁵ Na mesma linha de entendimento, mais uma vez, as ponderações feitas por Flávio Andrade: “Portanto, com o indiscutível impacto do acordo de não persecução nos direitos e garantias do acusado e no modelo brasileiro de consenso penal, trazendo regras e procedimentos nessa seara, não há como aceitar que seja disciplinado por resolução do CNMP, com nítida violação da Carta da República (art. 22, I).” (Ibid.).

³⁰⁶ Como bem sintetizam Mauro Andrade e Rodrigo Brandalise: “Mesmo assim, o futuro do acordo de não-persecução penal não invalida a abertura de um grande e franco debate sobre a otimização da persecução penal brasileira. Entretanto, o caminho mais correto a ser seguido é a busca de sua inserção, seja em que moldes forem, pela via legislativa, e motivando a abertura do devido processo legal. Só assim se estará preservando um texto que procura conjugar e proteger os interesses da sociedade como um todo: a nossa Constituição Federal”. (ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017).

4.5 O artigo 4º, §4º, da Lei 12.850/2013: não homologação judicial, arquivamento tácito e devido processo legal

Constatado o atendimento aos requisitos legais pertinentes, o colaborador poderá ser beneficiado com a mencionada cláusula de não persecução penal, que consiste no compromisso assumido pelo Ministério Público de não oferecer denúncia contra o colaborador. Trata-se de benefício compatível, apenas, com o acordo de colaboração premiada celebrado na fase pré-processual e seu oferecimento cabe, unicamente, ao Ministério Público, órgão que detém a titularidade da ação penal.

Uma vez celebrado o acordo, observando-se o disposto no artigo 4º, §4º, da Lei de Organização Criminosa, haverá sua submissão à homologação pelo juiz competente. No caso de discordância quanto aos termos do acordo e sendo inviável a adequação do seu teor, como autoriza o §8º do citado artigo, caberá ao juiz aplicar o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, por analogia³⁰⁷.

Por tudo quanto delineado, a homologação do acordo de colaboração premiada, contendo cláusula de não denúncia, possui efeitos equivalentes à decisão que determina o arquivamento do procedimento investigatório, o que autoriza a incidência do previsto no artigo 18 do Código de Processo Penal³⁰⁸ e a retomada do curso do procedimento arquivado³⁰⁹.

À semelhança do que ocorre em relação ao pedido de arquivamento de procedimento de investigação e posterior decisão judicial que o defere, não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa ou ao devido processo legal em relação ao pacto de não oferecimento de denúncia.

³⁰⁷ Essa conclusão se coaduna com a ideia no sentido de que, na prática, o pacto de não denúncia equivale ao arquivamento do inquérito policial, como afirma Silva, em breves linhas: “Na prática, quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá requerer o arquivamento dos autos em relação ao investigado colaborador e, se dele discordar o juiz, deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código de Processo penal.” (SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63).

³⁰⁸ “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”

³⁰⁹ Na visão de Marcelo Constenaro Cavali, permanece viável “o posterior oferecimento de denúncia em caso de alteração do panorama investigativo, caso constatadas mentiras ou omissões por parte do colaborador”, tendo em vista que não se configura hipótese de extinção da punibilidade. (CAVALI, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013*. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274).

O respeito ao devido processo legal se apresenta, efetivamente, com a observância do procedimento legalmente previsto e isso ocorre em relação ao benefício em testilha, que, sendo oferecido na fase pré-processual, segue o roteiro fixado na lei, desde as tratativas do acordo até a sua homologação pelo juízo competente, mantendo-se a situação de não denúncia em face do colaborador.

Como garantia do devido processo legal, o pacto de imunidade não ocasiona, automaticamente, o arquivamento do inquérito policial correlato, sendo indispensável a submissão do acordo de colaboração premiada à homologação judicial, ocasião em que serão examinadas a regularidade, legalidade e a voluntariedade, bem como atendimento aos requisitos legais atinentes à eficácia e efetividade desse negócio jurídico processual.

Ademais, durante todo esse percurso da colaboração premiada, busca-se garantir o exercício da ampla defesa por meio da inafastável assistência do defensor ao colaborador, nos moldes estabelecidos pelo artigo 4º, §15, da Lei 12.850/2013; à defesa do delatado, outrossim, viabiliza-se o amplo acesso aos elementos de prova existentes nos autos e que sejam necessários ao exercício da sua defesa, ressalvados aqueles que se refiram a diligências em andamento³¹⁰.

Uma vez observado o roteiro previsto na lei de regência, restarão garantidos o devido processo legal e a ampla defesa quanto ao acordo de colaboração premiada com cláusula de imunidade, nos mesmos moldes dos demais benefícios legais possíveis e com a especificidade de, uma vez homologado, equivaler ao arquivamento do inquérito policial. Tanto é assim que, "se o colaborador cumprir todas as condições acordadas e não surgirem novas provas que indiquem omissões ou mentiras de sua parte, o feito continuará arquivado"³¹¹.

4.6 A ampla defesa e outras garantias fundamentais na negociação penal via colaboração premiada - críticas à adoção do instituto, no Brasil

Apesar de todos os dispositivos que prevêm a presença do defensor no curso do respectivo procedimento, como examinado no tópico anterior, há críticas à adoção da

³¹⁰ Lei 12.850/2013, artigo 7º, §2º.

³¹¹ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

colaboração premiada, sob o argumento de que esse instrumento gera uma espécie de tensionamento dos direitos fundamentais e, até mesmo, ofensa à garantia da ampla defesa.

Como um dos principais alvos dessa controvérsia, destacamos o §14 do supracitado artigo 4º³¹², do qual consta que, ao prestar depoimentos, na presença de seu defensor, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Sob a perspectiva dessa linha contrária ao instituto da colaboração premiada, o teor dispositivo legal retromencionado ofende o princípio da presunção de inocência, porquanto obriga o colaborador a abrir mão do seu direito constitucional ao silêncio e lhe impõe o dever de dizer a verdade, o que pode ensejar, ainda, a sua autoincriminação. Ademais, argumenta-se, a presença do defensor é insuficiente para assegurar a observância dos direitos fundamentais do colaborador, tendo em vista a verdadeira barganha que se opera entre acusação e defesa, que agiriam no intuito de satisfazer objetivos de cunho particular.

Uma interpretação apressada da Lei 12.850/2013 em confronto com os direitos fundamentais supramencionados, de fato, pode levar à conclusão de que o colaborador é posto em situação de absoluta desvantagem frente ao Estado, bem como se vê obrigado a assumir a culpabilidade por fatos delituosos e, ainda, a produzir prova contra si mesmo, autoincriminando-se.

Ocorre que essa leitura açodada parece estar embasada em duas premissas falsas: a primeira, no sentido de que os direitos fundamentais são absolutos, ilimitáveis; a segunda, acerca da aceitação do acordo de colaboração, se refere a uma imposição da celebração desse acordo ao colaborador.

Com efeito, já se tornou pacífico o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais são limitáveis, inexistindo direito fundamental absoluto³¹³. A propósito, no Brasil, há limitações a direitos fundamentais³¹⁴, constantes, inclusive, do próprio texto constitucional, como é o caso do art. 5º, XLVII, “a”, que prevê a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada, traduzindo uma limitação ao direito à vida.

³¹² “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

³¹³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 39-41.

³¹⁴ Ibid., p. 49-51.

Nessa linha de entendimento quanto à limitabilidade dos direitos fundamentais, pode ser citada a Súmula Vinculante 11³¹⁵, cujo teor se refere à utilização de algemas em réu preso, durante a audiência. Vê-se que, nas circunstâncias constantes do verbete em comento, realizada a ponderação entre as garantias fundamentais em potencial conflito, as algemas poderão ser mantidas e o direito fundamental à integridade física do preso sofrerá limitação em favor do mesmo direito fundamental pertencente aos demais presentes ao ato, bem como à segurança do próprio preso.

Diante desse contexto, o procedimento de colaboração premiada pode ensejar a realização de um juízo de ponderação entre direitos fundamentais que se encontrem em rota de colisão, sendo viável uma conclusão no sentido de que devem ter precedência, no caso concreto, determinados direitos fundamentais, como segurança, ordem, liberdade, vida e saúde, conforme o tipo de crime praticado pela organização criminosa investigada.

A segunda premissa - falsa - que parece orientar a crítica à colaboração premiada consiste na ideia de haver ofensa à presunção de inocência, porquanto o colaborador estaria obrigado a aceitar o acordo de colaboração premiada, produzindo provas contra si mesmo, ao observar a imposição legal de falar e, mais ainda, de falar a verdade.

A partir de um raciocínio raso de lógica, tendo por base o texto da Lei 12.850/2013, constata-se que o afastamento do direito ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade são inerentes a qualquer tipo de negociação; não poderia, portanto, ser diferente com a colaboração premiada que, inegavelmente, configura-se como instrumento de negociação penal e, ao mesmo tempo, decorre da estratégia defensiva.

Como afirmado anteriormente, admitir a possibilidade de um acordo de colaboração premiada baseado em respostas falsas - ou inexistentes - levaria ao seu completo esvaziamento, tornando-a um meio ineficaz de obtenção de prova.

Na mesma linha de entendimento, Cavali assevera que o descumprimento desse dever de dizer a verdade³¹⁶ pode ensejar a rescisão ou anulação do acordo de colaboração

³¹⁵ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

³¹⁶ Cavali ressalta, ainda, que: “A previsão legal do dever de dizer a verdade não transmuta o colaborador em testemunha, dado o seu evidente interesse no caso, mas apenas torna legítima a aplicação das consequências mencionadas, afastando a possibilidade de que o colaborador se escude no direito à não autoincriminação para mentir.” (CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274).

premiada, bem como a configuração do crime descrito no artigo 19 da Lei de Organização Criminosa.

Registre-se que a obrigação de falar, limitando o direito constitucional ao silêncio, não configura, por si só, uma ofensa à garantia da ampla defesa, porquanto esta, na sua vertente da autodefesa, é opcional, podendo ou não ser exercida, segundo a estratégia defensiva adotada.

Some-se a isto o fato de que a presunção de inocência somente pode ser afastada com base em conjunto probatório que confirme o teor das declarações contidas no acordo de colaboração premiada, vedando-se a condenação nelas fundamentada, de modo exclusivo – artigo 4º, §16, da Lei 12.850/2013³¹⁷.

Observa-se, também, que a afirmação genérica de que o colaborador se vê coagido a aceitar a proposta de acordo de colaboração premiada, motivado pelo temor de ser condenado a penas mais severas, não se sustenta.

No acordo de colaboração premiada, o que se constata é uma verdadeira negociação entre defesa e Estado, mediante concessões recíprocas - como é típico dessa espécie de procedimento - e que se destinam à formação de um negócio jurídico entre os envolvidos, no intuito de solucionar o conflito, de modo consensual. Nessa negociação, diante das sérias concessões feitas pelo Estado, como o não oferecimento de denúncia e o perdão judicial, naturalmente, exige-se algum sacrifício por parte do beneficiado, que, voluntariamente e assistido por defensor, decide ou não pela colaboração premiada.

Vê-se, portanto, que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e não a própria prova; o seu resultado, inegavelmente, terá o peso correspondente ao que for confirmado pelo conjunto probatório produzido sob o crivo do devido processo legal, o que afasta a alegação abstrata de que sua adoção, no sistema jurídico brasileiro, ocasionará ofensa à presunção constitucional de inocência.

Igualmente, inexistente prejuízo à garantia da ampla defesa em razão da obrigação de dizer a verdade, ainda que exista o consequente risco de se autoincriminar, na medida em que a celebração do acordo de colaboração premiada decorre, inexoravelmente, de uma estratégia defensiva. Nesse passo, o próprio colaborador, voluntariamente e assistido por seu defensor, fornece informações sobre fatos e circunstâncias que são do seu conhecimento ao

³¹⁷ Lei 12.850/2013, art. 4º, § 16: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Ministério Público ou delegado de polícia, construindo a base essencial para realizar sua defesa, de acordo com a estratégia que melhor lhe aprouver.

Possuindo o domínio do conteúdo das informações constantes do acordo celebrado entre as partes, o agente colaborador poderá exercer sua ampla defesa, com os meios e recursos inerentes ao estágio processual em que ocorrer a colaboração premiada; a depender, portanto, da fase processual em que for negociado o acordo e do prêmio correlato, o exercício da ampla defesa poderá se restringir à esfera da investigação criminal, percorrer toda instrução penal ou referir-se à execução da pena.

À vista de todo arcabouço examinado, pode-se afirmar que o procedimento de colaboração premiada propicia o exercício da ampla defesa, também, ao eventual delatado.

Destaque-se que a supramencionada obrigação de dizer a verdade, imposta ao colaborador, constitui relevante providência legal para propiciar a ampla defesa ao delatado, buscando resguardá-lo de consequências nefastas decorrentes de declarações inverídicas que lhe imputem práticas delitivas. Em reforço dessa garantia, vale repisar que a Lei de Organização Criminosa veda a condenação com base, exclusivamente, no teor das declarações do agente colaborador³¹⁸, providência esta que, indubitavelmente, propicia o exercício do contraditório e da ampla defesa ao delatado, garantindo-lhe a oportunidade de se valer dos recursos necessários à comprovação da sua tese defensiva.

Não é demais lembrar que, como outro ponto crucial para resguardar o direito à ampla defesa - assim como a segurança jurídica das negociações -, a Lei 12.850/2013 exige a forma escrita do termo de colaboração premiada e que o registro das declarações do colaborador seja feito por meios que garantam, o máximo possível, a sua fidedignidade.

A partir do registro do teor do acordo de colaboração premiada, será viável ao delatado tomar conhecimento dos fatos que lhe são imputados pelo colaborador e dos elementos de prova mencionados como substrato para tais imputações. De posse dessas informações essenciais, o delatado poderá exercer o direito à ampla defesa, mesmo na hipótese de procedimento sob sigilo; considerando o teor da Súmula Vinculante 14 do

³¹⁸ Sobre a necessidade de corroboração das informações trazidas pelo colaborador por meio de outros elementos de prova, Badaró ressalta que "o legislador não estabeleceu, abstratamente, o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável".

(BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274).

Supremo Tribunal Federal³¹⁹, logicamente, o respectivo defensor terá acesso a todo arsenal probatório materializado nos autos e que diga respeito ao delatado, salvo em se tratando de diligência em curso.

À vista do quadro delineado, resta evidente que a negociação penal via colaboração premiada é permeada por tensões entre direitos fundamentais do colaborador, do delatado e da sociedade. Porém, essa característica é insuficiente para, por si só, negar a significativa importância desse negócio jurídico processual na persecução penal, processo e julgamento das demandas relacionadas aos crimes cometidos por organizações criminosas.

No intuito de equilibrar essa balança, eliminando - ou, ao menos, reduzindo - o mencionado tensionamento de direitos fundamentais, a utilização desse instituto importante e inovador de negociação penal deve ocorrer com base nos parâmetros fixados na Lei e na Constituição, de forma cuidadosa, comedida e quando for, extremamente, necessário.

Portanto, independentemente da finalidade objetivada com a realização do acordo de colaboração premiada - que, definitivamente, não se confunde com o *plea bargaining* -, o sistema negocial penal brasileiro não confere ampla discricionariedade ao Ministério Público para negociar prêmios e condições não previstos em lei, atuando com base em numa visão arrojada e, negativamente, utilitarista da negociação penal.

Compreender de modo diverso, tomando a colaboração premiada como uma espécie de remédio para todos os males que decorrem do crime organizado, incrementa o risco de ofensa a garantias constitucionais do colaborador e do eventual delatado, bem como ocasiona a banalização do instituto e o consequente descrédito quanto à sua aptidão para funcionar como instrumento de negociação penal.

³¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

CONCLUSÃO

Sobre a garantia da ampla defesa no procedimento aplicável à colaboração premiada, inicialmente, mencionou-se a origem histórica e a classificação desse direito/garantia fundamental à luz da teoria geracional – ou dimensional – dos direitos fundamentais. Na sequência, a garantia constitucional da ampla defesa foi apresentada sob suas três vertentes: autodefesa, defesa técnica e defesa efetiva, expondo-se as características essenciais de cada uma delas.

Constatada a origem constitucional da justiça penal negociada, nos termos do artigo 98, I, da Constituição Federal, tem se observado uma ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro, que, até pouco tempo, eram ocupados pelos Juizados Especiais criminais, conforme procedimento previsto na Lei 9.099/1995.

Esse incremento do sistema de justiça penal negociada se revela inevitável diante da sobrecarga de demandas processuais criminais no Brasil, bem como da necessidade de julgamento dos feitos em prazo razoável, meta constitucional esta que tem se mostrado de difícil realização em face de dificuldades estruturais enfrentadas por órgãos responsáveis pela persecução penal e pela prestação jurisdicional.

Assim, seguindo essa tendência mundial de expansão das soluções consensuais no Processo Penal, a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, surgiu com significativa importância, na medida em que define o procedimento necessário para a efetiva utilização da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro; supriu-se, neste ponto, a lacuna existente em diplomas legais anteriores que, embora já previssem alguma forma de colaboração premiada, muito pouco informavam quanto ao respectivo procedimento.

Nesse caminho em construção, a solução para questões interpretativas pertinentes à colaboração premiada vem sendo obtida a partir da doutrina e da jurisprudência, inclusive, dos tribunais superiores, tendo por base uma análise densa quanto à observância do devido processo constitucional e convencional; como vetores desse percurso hermenêutico, indubitável e prioritariamente, devem ser observados os direitos e garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais que regem o Processo Penal.

Em face do cenário apresentado, algumas justificativas podem ser apresentadas acerca da necessidade de conformação constitucional do procedimento de colaboração premiada, no intuito de garantir o exercício da ampla defesa, à luz do Estado Democrático

de Direito e, assim, aperfeiçoar essa prática negocial que tem sido de significativa importância no combate à criminalidade organizada no Brasil.

1. A compreensão dos princípios constitucionais orientadores do Processo Penal se mostra indispensável para viabilizar a adoção de uma melhor interpretação e aplicação das normas que regem a aplicação da Lei Penal, permitindo a concretização de direitos e garantias fundamentais no curso do procedimento correlato.

2. Tratando-se de imposição constitucional vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana, a observância das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal é inafastável, ainda que se trate de procedimento caracterizado pela possibilidade de negociação entre as partes, como é o caso da colaboração premiada.

3. O ordenamento jurídico brasileiro se inspirou no *plea bargaining*, há muito utilizado nos Estados Unidos, para criar a justiça penal negociada, bem como para ampliar os espaços de consenso no Processo Penal; não se confundem, porém, o *plea bargaining* e a colaboração premiada, ainda que apresentem pontos semelhantes em seus contornos.

4. Certamente, a ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal pode contribuir para o desafogamento no sistema Judiciário brasileiro, como um todo, tendo em vista os princípios que regem a justiça penal negociada, quais sejam, simplicidade, informalidade, oralidade, celeridade e economia processual. Soma-se a esse acervo o princípio da oportunidade regrada, essencial para conduzir à otimização no emprego dos instrumentos de negociação penal, de modo a agilizar a persecução penal e a entrega da prestação jurisdicional.

5. A melhor interpretação constitucional sobre o procedimento de colaboração premiada deve levar em consideração as especificidades da justiça penal negociada, o que exige o abandono do dogma da inafastabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal; incrementando-se o princípio da oportunidade regrada, por outro lado, diminui-se o risco de se inviabilizar a prática consensual na esfera penal.

6. Nas negociações de acordos de colaboração premiada, cabe ao Ministério Público observar os limites de discricionariedade compatíveis com o Estado Democrático de Direito, oferecendo benefícios alinhados com o disposto na Lei 12.850/2013, bem como na legislação penal e processual penal, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao sistema acusatório.

7. Como negócio jurídico processual condicionado à eficácia da colaboração, o acordo de colaboração premiada somente produz efeitos após homologação judicial e

constatação da efetiva obtenção de, pelo menos, um dos resultados previstos na Lei de Organização Criminosa.

8. Previsto na Lei 12.529/2011, o acordo de leniência antitruste, quando celebrado sem a participação do Ministério Público e sem a atuação judicial efetiva, traduz uma negociação sem força suficiente para vincular o Ministério Público e o Judiciário ao cumprimento do ajuste correlato; permanece incólume, nesse cenário, a pretensão punitiva do Estado quanto aos crimes confessados pelo colaborador no procedimento administrativo antitruste.

9. A cláusula de não persecução penal desenhada pela Resolução 181/2017, por seu turno, poderá ser aproveitada pelo ordenamento jurídico, ao invés de ser expurgada em razão da potencial inconstitucionalidade. Para tanto, exige-se lei própria, contendo adaptações que a conformem à Constituição, inclusive no pertinente à observância ao princípio da separação dos Poderes e ao sistema acusatório.

10. Em que pese sua inegável importância para solução de demandas envolvendo organizações criminosas, a colaboração premiada não é a solução para todos os males e dificuldades estruturais enfrentadas pelos órgãos de persecução penal do Estado; a utilização desse meio de obtenção de prova deve ocorrer com parcimônia, inegavelmente, devido à potencial tensão entre direitos fundamentais e aos prejuízos decorrentes da banalização no emprego dessa ferramenta de negociação penal.

11. Efetivamente, a Lei 12.850/2013 contém dispositivos destinados à concretização da garantia constitucional da ampla defesa, cabendo ao juiz competente o papel precípua de zelar pela obediência do procedimento de colaboração premiada à Constituição e ao Estado Democrático de Direito, sem se imiscuir, propriamente, na seara das tratativas do acordo de colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Cap. 1 a 4).

AGRA, Walber de Moura Agra. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 948/2014, p.77-113, out. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução no 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 137, p. 45-60, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada. **Consulex**, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.

_____. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, 2003.

BENDER, Paisly. Exposing the hidden penalties of pleading guilty: a revision of the collateral consequences rule. **Geo. Mason L. Rev.**, [S.l.], v. 19, p. 291, 2011.

BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. **Harvard Law Review**, p. 2463-2547, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça** n. 3, p. 82-93, abr./jun., 2008.

BORGES, Andrey. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file>. Acesso em: 29 maio 2018.

BOTTINI, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, n. 24, p.359-390, ago., 2016.

CANOTILHO, J. J.; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 133, p. 133-171, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora RT. 2004; Portugal: Coimbra Ed.,2004.

CAMPOS, Rodrigo de. **Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões "conservadora" e "arrojada" do instituto na Lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Rodrigo de Campos. **Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

DOTTI, René Ariel. A atenuante da confissão. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 18-35, fev. 2013. ISSN 2317-3882). Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/55/55>>. Acesso em: 29 maio 2018.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.11, n. 66, p. 64-66, jun./jul., 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRIEDLAND, Diana. **27 Years of Truth-in-Evidence**: The Expectations and Consequences of Proposition 8's Most Controversial Provision. 2009. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu>>. Acesso em: 28 out. 2018.

FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria "dimensional" dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 26-32, jan. 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da Justiça Constitucional brasileira**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no proc. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 3, p.1108-1134, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HARVARD LAW REVIEW ASSOC. Plea Bargaining and the Transformation of the Criminal Process. **Harvard Law Review**, v. 90, n. 3, p. 564-595, 1977.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um Braço da Justiça Penal Negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 32-66, jun./jul. 2014.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Proteção Jurídico-penal e direitos universais**: tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; RUIZ, Fábio Nascimento. A Exceção no Processo Penal e o Resgate de Antigos Riscos às Garantias Fundamentais. **Prisma Jurídico**, n. 14, jan./jun., 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93444158005>> ISSN 1677-4760. Acesso em: 01 ago. 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. **Revista Cej**, Brasília, v. 59, n. 17, p. 84-99, abr., 2013.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**: aspectos macrossistêmicos. São Paulo: Sapere Aude, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 9, p. 289-310, 2008.

REINGANUM, Jennifer F. Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion. **The American Economic Review**, [Pittsburgh], v. 78, n. 4, p. 713-728, set., 1988. Disponível em: <<https://authors.library.caltech.edu/83132/1/sswp616%20-%20published.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Amaury. **Anotações à lei de proteção aos juízes criminais**: Lei 12694/2012 - "Lei do juiz sem rosto". Leme: Jhmizuno, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

_____. **Cidadania e Democracia**: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana. Coordenador Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

_____. Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e Produção de Provas nos Limites Constitucionais. In: _____. **Processo Penal e Garantias Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marina Faraco Siqueira e. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**. 2010. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Curso de Estudos pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Editora del Rey, 2007.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TABAK, B. M. et. al. A Colaboração Premiada Compensa? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015. **Texto para Discussão**, n. 181. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 out. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe. **Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet**. Genève, La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 837-850, ad. 837.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de; REIS, Érica do Vale. Justiça criminal premial: introdução à regulamentação jurídica da delação premiada no ordenamento brasileiro e às alterações da Lei 12.850/2013. **Revista Jurídica Lex**, São Paulo, n. 70, p. 396-412, ago., 2014

VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**: Plea bargaining, the courts, and the making of political authority. New York: Oxford University Press, 2007.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: CHRISTIANO, T; CHRISTMAN, J. (Org.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009, p. 267-82.

WESTEN, Peter; WESTIN, David. A constitutional law of remedies for broken plea bargains. **Cal. L. Rev.**, v. 66, p. 471, 1978.

YOFFE, Emily. Innocence is irrelevant. **The Atlantic**. [S.l.], v. 330, n. 2, p. 66-74, 2017.