



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E OS LIMITES DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO
BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO COMPARADO**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Valber da Silva Melo

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20151934

Fevereiro de 2022

Lisboa

Não há nada mais relevante para a vida social que a
formação do sentimento de Justiça.

Ruy Barbosa

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha amada esposa e aos meus amados filhos, alicerces para toda a vida.

Agradecimentos

Agradeço a Deus por me guiar com sua mão poderosa e me abençoar grandemente.

A minha esposa e filhos, pelo tempo de convívio retirado deles nas intensas e contínuas horas de estudo e trabalho e pelo incentivo e força de sempre.

Aos meus pais e minha irmã, por sempre acreditarem em mim e me darem força em todos os momentos da minha vida.

Aos colegas de escritório, amigos e alunos que me incentivaram na busca pelo conhecimento, especialmente o amigo Filipe Broeto Maia Nunes pelo incentivo constante acerca do estudo sobre o tema.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar, por um método comparativo, a colaboração premiada como espaço de consenso no processo penal brasileiro. Para tanto, adota-se como parâmetro de comparação os ordenamentos jurídicos norte-americano, italiano, português. Numa abordagem inicial, discorre-se sobre os aspectos introdutórios da justiça penal consensual, abordando os principais fundamentos para, em seguida, expor as mais duras críticas ao consenso no processo penal.

Em seguida, desenvolve-se, com ênfase maior, a base e fundamento da justiça penal negociada no modelo norte-americano (*plea of guilty*, *plea of nolo contendere* e *plea of not guilty*), bem como no sistema europeu e suas possibilidades de negociação de penas e ritos. No terceiro capítulo, de especial relevância, estuda-se a legislação penal portuguesa e seus espaços de consenso, oportunidade em são abordados (i) a suspensão provisória do processo; (ii) o Procedimento sumaríssimo; (iii) a mediação penal de adultos, questionando-se, a continuação, (iv) Portugal dispõe de regramento positivo sobre o consenso no processo penal, via colaboração premiada. Trata-se, por fim, ainda no terceiro capítulo, (v) da colaboração processual ou arrependimento no direito português e suas repercussões premiaias, bem como (vi) da confissão integral e sem ressalvas e a (im) possibilidade de barganha no processo penal português, cotejando-a com a proposta do jurista português Figueiredo Dias.

Em seguida, expõem-se os mais característicos traços da justiça penal negocial no direito brasileiro, fazendo-se abordagem mais específica à colaboração premiada como singular mecanismo de barganha e/ou consenso no processo penal. Por derradeiro, elabora-se uma análise comparativa da colaboração premiada como espaço de consenso no processo penal brasileiro, adotando-se como parâmetro de comparação os ordenamentos jurídicos norte-americano, italiano, português.

Palavras-Chave: justiça penal negocial; colaboração premiada; direito comparado; direito penal na pós-modernidade

Abstract

This paper aims to analyze, by a comparative method, the collaboration awarded as a space of consensus in Brazilian criminal proceedings. To do so, the legal systems of the US, Italian, and Portuguese are adopted as a comparison. In an initial approach, we discuss the introductory aspects of consensual criminal justice, addressing the main grounds for then exposing the harshest criticisms of consensus in criminal proceedings.

Next, the emphasis and foundation of criminal justice negotiated in the US model (plea of guilty, plea of *nolo contendere* and plea of not guilty), as well as in the European system and its possibilities of negotiation of feathers and rites. In the third chapter, of special relevance, we study the Portuguese criminal law and its spaces of consensus, opportunity in which are approached (i) the provisional suspension of the process; (ii) the Summary Procedure; (iii) adult criminal mediation, questioning, the continuation, (iv) Portugal has a positive rule on the consensus in the criminal process, through award-winning collaboration. Finally, in the third chapter, (v) procedural collaboration or regret in Portuguese law and its repercussions, as well as (vi) full and unconfessional confession and (im) possibility of bargaining in criminal proceedings Portuguese, comparing it with the proposal of the Portuguese jurist Figueiredo Dias.

Next, the most characteristic traits of criminal criminal justice in Brazilian law are exposed, making a more specific approach to the collaboration awarded as a unique mechanism of bargaining and / or consensus in the criminal process. Lastly, a comparative analysis of the award-winning collaboration as a space of consensus in the Brazilian criminal process is made, and the legal systems of North American, Italian, and Portuguese are used as a comparison.

Keywords: criminal criminal justice; award-winning collaboration; comparative law; criminal law in postmodernity.

SUMÁRIO

Dedicatória	3
Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract	6
Lista de Siglas e Acrónimos	9
INTRODUÇÃO	11
Capítulo I – Aspectos Introdutórios Sobre Justiça Penal Consensual	16
1.1 Os três principais fundamentos dos espaços consensuais no Processo Penal.....	18
1.2 Principais Críticas ao modelo de Justiça Penal Consensual.....	24
1.2.1 A busca quantitativa pela diminuição de casos penais: uma visão utilitarista do Processo Penal.....	24
1.2.2 A violação ao devido processo legal, com a imposição de renúncia de direitos fundamentais: Presunção de inocência, vedação à não autoincriminação e desistências de recursos e ações constitucionais.....	27
1.2.3 A ausência de paridade negocial nos acordos e os vícios de vontade (involutariedade) nas negociações com acusados presos.....	31
1.2.4 A minoração do papel judicial com a supervalorização do Ministério Público com uma proeminência da fase investigativa em detrimento da fase judicial.....	35
1.3 Breve panorama da Justiça Penal Negocial nas Legislações Mundiais.....	41
Capítulo II – A Justiça Penal Negociada no Modelo Norte-Americano e no Sistema Europeu	46
2.1 Sistema Norte-Americano.....	47
2.1.1 Noções Gerais.....	47
2.1.2 Modelos de Justiça Negocial.....	49
2.2 Sistema Europeu com ênfase no Direito Italiano.....	52
2.2.1 Noções Gerais.....	52
2.2.2 Modelos de justiça negocial.....	54
2.2.2.1 Da negociabilidade do rito.....	54
2.2.2.2 Da negociabilidade da pena.....	57
Capítulo III – Os espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal Negociada no Direito Português	61
3 – Os Espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal Negociada no Direito Português.....	62
3.1 Prolegômenos ao Sistema de Justiça Criminal Português.....	62

3.2	Noções Gerais sobre os espaços de consenso	70
3.3	Suspensão Provisória do Processo	72
3.4	Procedimento Sumaríssimo.....	73
3.5	Da mediação penal em adultos.....	75
3.6	Portugal dispõe de regramento positivo sobre o consenso no processo penal, via colaboração premiada?	77
3.6.1	Da Colaboração processual ou arrependimento no Direito Português e suas repercussões premiais.....	78
3.6.2	Da confissão integral e sem ressalvas e a (im)possibilidade de barganha no Processo Penal Português e a proposta de Figueiredo Dias	80
Capítulo IV – Os espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal Negociada no Direito Brasileiro.....		84
4	– A Justiça Penal Negociada no Brasil: Uma nova abordagem após o advento da Lei de Organizações Criminosas.....	85
4.1	Breves apontamentos acerca dos institutos e espaços de consenso no Direito Brasileiro tirante a Colaboração Premiada.....	85
4.2	Aspectos gerais acerca da nova lei de organizações criminosas no Direito Brasileiro como um marco na mudança do paradigma de Processo Penal	87
4.2.1	Conceito de Colaboração Premiada e a problemática terminológica.....	89
4.2.2	Natureza jurídica da Colaboração Premiada	92
4.2.3	Dos requisitos de admissibilidade.....	94
4.2.4	Dos Prêmios Ofertados.....	97
4.2.5	Legitimados para a celebração do acordo	100
Capítulo V – Da Colaboração Premiada como Espaço de Consenso no Processo Penal Brasileiro: Uma análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à Luz do Direito comparado nos ordenamentos jurídicos Norte- Americano, Italiano e Português.		102
5	– Da Colaboração Premiada como espaço de consenso no Processo Penal Brasileiro: Uma análise do instituto, no Brasil, à luz do Direito comparado nos ordenamentos jurídicos norte-americano, italiano e português?	103
5.1	Uma análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do Direito Norte-Americano ..	103
5.2	Uma análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do direito Sistema Italino	107
5.3	Análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do Sistema Português.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS		118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		123
1.1	- BIBLIOGRAFIA	123
1.2	– DIPLOMAS E DOCUMENTOS	132

Lista de Siglas e Acrónimos

AJ	Autoridade Judiciária.
BR	Brasil
APC	Autoridade de polícia criminal.
art.	Artigo.
Cap.	Capítulo.
CEJ	Centro de Estudos Judiciários.
Cfr.	Conforme.
Cit.	Citado.
CJF	Conselho da Justiça Federal
Coord.	Coordenação.
CRFB88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CPB	Código Penal Brasileiro.
CPP	Código Penal Portugues
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro.
CPPP	Código de Processo Penal Português
CPPI	Código de Processo Penal Italiano
CRP	Constituição da República Portuguesa.
DL	Decreto-Lei.
JIC	Juiz de Instrução Criminal.
MP	Ministério Público
NAP	Núcleos de Ação Penal
Nº	Número
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
ONU	Organização das Nações Unidas
OPC's	Órgãos de Polícia Criminal
p.	Página
PGA	Procurador-Geral Adjunto
PGR	Procurador-Geral da República
PJ	Polícia Judiciária
s.m.j	Salvo melhor juízo
SPP	Suspensão Provisória do Processo
Ss	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJB	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa.

TRP	Tribunal da Relação do Porto.
UAL	Universidade Autónoma de Lisboa
UE	União Europeia.

INTRODUÇÃO

A sociedade, em virtude da composição intrínseca ao livre desdobramento da personalidade humana, está constantemente em crescimento. Essa evolução social sempre vem acompanhada da evolução da criminalidade – que segue os mesmos valores morais e éticos vigentes na sociedade¹.

Verifica-se que, em virtude deste aprimoramento na criminalidade, que se deu notadamente após a revolução industrial², o aparato judicial passa a ser permeado, não mais somente os delitos clássicos, mas, principalmente, na denominada pós-moderna idade, da intitulada criminalidade organizada, que afeta bens jurídicos transcendentais, e tem ganhado cada mais espaço, dificultando a persecução penal. Nesse tocante, o Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente assevera que “o *modus operandi* dos infractores acompanha o desenvolvimento tecnológico da comunidade.[...] a nova (aparente) criminalidade é uma realidade sofisticada que causa prejuízos enormes à sociedade e ao Estado, pondo em causa sua segurança, sua credibilidade e a sua autoridade”.

E nesse contexto, visando combater o lado inconveniente desse progresso, ou seja, o da criminalidade, o legislador busca, através de mecanismos legislativos³, obstar o avanço criminoso - deixando-se de lado a eficácia da chamada hipertrofia legislativa. Conforme ainda colocado pelo Prof. Valente, “a censurabilidade das condutas depende dos tempos que mais não são do que o reflexo do ideário vivido”⁴. Portanto, naturalmente deverá o legislador promover essa evolução jurídica-legislativa tanto para conseguir repreender novos crimes quanto para incorporar novas tendências de “justiça” como, *v.g.*, a *justiça reparativa ou a negocial*.

Fica claro que, nesse novo modelo social, em que há excesso de informações, algo derivado sobretudo do avanço tecnológico, houve uma impactante ruptura no que tange aos padrões da criminalidade, de modo que aqueles paradigmas antiquados de criminalidade – ainda existentes – não são mais a pedra de toque do sistema judiciário. Presentemente, abordar o tema das organizações criminosas não implica mais, como em outrora, na referência de chacinas, mortes, tráfico de entorpecentes.

No cenário atual, as organizações criminosas ampliaram seu alcance aos crimes mais

¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. "Evolução sócio-jurídica da criminalidade". *Revista Arquipélago-História, Revista da Universidade dos Açores – Departamento de História e Ciências Humanas* VIII (2004): 281-308. p.283.

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. "Evolução sócio-jurídica da criminalidade". *Revista Arquipélago-História, Revista da Universidade dos Açores – Departamento de História e Ciências Humanas* VIII (2004): 281-308. p.284.

³ Leia-se: edição exacerbada de leis ou, para alguns, como também é conhecida, hipertrofia legislativa.

⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. "Evolução sócio-jurídica da criminalidade". *Revista Arquipélago-História, Revista da Universidade dos Açores – Departamento de História e Ciências Humanas* VIII (2004): 281-308. p.286..

sofisticados, de elucidação mais complexa, mais rentáveis e, em virtude dessa sutileza decorrente do aprimoramento, mais “aceitáveis”. A criminalidade clássica – tráfico de entorpecentes, a título exemplificativo –, abjeta aos olhares da coletividade, continua a existir; entretanto, as chamadas dos periódicos, as conversas cotidianas e, também, os tribunais pátrios se debruçam com mais reiteração aos delitos de lavagem de dinheiro, desvio de dinheiro público, fraude a licitações, tráfico de influência, em resumo, a uma delinquência mais elitizada.

Não se discute que a sociedade contemporânea, conhecida como pós-moderna, caracteriza-se pelo alto emprego de tecnologia, viabilizado graças à globalização, fenômeno revelador de uma época marcada pelo acentuado desenvolvimento tecnológico e fortemente influenciado pela economia. O termo “globalização”, como bem explica Octávio Ianni, expressa um conjunto de mudanças socioeconômicas, políticas e culturais, mais perceptíveis a partir do final do século XX. Vincula-se, estreitamente, à própria globalização do capitalismo, pela qual esse modo de produção se expandiu e universalizou.⁵ O professor Valente⁶, ao avaliar as mudanças nos tipos de crimes praticados conforme a época, verificou uma “des-regionalização” das práticas delitivas, que deixam ter alcance regional/local para tornarem-se transnacional/internacional. O r. autor, denomina tal evento como *globalização do crime*.

A despeito de não se tratar de fenômeno inédito, Rosimeire Ventura Leite, citando José Eduardo Faria, explica que a globalização, nas décadas setenta a noventa do século passado, ganhou contornos bem específicos, com destaque a reestruturação do sistema financeiro e das empresas, criando mecanismos que possibilitaram o surgimento de transações e troca de informações estratégicas em ritmo que desafia a limites de tempo e espaço.⁷

No atual cenário mundial, com os avanços tecnológicos e a mundialização do Direito, potencializaram-se as formas de interação social, razão pela qual, de acordo com Daniela Villani Bonaccorsi e Lucas Ahmad Magalhães, “novas realidades passaram a fazer parte da sociedade como as instituições econômicas de crédito, a mundialização econômica e o avanço tecnológico nas relações financeiras”.⁸

Nessa direção, tem-se que a *mundialização* da economia, bem como sua necessidade de direção e mobilização levaram o Estado a assumir o papel de responsável maior pelo curso da vida econômica, dirigindo-o, conformando-o e defendendo-o, desencadeando o esquecimento

⁵ IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 183-187.

⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. "Evolução sócio-jurídica da criminalidade". *Revista Arquipélago-História, Revista da Universidade dos Açores – Departamento de História e Ciências Humanas* VIII (2004): 281-308. p.304.

⁷ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60-62.

⁸ BONACCORSI, Daniela Villani; MAGALHÃES, Lucas Ahmad. O dever de informação ao Controle de Atividades Financeiras (COAF) e o erro de proibição: uma análise a partir das políticas de combate e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. In: BOTTINO, Thiago. **Reflexos Penais da Regulação**: Coleção FGV Direito Rio. Curitiba: Juruá. p. 57-77.

do modelo liberal de separação entre o Direito e a Economia, Estado e sociedade.⁹Por conseguinte, ainda ponderado por Rosemeire Ventura Leite, os *conceitos e ideias* que ampararam e direcionaram o progresso da ciência jurídica, relativos às suas *práticas e procedimentos*, não se mostram mais adequadas às exigências do atual momento da sociedade; afastando-se da *estabilidade e previsibilidade* garantidas pelas codificações escritas, a *legislação pós-moderna* origina-se anacônica, com termos amplos e genéricos, demandando, constantemente, *atividade interpretativa*, dando maior margem à discricionariedade¹⁰.

Corolário desse novo momento mundial - a pós-modernidade, também denominada por hipermodernidade – significando não o fim da era moderna, mas sua “exacerbação” e “radicalização”¹¹ –, “super-modernidade” e “modernidade reflexiva”¹², é a intensificação da influência de outros sistemas e ramos do conhecimento no mundo jurídico, a exemplo da Sociologia, da Economia e da Política, afastando a concepção do Direito como ciência isolada.¹³

Percebe-se que, por força desse novo ambiente, não só os litígios se tornaram mais volumosos (critério quantitativo), como também mais complexos (critério qualitativo), resultando em sobrecarregamento do Poder Judiciário, que se encontra abarrotado de processos, sem conseguir fornecer, a tempo e modo, uma justa, devida e adequada prestação jurisdicional, principalmente em terras brasileiras, bem conhecidas pela morosidade judicial.¹⁴-

⁹ PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000. p. 59-70.

¹⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 12.

¹¹ AUBERT, Nicole. *Um indivíduo paradoxal*. In: AUBERT, Nicoli (dir.). *L'individu hypermoderne*. Ramonville Saint-Agne, 2006. p. 14. *Apud*: LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 10.

¹² BITTAR, Eduardo. C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 96.

¹³ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 12.

¹⁴ “O estoque de processos sem decisão na Justiça brasileira continua a crescer. Eram 76,9 milhões em 2015. Em 2016, passaram para 79,7 milhões, uma elevação de 3,6%. Os números fazem parte do Relatório “Justiça em números”, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que abarca todos os tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal (STF). A chamada taxa de congestionamento — percentual de processos em tramitação sem decisão — continua alta: 73%, ou seja, apenas 27% foram solucionados. No ano passado, o número de processos novos que chegaram à Justiça brasileira foi praticamente igual ao daqueles que foram baixados: 29,4 milhões. Mas o que poderia significar uma estabilidade na quantidade de processos em tramitação não ocorreu. “Observe-se que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral. Tais fatores ajudam a entender o porquê de, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009”, diz trecho do relatório”. SOUZA, André de. **Número de processos sem decisão cresce na Justiça brasileira**. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-processos-sem-decisao-cresce-na-justica-brasileira-21783423>> Acesso em: 09 jun. 19.

Evidente que, diante dessa sobrecarga, há uma tendência global na busca por meios alternativos de resolução de conflitos – seja em âmbito cível ou mesmo criminal –, mediante mudanças legislativas, com o propósito de garantir efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo, uma vez que se implementam mecanismos para que a tutela judicial seja alcançada de maneira mais célere, econômica e eficiente.

A propósito, a investigação a ser percorrida no presente trabalho debruça-se sobre alguns dos mecanismos empregados especificamente no direito penal com a finalidade do estudo da justiça penal negociada e os limites da colaboração premiada no Brasil, em uma perspectiva do direito comparado.

Destarte, a fim de evidenciar as semelhanças e diferenças da justiça penal negocial no Direito Brasileiro, busca-se realizar uma análise meticulosa acerca dos espaços de consenso nos sistemas *civil law* e *common law*. Enquanto neste último toma-se como parâmetro o modelo norte-americano, no primeiro discorre-se sobre o sistema italiano, português e brasileiro.

Ao primeiro capítulo, cabem ponderações iniciais acerca dos aspectos introdutórios da justiça penal consensual, oportunidade em que são abordados os três principais fundamentos dos espaços consensuais no processo penal, assim como as principais críticas ao modelo de justiça penal consensual, a saber: (i) a busca quantitativa pela diminuição de casos penais: uma visão utilitarista do processo penal; (ii) a violação ao devido processo legal, com a imposição de renúncia de direitos fundamentais: presunção de inocência, vedação à não autoincriminação e desistências de recursos e ações constitucionais; (iii) a ausência de paridade negocial nos acordos e os vícios de vontade (involuntariedade) na negociação com acusados presos; (iv) a ausência de paridade negocial nos acordos e os vícios de vontade (involuntariedade) na negociação com acusados presos; e (v) a minoração do papel judicial com a supervalorização

¹⁵ Cerca de 80 milhões de processos tramitam atualmente no Judiciário brasileiro, segundo o relatório Justiça em Números de 2018. Isso representa um aumento de 44 mil ações em relação ao levantamento passado. Os dados, divulgados nesta segunda-feira (27/9) pelo Conselho Nacional de Justiça, mostram ainda que, se não entrasse mais nenhum processo no Judiciário, seriam necessários cerca de dois anos e meio para zerar o acervo. Isso porque, com 18.168 magistrados em atuação, a magistratura brasileira julga em torno de 30 milhões de ações ao ano. Apesar disso, o CNJ aponta que esta foi a primeira vez que o volume de processos baixados superou o patamar de 30 milhões de casos solucionados, 6,5% a mais que a demanda de processos novos. Foi, também, o ano de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%. O principal fator de morosidade da Justiça são as execuções fiscais, segundo o levantamento. Em 2017, elas representaram 39% do total de casos pendentes, com congestionamento de 92%. A diretora de Pesquisas Judiciárias do CNJ, Maria Tereza Sadek, destacou ainda que persiste um índice baixo de conciliação. “Não houve alteração em relação aos anos anteriores, como era de se esperar com o novo CPC”, afirmou na apresentação dos dados. POMPEU, Ana. **Judiciário brasileiro tem 80,1 milhões de processos em tramitação**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao>> Acesso em 09 jun. 19.

¹⁶ CANÁRIO, Pedro. **Quase 110 milhões de processos passaram pelo Judiciário em 2016, segundo CNJ**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-04/110-milhoes-processos-passaram-judiciario-2016>> Acesso em: 09 jun. 19.

do Ministério Público com uma proeminência da fase investigativa em detrimento da fase judicial. Ao término desse capítulo inaugural, trazem-se algumas características da justiça penal negociada nas legislações mundiais, abordando-se, ainda que perfunctoriamente, o sistema Francês, Espanhol, Chileno, Peruano e Argentino.

Seguindo a pesquisa, desenvolve-se, com ênfase maior, a base e fundamento da justiça penal negociada no modelo Norte-Americano, bem como no Sistema Europeu. Ao referir-se ao norte-americano, para além de trabalhar as noções gerais, discorre-se sobre o arquétipo de justiça negociada, quais sejam, o *plea bargaining*, que pode ser dividido em três subsistemas: (a) *plea of guilty*, (b) *plea of nolo contendere*; e (c) *plea of not guilty*. Em seu encerramento, trabalha-se com as noções gerais inerentes ao Sistema Europeu, destacando-se o Direito Italiano e sua possibilidade de negociação no tocante às penas e aos ritos.

Em abordagem posterior, em capítulo apartado, estuda-se a Legislação Portuguesa e seus espaços de consenso no direito penal, especialmente pela nítida ligação histórica que nutre com o Brasil, influido, na implementação dos espaços consensuais, pelos regramentos lusitanos. Por isso, nessa parte do trabalho discute-se sobre: (i) a suspensão provisória do processo; (ii) o Procedimento sumaríssimo; (iii) a mediação penal de adultos, questionando-se, a continuação, (iv) Se Portugal dispõe de regramento positivo sobre o consenso no processo penal, via colaboração premiada. Finalizando, discorre sobre (v) [d]a colaboração processual ou arrependimento no direito português e suas repercussões premiaias, bem como (vi) da confissão integral e sem ressalvas e a (im)possibilidade de barganha no processo penal português, cotejando-a com a proposta do jurista português Figueiredo Dias.

No quarto capítulo, ocupa-se de analisar a justiça penal negociada no Brasil sob uma nova perspectiva implementada com o advento da lei de organizações criminosas – lei 12.850/2013, explicitando-se alguns institutos que, embora não sejam o âmago do trabalho, servem-lhe de base, v.g., a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Após, adentra-se, especificamente, nos requisitos e características especiais e peculiares da Colaboração Premiada no Direito Brasileiro como um mecanismo de negociação da pena.

Por derradeiro, no quinto e último capítulo, faz-se uma análise comparativa da Colaboração Premiada como espaço de consenso no Processo Penal Brasileiro, adotando-se como parâmetro de comparação os ordenamentos jurídicos Norte-Americano, Italiano e Português.

Capítulo I – Aspectos Introdutórios Sobre Justiça Penal
Consensual

1. Aspectos introdutórios sobre Justiça Penal

A Justiça Penal negocial/negociada ou consensual vem ganhando maior espaço nos ordenamentos jurídicos mundiais, quer sejam eles adeptos ao sistema da *common law*, presente no direito norte-americano, ou adeptos ao sistema do *civil law*, como é caso da Itália, de Portugal e do Brasil, países objetos de análise na presente dissertação.

A despeito da amplitude conceitual “fenômeno”, fato é que o *novo modelo*, cuja adoção vem sendo implementada nos países de tradição romana (*civil law*), se mostra antagônico àquele processo contencioso, conflitivo, em que são asseguradas – pelo menos em tese – às partes igualdade de tratamento, contraditório, ampla defesa, direito a recursos, entre outros princípios basilares do processo penal-constitucional.

No sistema processual “clássico”, tem-se como premissas – comuns às legislações italiana¹⁷, portuguesa¹⁸ e brasileira¹⁹ - o completo respeito ao devido processo legal, com todos os meios de defesa e recursos a ele inerentes, o que, de certa forma, acaba por redundar em “morosidade” do sistema de justiça. Essa análise parte de um viés utilitarista do processo penal, com fundamento de que o escopo do processo nada mais seria do que a mera eliminação de litígios, pouco importando o caráter de justiça, que deve(ria) estar intrínseco à demanda judicial.

Por outra perspectiva, o “novo” processo penal, em que se busca não o conflito entre o acusado e o Estado, mas, sim, o consenso, constata-se que a preocupação maior é o desafogamento do judiciário, assoberbado por infindáveis processos - muitos dos quais deflagrados de forma leviana e sem qualquer análise crítica acerca da viabilidade da acusação.

Nesse contexto, em que pese o abarrotamento da máquina judiciária - a qual busca dar respostas a uma sociedade pós-moderna, acelerada e questionadora - não se pode perder de vista que “da prática delitiva até a imposição da sanção, há um caminho a ser percorrido no qual direitos e garantias fundamentais figurarão como bússola, delimitando o atuar estatal”.²⁰

A propósito, em razão da inafastável observância aos direitos e garantias constitucionais, Filipe Maia Broeto Nunes defende o processo penal como um instrumento de concretização

¹⁷ Sistema acusatório misto, adotado pelo Código de Processo Penal Italiano (CPPI), em 1988.

¹⁸ Sistema acusatório – art. 32, n° 5º, Constituição República Portuguesa.

¹⁹ Sistema acusatório – reafirmado pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), art. 3º-A, Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB).

²⁰ NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

desses postulados, e não um mero mecanismo de aplicação – ou materialização – da lei penal.²¹ Para o autor a compreensão da *instrumentalidade do direito processual penal* não se restringe à aplicação de pena; mostra-se, principal e *imprescindivelmente*, como forma de materializar e efetivar *direitos e garantias fundamentais*²².

No mesmo sentido da visão supra, por meio da qual se defende a necessidade de um processo penal a serviço da Constituição, com a necessária manutenção de todos os direitos e garantias fundamentais ao acusado, separando-se o “Tempo do Direito” do “Tempo da Sociedade”, Flávio Silva Andrade²³ bem pondera que “*a insatisfação pública com os resultados*”, a “*morosidade do processo penal tradicional*” e a “*sobrecarga dos sistemas judiciários criminais*” impulsionaram a procura por formas consensuais como “*meios alternativos ou simplificados de resolução de conflitos penais*”. O êxito da implementação de tais *ferramentas consensuais*, em países de tradição romano-germânica, para a *pequena e média criminalidade*, recuperando a credibilidade do sistema judicial criminal, foi determinante para a adoção como modelo e a abertura a novos *mecanismos de resposta penal* mais céleres.

Pelas motivações supra, nota-se a crescente implementação dos espaços de consenso no Processo Penal, pautando-se na simplificação procedimental, na autonomia do indivíduo e no acordo de vontades, vindo a romper com o modelo “clássico” de processo – pautado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de confrontação inexorável entre as partes - permitindo a aplicação da Lei Penal de modo mais ágil e satisfatória.²⁴

Em arremate, tem-se que na seara do Direito Processual Penal Consensual, ao contrário do processo contencioso – realizado sempre em contraditório –, busca-se justamente o não exercício da dialética processual. É dizer, almeja-se uma convergência de pretensões, porquanto o processo não precisa ser em todo e qualquer caso meramente uma contraposição de ideias.

1.1 Os três principais fundamentos dos espaços consensuais no Processo Penal

Alguns autores têm defendido, hodiernamente, visando justificar a chamada justiça negocial, que o modelo de consensual tem como base justificadora, sobretudo, três aspectos, a

²¹ NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

²² NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

²³ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 23.

²⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 23.

saber: (i) a dignidade da pessoa humana, (ii) a razoável duração do processo e, por último, (iii) a eficiência.

O respeito à dignidade da pessoa humana, como se sabe, é mandamento jurídico supranacional, razão pela qual o interesse público e a nova concepção do Estado de Direito devem ocupar-se, também, de um viés mais humano, existência digna, liberdade com dignidade, atuação na diminuição das desigualdades²⁵.

Dessa forma, a autorização, dada pelo o Estado, por meio de lei, para o indivíduo de dispor de um bem “indisponível”, na verdade, seria mais uma manifestação de efetividade da dignidade da pessoa humana, e não uma forma de supressão de direitos defensivos.²⁶ Na mesma senda, entende-se que ao autonomia do indivíduo, intrínseca à própria pessoa humana, o legitima a optar por não seguir o processo penal “clássico”.

Isso porque, para muitos acusados, responder a um processo penal é algo aflitivo, angustiante e humilhante. Noutras palavras, ser objeto de investigação e ter de submeter-se ao processo criminal clássico geram desgaste e um efeito estigmatizante sobre réu, sobretudo quando há duração excessiva da causa ou exposição midiática.²⁷

De fato, o próprio processo, em si mesmo, como já alertava Carnelutti, é uma pena e, muitas vezes, o seu tramitar, prenhe de cerimônias degradantes, pode ser mais danoso do que a própria reprimenda que deverá, eventualmente, ser cumprida em caso de condenação. Existem casos, aos montes, no Brasil, por exemplo, em que se prende preventivamente alguém (prisão preventiva no Brasil é igual a um cumprimento de pena em regime fechado), mesmo quando a acusação diz respeito a um delito cuja pena, se confirmada a culpa, será cumprida em regime aberto ou semiaberto.

Esse fato, de tão recorrente no cotidiano forense, tem sido reiteradamente rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil – STJB²⁸, ao afirmar que a medida cautelar não poderá

²⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

²⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

²⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019. 63.

²⁸ DIREITO PROCESSUAL PENAL. ILEGALIDADE DE PRISÃO PROVISÓRIA QUANDO REPRESENTAR MEDIDA MAIS SEVERA DO QUE A POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. *É ilegal a manutenção da prisão provisória na hipótese em que seja plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, dar-se-á em regime menos rigoroso que o fechado*. De fato, a prisão provisória é providência excepcional no Estado Democrático de Direito, só sendo justificável quando atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Dessa forma, para a imposição da medida, é necessário demonstrar concretamente a presença dos requisitos autorizadores da preventiva (art. 312 do CPP) — representados pelo fumus comissi delicti pelo periculum libertatis — e, além disso, não pode a referida medida ser mais grave que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação do acusado. É o que se defende com a aplicação do princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, *não sendo razoável manter o acusado preso em regime mais rigoroso do que aquele que eventualmente lhe será imposto quando da condenação*. Precedente citado: HC 64.379-SP, Sexta Turma, DJe 3/11/2008.HC182.750-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 14/5/2013.

ser mais rígida que a eventual condenação.

Deveras, é impensável que processos assim respeitem a dignidade da pessoa humana, porque violam frontalmente o princípio da presunção de inocência, ao passo que tratam o acusado, presumidamente inocente, de forma mais rígida do que ele seria tratado quando – e se – vier a ser condenado, uma vez que, nessa última hipótese, o regime de cumprimento de pena, de antemão, já se afigura mais benéfico.

Por isso se tem entendido que a dignidade da pessoa humana mostra-se como importante fator de legitimação do processo consensual, vez que evita o enfrentamento por parte do agente delitivo do tortuoso caminho das instâncias formais de reação ao crime, ao passo que agiliza a resposta do Estado ao comportamento criminoso, viabilizando a reparação do dano e até mesmo a reconstrução de laços afetados pela conduta típica levada a efeito.²⁹

De outra vertente, como segundo aspecto fundante da justiça consensual, destaca-se que o acusado tem o direito, constitucionalmente garantido, de ser julgado em tempo razoável. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LXXVIII (introduzido pela Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), assegura que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Importante destacar-se que a demora, para além do tempo razoável (que não deixa de ser uma cláusula geral), somente traz malefícios, tanto ao processado, quanto à vítima e, sobretudo, à própria sociedade³⁰, que vê o patrimônio público se dissipando em processos que já estão fadados ao fracasso, porquanto a (de)mora estatal na resposta do processo está intimamente ligada, também, e sobretudo, à prescrição.

Habeas Corpus. Artigo 155, § 4º, inciso IV, 129, 329, todos do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/9. A defesa sustenta afronta ao princípio da homogeneidade das penas. Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, *não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação e, ao que parece, é o que ocorrerá na hipótese do caso vertente, pois sendo o acusado primário e portador de bons antecedentes, conforme demonstra a sua FAC, ao final do processo as penas restarão no mínimo legal e, ainda que em concurso material, admitirão a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a fixação de regime aberto.* Ademais, o STJ já firmou o entendimento de que não restando demonstrada concretamente a ocorrência de ao menos uma das hipóteses autorizadas da prisão preventiva, à luz do art. 312 do CPP, devida a concessão da liberdade provisória. ORDEM CONCEDIDA. (TJ-RJ - HC: 00676091020148190000 RJ 0067609-10.2014.8.19.0000, Relator: DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 14/04/2015, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/04/2015 11:20)

²⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios.** Salvador: Bahia, 2019. 64.

³⁰ Vale a observação de que o legislador português já havia trazido essas preocupações no ponto 1 do preâmbulo do Decreto-Lei 35007, de 13 de outubro de 1945, revogado pela Lei de Revisão do Código de Processo Penal (Lei 25/2019), ao asseverar que “[...]será certamente causa de inquietação a circunstância de cerca de um terço dos crimes praticados no País não serem objecto de julgamento, em grande parte, por insuficiência da instrução processual. Há sectores importantes da actividade delituosa em que a impunidade é a regra. Algo sem dúvida funciona mal. Uma sociedade não pode, sem perigo, consentir longamente na violação assídua das regras fundamentais em que assenta a sua existência e ordenado funcionamento, como os cidadãos não podem permanecer continuamente à mercê da pertinaz agressão à sua esfera jurídica”

Observe-se que a duração razoável do processo, conquanto seja um fundamento legitimador do consenso, é matéria de complexa compreensão, porquanto está intrinsecamente ligada ao tema “tempo”. Afora as diversas teorias que buscaram explicar o fenômeno tempo, Albert Einstein, em 1905, desenvolve a teoria da relatividade, a partir da qual levantou questionamentos envolvendo a velocidade da luz – para o cientista, esta era o único termo invariável.

Carlos Marden Cabral Coutinho, em sua tese doutoral apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, aponta que Einstein conclui pela relatividade do tempo dependente ao movimento do observador. Aplicando-se ao Direito, veja-se, a dimensão da controvérsia: ao se adotar a teoria da relatividade, constatar-se-á que, inegavelmente, um ano, para quem está em plenas condições de saúde, dispondo de recursos financeiros para morar num lugar pavimentado, com climatização e alimentação natural e saudável, será muito diferente para quem está há um ano preso, com enfermidade, sem qualquer tipo de conforto, no sistema penitenciário brasileiro, já declarado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro – STFB³¹ um

³¹ Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental – 8

O Plenário anotou que ***no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas.*** Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. ***Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.*** Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. O Tribunal, no que se refere às alíneas “a”, “c” e “d”, ponderou se tratar de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos

estado de coisas inconstitucional.

Ora, não demanda tanto raciocínio assim para concluir que, para o preso (o observador de sua própria situação), um ano será demasiado longo, se comparado com a vida daquele que “sequer viu o ano passar”. É justamente por conta dessa problemática que se entende a relevância da asseguuração da razoável duração do processo.

No âmbito do processo penal negocial, possibilita-se ao “acusado/imputado/arguido” a escolha de como quer se ver processado. Portanto, ao se delegar ao destinatário da sanção a faculdade de poder escolher como será processado, para além de levar em consideração as análises temporais do observador (aquele que será punido), potencializa o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, primeiro elemento fundante do consenso no direito penal.

E tal conclusão se torna evidente, porquanto a forma estatizada do processo não é capaz de oferecer célere resultado, se comparada a uma resolução autônoma, prolongando, no tempo, a angústia natural que sofre o acusado³².

De ver-se que, ante a complexidade do fenômeno temporal, que não comporta delimitações aritméticas, não se pode cogitar a supressão de recursos ou o encurtamento de prazos processuais, tampouco a modificação de prazos prescricionais, como se tem cogitado, por exemplo, no Brasil, sob o pretexto de que o exercício ao contraditório pleno, com todos os recursos que lhe são inerentes, é a causa única da (de)mora na prestação jurisdicional³³.

Assim, não parece desrazoável assegurar ao acusado o direito de escolher um acordo, evitando-se, um moroso processo, ou, caso não concorde com o pacto, tenha ainda o direito a um julgamento. Ao que se nota, o devido processo legal é um direito que visa proteger o acusado dos arbítrios estatais, de modo que tal direito não pode figurar como imposição, mesmo a contragosto da parte mais fraca da relação processual.

juízes. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea “a”, por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como resultado, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria mais recomendável atuar na formação do magistrado, para reduzir a cultura do encarceramento. No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema.

ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%206>>. Acesso em 16 mai. 2019.

³² COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Duração razoável**: o tempo (kairológico) do devido processo constitucional. 2014. 211 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CoutinhoCMC_1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

³³ Pacote Anticrime, aviado pelo Ministro da Segurança e Justiça, Sergio Moro. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjssp_projeto_de_lei_anticrime.pdf

Por conseguinte, em havendo (sempre) a oportunidade de o acusado poder optar entre o consenso ou o processo/julgamento, a medida, para além de uma imposição, traduz-se em verdadeiro direito, por meio do qual o acusado poderá valer-se de sua autonomia enquanto pessoa humana, dotada de dignidade e autonomia existencial.³⁴

Como derradeiro elemento justificante da opção de um processo consensual, elege-se o princípio da eficiência, já previsto para administração pública, mas cuja aplicação no campo do direito penal e processual penal não tem a mesma imperatividade, sobretudo porque são estruturas de poderes diferentes, que, de certa forma, lidam com bens jurídicos distintos.

Malgrado sejam áreas distantes, a essência da eficiência pode ser perfeitamente aproveitável no campo processual penal, guardadas as proporções. Falar-se em eficiência é, em apertada síntese, defender o máximo de serviço possível com o menor gasto. Em sentido *lato*, a eficiência “expressa o mandamento constitucional de maximizar a prossecução do bem comum. Para tanto, pelo seu carácter pluricompreensivo, exige a síntese equilibrada dos interesses públicos”.³⁵

Nessa senda, Daniel de Almeida Rocha³⁶, em sua dissertação de mestrado, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, ao citar Onofre Alves Batista Junior, explica que a noção de eficiência relaciona-se à “ exigência da atuação eficaz da Administração Pública”, relacionando os *interesses envolvidos, atuação eficiente e meios disponíveis*. Acrescenta, ainda, que, considerando o momento evolutivo da sociedade pós-moderna, com a abundância de recursos, principalmente tecnológicos, desnecessária se faz a preocupação com a eficiência.

Bruno Miragem, por sua vez, destaca que “o princípio da eficiência vincula-se ao novo modelo de Administração Pública, com maior participação dos administrados e centrado na ponderação de interesses”.³⁷ Cuida-se, pois, de “uma atuação mais adequada ao alcance dos objetivos e resultados desejados [...] preocupada em cumprir deveres , em otimizar recursos e em atender melhor ao interesse público”³⁸, nos dizeres de Flávio da Silva Andrade.

À guisa de conclusão, verifica-se que, de fato, a introdução de espaços e mecanismos de

³⁴ Conforme Brandalise, “sempre há a alternativa aos termos do acordo, qual seja, o julgamento. O acusado jamais estará atrelado à vontade do agente responsável pela acusação, pois sempre resta tal alternativa – ela pode ser exercida sempre que o acusado assim desejar, que o Poder Judiciário deve estar sempre presente para cumprir com seu dever dentro da estrutura da tripartição dos poderes. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

³⁵ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 217.

³⁶ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 222 e 123.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

³⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. 69.

consenso no processo penal proporciona um funcionamento mais eficiente e satisfatório do sistema processual penal como um todo, tendo em vista que os casos penais, por meio da adoção de procedimentos simplificados, findam por ser solucionados de forma mais rápida, bem menos onerosa ao erário, e, o principal, com a participação direta do acusado na construção da solução do delito.³⁹

1.2 Principais Críticas ao modelo de Justiça Penal Consensual

Conquanto se tenha evidenciado os principais fundamentos – positivos – do sistema de justiça negocial, notadamente no tocante à dignidade da pessoa humana, à razoável duração do processo e à eficiência – o que potencializa a resolução de casos judiciais posto para apreciação do sistema de justiça –, tal sistemática não está imune a críticas, vez que, segundo grandes autores, o seu implemento necessariamente acarreta a violação de algumas normas constitucionais, de caráter irrenunciável.

A despeito de haver um sem-fim de objeções ao sistema de justiça negocial, far-se-á, na presente abordagem, daquelas que, ao que parece, são recorrentes, a saber: *(i)* a busca quantitativa pela diminuição de casos penais: uma visão utilitarista do processo penal; *(ii)* a violação ao devido processo legal, com a imposição de renúncia de direitos fundamentais: presunção de inocência, vedação à não autoincriminação e desistências de recursos e ações constitucionais; *(iii)* ausência de paridade negocial nos acordos e os vícios de vontade (involuntariedade) na negociação com acusados presos; e, por fim, *(iv)* a minoração do papel judicial com a supervalorização do Ministério Público com uma proeminência da fase investigativa em detrimento da fase judicial.

1.2.1 A busca quantitativa pela diminuição de casos penais: uma visão utilitarista do Processo Penal

Se é possível vislumbrarem-se vantagens no processo penal negocial, da mesma forma são constatáveis diversas críticas – fundamentadas – por parte dos estudiosos do tema. Forte crítica se faz ao modelo, porquanto, nele, a justiça ficaria em “segundo plano”, uma vez que, acima dela, estaria o interesse na resolução do litígio.⁴⁰

³⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. 69.

⁴⁰ Nesse sentido, veja-se a matéria divulgada no “The Atlantic”: Shondel Church was arrested in Kansas City, Missouri, last July, accused of stealing a generator and a tool box from his stepmother. He sat in Lafayette County Jail for six weeks before his first conversation with a public defender, Matthew Gass. Gass was reportedly hopeful that he could win the case at trial, but explained that the intensity of his workload meant he would need six months to prepare—six months during which Church would remain jailed. As a father of four and his family’s primary breadwinner, Church

É dizer, o processo se torna um mero instrumento de resolução de litígios, e não um “mecanismo através do qual se efetivam os direitos e garantias fundamentais”.⁴¹ Com efeito, efetividade do processo, orientada por um utilitarismo processual voltado para a resolução célere de uma demanda, não implicaria necessariamente na efetividade da prestação jurisdicional ou na formulação de uma acusação responsável.⁴²

A lógica utilitarista, sob as lentes da filosofia utilitarista de Stuart Mill, aplica-se perfeitamente ao processo penal negocial, porquanto toda a ação útil se torna legítima. Assim, quanto maior o número de vantagens proporcionado ao maior número de pessoas, mais positivo será o resultado final da conduta. Ou seja, tem-se por objetivo a análise final, e não o caminho percorrido até chegar-se a ela.

Dessa forma, segundo o filósofo Stuart Mill é a partir da avaliação da ação e suas consequências que se pode obter a *concepção utilitarista da moralidade*. Resultados positivos atestam uma moralidade correta e o inverso conclui-se por incorreto⁴³.

Lênio Streck, em crítico artigo, intitulado “Barganha penal que ameaça garantias é *fast food* processual!”, ao falar sobre o direito penal negocial, de forma bastante direta e com a propriedade que lhe é peculiar, destaca que “Os próprios EUA estão revendo este modelo, inclusive, depois que muitos erros judiciais grosseiros foram revelados”.⁴⁴

Ainda com base em Streck, nota-se que adoção de um sistema negocial, sob o pretexto de alcançar a eficiência, somente dá margem a uma maior possibilidade de violação de direitos e garantias fundamentais. Citando caso real ocorrido em território brasileiro, o autor assim se manifesta, com certa exaltação e ironia, que, se o objetivo é a obtenção de celeridade e eficiência a todo custo, seria o caso de radicalizar, dispensar os advogados, realizar tudo sumariamente,

felt he couldn't wait that long and instead pled guilty to a misdemeanor. He received two years of probation and a \$2,600 bill for his stay in pretrial detention. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 20 de maio de 2019. Tradução livre: Shondel Church foi preso em Kansas City, Missouri, em julho do ano passado, acusado de roubar um gerador e uma caixa de ferramentas de sua madrasta. Ele sentou-se em Lafayette County Jail por seis semanas antes de sua primeira conversa com um defensor público, Matthew Gass. Gass teria a esperança de que ele poderia ganhar o caso, mas que ele seria preso. Como pai de quatro filhos e chefe de família principal de sua família, Church sentiu que não podia esperar tanto tempo e se declarou culpado de uma contravenção. Ele recebeu dois anos de liberdade condicional e US \$ 2.600 para sua estadia em prisão preventiva.

⁴¹ NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

⁴² SILVA, Rahym Costa da. **Plea bargaining: uma análise sobre a juridicidade da barganha penal consentânea aos princípios constitucionais brasileiros**. 2013. 90 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27246/1/2013_tcc_rcsilva.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁴³ **O Utilitarismo de Stuart Mill**. Disponível em: <https://filomoniz.blogs.sapo.pt/2093.html>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 20 maio 2019.

induzir o réu até que ele confesse “*matou Kennedy ou Jesus*”, rememorando caso ocorrido no Acre, onde o MP “*ficou exultante com uma ação penal em que, no mesmo dia, houve denúncia, instrução, julgamento e sentença*”.⁴⁵

No Brasil, destaca Lenio Streck que foi criado um enunciado do Fórum Nacional dos Juízes Criminais (Fonajuc) nos seguintes moldes: “A audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento”.⁴⁶

Deveras, para o Fórum Nacional dos Juízes Criminais (Fonajuc) “as técnicas de negociação no Direito Penal e Processual Penal são instrumentos relevantes e fundamentais para concretização de um Sistema de Justiça mais efetivo no país”, na medida em que “a ausência de efetividade/celeridade da Justiça Criminal contribui para insegurança jurídica e principalmente para a impunidade, que deve ser combatida”.⁴⁷

Nessa contextura, impossível inadmitir, segundo Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa, que há evidente conflito, ao se expandir os espaços de consenso, com o Princípio da Necessidade, impondo-se uma busca puramente utilitarista e eficientistas em virtude da *insuficiência estrutural do poder judiciário*. Na concepção dos r. autores, a aceleração do procedimento, através da justiça consensual, reduz o papel do juiz a mero homologador do acordo, “*muitas vezes feito às portas do tribunal (nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais)*”⁴⁸.

Em apertada síntese, e a título de conclusão, pode-se dizer que as supostas vantagens do direito penal negocial – que seriam a celeridade, a razoável duração do processo, o prestígio à dignidade da pessoa humana e o respeito à autonomia da vontade –, na prática, não são tão verificadas assim, justamente porque tal cenário processual dá a procuradores poderes desproporcionais; flexibiliza, sobremaneira, garantias constitucionais pós-celebração do acordo (quem diz é o District Judge John Kane); utiliza-se de aspectos no mínimo questionáveis do ponto de vista moral (quem dizia era o célebre Justice Burger, para quem a economia simplesmente *não é o ponto de um sistema jurídico*); e, por fim, desconsideram-se padrões

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁴⁷ **Juízes criminais apoiam proposta de Moro sobre acordo penal.** Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2019/01/06/juizes-criminais-apoiam-proposta-de-moro-sobre-acordo-penal/>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 20 maio 2019.

probatórios mínimos (inclusive o *proof beyond a reasonable doubt*, que, vejam só, lá é visto como garantia, e não como um princípio pragmático, *ad hoc e pro societate*).⁴⁹

1.2.2 A violação ao devido processo legal, com a imposição de renúncia de direitos fundamentais: Presunção de inocência, vedação à não autoincriminação e desistências de recursos e ações constitucionais

Ainda no campo das críticas feitas ao processo penal de barganha, muito se questiona “A violação ao devido processo legal, com a imposição de renúncia de direitos fundamentais: presunção de inocência, vedação à não autoincriminação e desistências de recursos e ações constitucionais”.

No direito negociado, sobretudo de matiz norte-americano, diferentemente do que ocorre nos países adeptos ao sistema civil law, há uma verdade oportuna e conveniência na instauração do processo penal, o que inócorre, por exemplo, no direito brasileiro e italiano.

Contudo, mesmo contando com uma estrutura totalmente oposta à do sistema norte-americano, tem-se adotado procedimentos completamente violadores dos princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito, como é o caso da violação ao princípio da judicialidade, do contraditório da ampla defesa, presunção de inocência, entre outros.

Isso porque os acordos penais, de regra, impõem a confissão, o que já seria uma inversão do ônus da prova no processo penal. Assim, não são raros os casos em que o réu, por medo do processo ou por não ter condições de defender-se eficazmente, prefere declarar-se culpado, mesmo acreditando ser inocente.⁵⁰

Assim, tem-se que a ampla defesa não é uma bondade, um favor, mas, sim, um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é (e deve sempre ser) essencial a todo e qualquer Estado que se intitule Democrático de Direito.

Demais a mais, imperioso constatar que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, aprovada pelo Decreto Legislativo número 27/1992, prevê o contraditório e a ampla defesa no seu artigo 8^o⁵¹,

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁵⁰ Nesse sentido, revisitar a nota de rodapé 21.

⁵¹ “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal

asseverando, ainda, sobre à apreciação do processo, com prazo razoável, por juiz ou tribunal competente.

Observe-se que é possível fazer a estratificação do princípio da ampla defesa em um aspecto positivo e outro negativo. O aspecto positivo consiste, em síntese, na utilização eficaz dos meios de produção de provas. Já o aspecto negativo, por sua vez, traduz-se inação do acusado, ou seja, a não formação de elementos de provas contrários à defesa do réu.

Ora, tenha-se em vista que, quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger a defesa técnica e a autodefesa, havendo entre elas relação de complementariedade.

Há que se subdividir a ampla defesa, ainda, sob dois aspectos, a saber: a) positivo: que se realiza na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação dos elementos de prova, que digam com a materialidade da infração criminal e a com a autoria; b) negativo: que, em síntese, consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu. É o direito que o réu tem de calar-se e não produzir provas contra si mesmo.

Corroborando o quanto exposto, Tereza Nascimento Rocha Doró aduz que a garantia constitucional acerca da não privação de bens ou liberdade sem o devido processo legal origina tal princípio. No entender da autora, o processo, além de existir, deverá garantir a igualdade entre as partes, o contraditório e a ampla defesa (devendo-se entender esta última como a faculdade de conhecer todo o conteúdo da acusação com a oportunidade de rechaçá-la), acompanhar a construção probatória, rebatendo-a, se necessário, e recorrer de decisões desfavoráveis.⁵²

Na mesma senda, não se pode negar que a ampla defesa em sede de processo penal é abrangente sobretudo, isto porque o postulado da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova capazes de demonstrar a inocência do acusado, podendo-se aí incluir até mesmo as provas obtidas de forma ilícita, pois que são admitidas em sede de defesa.

Neste contexto, tratando-se de direito fundamental, cuja indisponibilidade é traço marcante e inderrogável, resta evidente que o princípio da ampla defesa não pode ser cerceado

ou de qualquer outra natureza.” BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.html> Acesso em 08 fevereiro 2022.

⁵² DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas-SP: Copola, 1999. p. 129.

de nenhuma forma pelo Direito.

Assim, a ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a sutura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente a Constituição Federal.⁵³

É incontestável que o direito ao silêncio está umbilicalmente ligado à ampla defesa, tanto é verdade que vige no Brasil a máxima do *nemo tenetur se detegere*, pela qual ninguém é obrigado a autoincriminar-se ou mesmo produzir provas contra si mesmo.

Nessa mesma toada, dispõe o Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, na alínea “g”, que sem a comprovação legal de sua culpa, presume-se a inocência e, portanto, inexistente a obrigatoriedade à confissão de culpa ou autodepoimento que lhe culpe⁵⁴.

Forçoso concluir, portanto, que o direito ao silêncio é, sim, uma garantia constitucional, haja vista que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos passaram a ser equivalentes às normas constitucionais.

Não se refuta a inconstitucionalidade de qualquer proposta que atente contra direitos e garantias fundamentais, notadamente a renúncia ao direito ao silêncio, que redundaria, incontinenti, à própria negação da presunção de inocência. A corroborar o quanto dito, Rômulo de Andrade Moreira, em análise à Lei 12.850/2013, que se estende aos processos de barganha de modo geral, critica a *imposição de renúncia a um direito constitucionalmente declarado*, como é o caso do direito ao silêncio. O r. autor é enfático ao dizer que impor a renúncia de um direito, que somente deveria ser renunciado voluntária e espontaneamente, “*só poderia ter saído de uma mente em desvario*”⁵⁵.

Nesse sentido, numa abordagem comparativa, o sistema português entende, no âmbito da justiça negocial, que o *direito ao silêncio e o privilégio de não autoincriminação* constituem expansão do direito de defesa e relacionados ao princípio da presunção de inocência. Portanto,

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 270.

⁵⁴ “Artigo 8º: toda pessoa acusada de um delito tem direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante todo o processo toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 08 fev 2022.

⁵⁵ MOREIRA, Romulo Andrade de. A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e as suas exceções no direito brasileiro. **JusBrasil**. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

somente aquilo que o arguido afirma pode constituir prova⁵⁶. Ademais, objetiva-se que seja mantido o papel do arguido como sujeito penal e não reles *objeto da atividade estatal de repreensão criminal*.⁵⁷

É bem verdade que uns chegam a defender que os direitos fundamentais podem não ser exercidos, mas não podem ser abdicados, de modo que não se trata de obrigar o acusado a falar, mas de um direito que se lhe faculta exercer. Argumenta-se, ainda, que se o colaborador entender de silenciar, nenhum prejuízo advirá dessa escolha, mas apenas e tão somente deixará de ganhar os prêmios da nova lei (redução de pena, conversão em restritiva de direitos, etc.). Assim, com base nessas premissas, entendem não haver qualquer inconstitucionalidade em dispositivos que impõe a confissão da culpa, portanto, tratar-se-ia de uma impropriedade terminológica, que pode causar estranheza nos mais precipitados.

Data máxima venia, inobstante as premissas embasadoras do posicionamento acima alinhavado, os argumentos retro expandidos não parecem convencer. Ora, de que adianta se ter um direito e não poder usá-lo? Essas expressões confusas não podem ser interpretadas em desfavor do acusado, parte hipossuficiente da relação penal.

Nesse sentido, toda e qualquer renúncia, imposta por lei, afigura-se inconstitucional, haja vista que o réu, que responde ao processo penal, em hipótese, pode ser obrigado a falar a verdade. De mais a mais por ser a presunção de inocência um direito assegurado na Constituição da República Brasileira (art. 5º, inc. LXIII) e no Código de Processo Penal Brasileiro (art. 186 do Código de Processo Penal), bem como nos mais variados sistemas processuais de países da América Latina e Europa, decorrente da cláusula do “*nemo tenetur se detegere*”, a subtração, por meio de lei ou acordo negocial, de tal direito, não se coaduna com o processo penal democrático.

Outrossim, a vedação à interposição de recursos, se constatadas irregularidades no curso processual, também não parece se enquadrar nas mais variadas Constituições mundo afora, por expressa afronta ao devido processo legal. Isso porque o contraditório incluiu, por obvio do duplo grau de jurisdição, de modo que qualquer restrição recursal entra em choque com o direito

⁵⁶ Nesse sentido, se pronunciou o Tribunal Constitucional, Acórdão nº 95-695-1, de 05/12/1995 do qual se extrai: “o conteúdo essencial do direito de defesa, no qual se inclui o direito de ser ouvido, assenta em que o arguido deve ser considerado como ‘sujeito’ do processo e não como objecto, do que resulta o direito ao silêncio que lhe assiste – directamente relacionado com o princípio da presunção de inocência – e que só as afirmações por ele produzidas no integral respeito de decisões de sua vontade possam ser utilizadas como meio de prova”. Disponível em <<https://blook.pt/caselaw/PT/TC/465742/>> Acesso em 15 fevereiro 2022.

⁵⁷ Constitui o tão discorrido, por Dias e Silva, princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Reafirmando os conceitos doutrinários, o Tribunal Constitucional se manifestou através do Acórdão nº 340/2013, de 11/11/2013, em síntese “O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objecto da actividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente”. Disponível em <<https://dre.tretas.org/dre/312973/acordao-340-2013-de-11-de-novembro>>; Acesso em 15 fevereiro 2022.

de ação, que assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Judiciário.

Ainda nesse tocante, pontua Guilherme Nucci “que essa cláusula [que proíbe a interposição de recursos] viola uma garantia constitucional, e nenhuma lei ou contrato pode estabelecer uma proibição desse tipo”.⁵⁸

Logo, se a vedação ao exercício ao direito de recorrer é incompatível com sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito, toda e qualquer imposição, legal ou contratual, que viole toda e qualquer garantia, não poderá revestir de validade.⁵⁹

Dessa forma, impossível não encampar a tese de Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes da Rosa, quando dizem que “a *negotiation*” viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade.⁶⁰

Conclui-se, portanto, que o acordo, negociado entre as partes (acusado/réu e Ministério Público) não se compatibiliza com o devido processo legal, uma vez que o contraditório somente é franqueado em juízo, momento no qual o juiz, em regra, não se imiscui no quanto restou acertado pelas partes: vide o caso dos EUA, em que os acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais

1.2.3 A ausência de paridade negocial nos acordos e os vícios de vontade (involuntariedade) nas negociações com acusados presos

Questão muito controvertida, sobretudo no direito brasileiro, após o advento da Lei 12.850/2013, foi a ausência de paridade negocial nos acordos, vez que os acusados sempre são o lado mais fraco da negociação, bem assim a legitimidade de acordos de colaboração levados a efeito com o acusado preso preventiva e a possível quebra da voluntariedade, por vício de vontade.

Como se sabe, “de um lado, existe o monopólio do comprador – Estado, via Ministério

⁵⁸ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 20 de maio de 2019.

⁵⁹ VASCONCELLOS, Marcos de. **Acordo de Paulo Roberto Costa prevê renúncia a recurso e envolve até familiares**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/acordo-costa-preve-renuncia-recurso-envolve-familiares>. Acesso em 08/11/16

⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 20 maio 2019.

Público, Delegado de Polícia – e, de outro, possíveis vendedores de informação (colaboradores/delatores)”.⁶¹ Assim, não se pode negar que a parte Estatal da relação negocial, por “monopolizar” o instituto e o negócio, acaba por ocupar uma posição de superioridade, quebrando, assim, a relação sinalagmática, imprescindível à “justa” negociação.⁶²

Interessante destacar, como já se fez noutra ocasião, que o colaborador, ao buscar o MP ou a autoridade policial, com o intuito de barganhar as informações que possui pela sua liberdade, desconhece o “negociante” sobre o limite de comprometimento desse seu direito fundamental (liberdade) e sobre o *valor* que será imputado nas informações prestadas. Assim, verifica-se que não há *paridade negocial*.⁶³

A propósito, Aury Lopes Junior, em sua obra “Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica”, alerta que essa superioridade do Ministério Público “faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a segurança do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente”.⁶⁴-⁶⁵.

Como bem pondera Flávio da Silva Andrade, é inegável que o Ministério Público, como órgão do Estado, goza de uma posição superior em relação ao acusado no plano fático-jurídico, sendo difícil estabelecer igualdade absoluta de condições entre o indivíduo e o Estado no campo fático-jurídico. Nada obstante, a existência de processo, de procedimentos, de garantias constitucionais e de regras legais tem justamente o propósito de buscar equilibrar forças, na medida do possível.⁶⁶

É incontestável, portanto, a superioridade do ente Estatal nessa relação jurídica negocial. Assim, dever-se-ia fornecer maiores mecanismos de equilíbrio entre as partes, para, somente após, falar em “negociação” justa ou sinalagmática. Nesse contexto, nos países em que se adota

⁶¹ NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do discovery. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69046>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁶² ROSA, Alexandre Moraes da. **Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras**. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarin. (Org.). Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.

⁶³ NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do discovery. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69046>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁶⁴ JUNIOR LOPES, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 176.

⁶⁵ Nesse sentido, Germano Marques Silva “A nossa Constituição proclama como valores superiores da ordem jurídica a liberdade, a justiça, a solidariedade, a igualdade, o pluralismo político, a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 1º, 2º, 13º, 24º e ss). Destes princípios decorre que a função de tutela de interesse, que cumpre ao direito penal, não pode sacrificar nenhum dos fundamentos do sistema, onde a paz social, que o direito penal deve prosseguir, se há de realizar sem prejudicar a dignidade, a igualdade e o livre desenvolvimento da personalidade, restringindo ao mínimo a liberdade.” SILVA, Germano Marques da – **Direito Penal Português – Parte Geral – III – Teoria das Penas e Medidas de Segurança**. 2ª edição (revistae atualizada). Lisboa: Editorial Verbo, 2008. p. 23.

⁶⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 107.

a justiça consensual negocial, mas não há um mecanismo de equiparação de partes, como ocorre, por exemplo, nos EUA, o simples fato de o acusado não saber a extensão dos elementos de prova que foram colhidos em seu desfavor já seria o suficiente para colocá-lo numa posição de inferioridade negocial, ao passo que os órgãos públicos de acusação teriam potencializada sua superioridade negocial.

Com efeito, no direito norte-americano, existe, consoante aduz Geraldo Prado, o método do *discovery* (descoberta), por meio do qual investigado ou réu tem direito a conhecer todas as provas e indícios nos quais a polícia e o MP baseiam sua acusação.⁶⁷ Nos Brasil, no entanto, o mesmo não ocorre, sendo que o colaborador fica “no escuro”, sem saber o que fazer e como negociar.

Dado esse cenário nebuloso, defende-se que em todo e qualquer processo negocial, à semelhança do direito consensual norte-americano, entende-se como imprescindível a adoção do método do *discovery*, através do qual implementar-se-á um mecanismo de transparência negocial, possibilitando-se ao colaborador um panorama das investigações, de modo a que possa ter uma noção real de quanto suas informações valem, de quão importantes são para as autoridades públicas⁶⁸.

Afora essa primeira constatação, que fundamenta a crítica ao modelo negocial, existe o *plus* da negociação quando o acusado se encontra preso. Ou seja, se a simples ausência de uma relação sinalagmática já vulneraria o acordo, isso de modo lato, o que se dirá de uma negociação em que a parte mais frágil – qual seja, o acusado – está segregada?

Esclareça-se que essa crítica tem caráter mundial, não sendo algo válido somente para o Brasil, Itália, Portugal, etc. Prisão é prisão e, como tal, restringe a liberdade do indivíduo, que também é um bem universalmente tutelado. Assim, a barganha causa estragos irreparáveis no processo penal, notadamente quando se envolvem agentes presos os delitos tenham sido praticados em concurso de pessoas.

Nesse contexto, Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, na obra “Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello, muito pontuaram que a delação premiada mostrou-se como eficiente e produtivo instrumento de produção de provas, inclusive em casos com acusados presos, vez que “um delatava cinco, que por sua vez delatavam dez e o processo

⁶⁷ RODAS, Sérgio. **Advocacia deve criar regras para atuação em delações premiadas, diz Geraldo Prado**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-31/advocacia-criar-regras-atuacao-delacoes-professor>. Acesso em 11 set. 2018.

⁶⁸ NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do *discovery*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69046>>. Acesso em: 21 maio 2019.

gerava uma multiplicação geométrica de acusados [...] num movimento tendente ao infinito”⁶⁹. Com essa lógica, “sacrifica-se” um acusado, “aliviando” sua situação, com o objetivo de alcançar a maior quantidade de envolvidos.

Ainda segundo os autores, o Brasil da operação Lava Jato se confunde com o a Itália da operação Mãos Limpas, só que numa versão tropical.⁷⁰ Também no direito americano, verifica-se o emprego da prisão e a total liberdade do acusador para barganhar com o acusado como um fenômeno fulminante da voluntariedade⁷¹, requisito exigível para o aperfeiçoamento de todo e qualquer negócio jurídico cível, que se dirá de negócios jurídicos penais.

Como já denunciava Lenio Streck, com sua singular forma, “o passarinho para cantar precisa estar preso”.⁷² É que, agora, como advertem Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, se o sujeito está preso, delata para sair; se está solto, delata para não entrar.⁷³

Nesse contexto, afóra a ausência de paridade de armas intrínseca ao processo penal negocial, o acusador público, sem muitas opções, passa a fazer uso de prisões preventivas infundadas – *pois que a celebração de acordo de colaboração premiada não é requisito para a decretação de prisão preventiva* – como método de forçar/induzir o investigado/acusado/réu a “contar” o que sabe, sob pena de sofrer as drásticas consequências do “processo penal clássico”.

Afinal, como bem anota Aury Lopes Jr, o não aceite do “*negócio*” acaba por dificultar a vida daquele que o nega, visto que o acusador público busca, a todo custo, alcançar as informações que esse acusado possui. Para isso, acaba utilizando-se da acusação formal, requerendo o máximo da pena e gravidade do delito, no intuito de pressionar para seja realizado o acordo. Além disso, vale-se de instrumentos como a prisão cautelar para realizar pressões psicológicas e coações. O autor ainda assevera sobre o tratamento dispensado àqueles que “não se dobram” a firmar a delação ou acordo sobre a pena, passando a serem tratados como “*incômodos e nocivos*”, sobre os quais “*pesarão todo o rigos do Direito Penal*”.⁷⁴

⁶⁹ LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. **Delação premiada de acusado preso**. In: Bruno Espiñeira; Felipe Caldeira. (Org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 75 – 89.

⁷⁰ LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. **Delação premiada de acusado preso**. In: Bruno Espiñeira; Felipe Caldeira. (Org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 75 – 89.

⁷¹ Basta ver a ampla utilização do “Dilema do Prisioneiro”: in ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

⁷² TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. “**O passarinho pra cantar precisa estar preso**”: Viva a inquisição! 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecete-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 21 maio 2019.

⁷⁴ Prefácio de Aury Lopes Jr. na Obra “Barganha e Justiça Criminal Negocial”, de Vinicius Gomes de Vasconcelos.

Nessa esteira, o professor Doutor Manuel Valente⁷⁵, em entrevista à revista eletrônica *Consultor Jurídico*, afirma que “a pessoa não se dirige às autoridades policiais ou judiciárias para delatar, ela delata depois de ter sido detida e submetida a medidas cautelares, ou seja, depois de estar presa”.

Com efeito, preso preventivamente – *prisão essa sem prazo, frise-se* – e tolhido do regular exercício de seus direitos constitucionalmente garantidos, o acusado/réu, muitas vezes, já sem qualquer condição psicológica, cede às pressões levadas a efeito pelo Ministério Público e, “voluntariamente” (acredite se quiser!), celebra o tão almejado acordo de colaboração premiada, pelo qual, conforme a prática forense tem demonstrado, o órgão ministerial delega ao colaborador as rédeas e o rumo de toda a persecução penal.

Em síntese, tal postura transforma, de modo totalmente ilegal, a prisão preventiva em um novo método de tortura – tortura moderna –, por meio do qual ou se aceitam as condições impostas pelo órgão de acusação (contrato de adesão, e não acordo de colaboração propriamente dito), ou se aguarda preso, mesmo que sem razão para tanto (inexistência de “*fumus commissi delicti*” e “*periculum libertatis*”), o desenrolar do “processo penal clássico”.

Conclui-se que o processo negocial – sobretudo quando envolve prisão cautelar – representa um verdadeiro “atalho” à liberdade, notadamente quando a crença do acusado e da defesa quanto às possibilidades de obtenção de idêntico resultado via judicial são mais tormentosos e, por isso, mais demorado. Dessa forma, em total desigualdade e estando segregado, o acusado não exprime sua vontade de forma livre e desembaraçada, senão que é seduzido pelo “canto das sereias”, representados pelos contornos românticos do instituto, uma vez que a promessa de liberdade oferecida no negócio afigura-se infinitamente mais encantadora do que qualquer orientação técnica de enfrentamento do processo, por mais tormentoso que seja.⁷⁶

1.2.4 A minoração do papel judicial com a supervalorização do Ministério Público com uma proeminência da fase investigativa em detrimento da fase judicial

Para pôr-se termo às críticas – *as quais não foram esgotadas no presente capítulo* –,

⁷⁵ Manuel Monteiro Guedes Valente em entrevista à revista eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/entrevista-manuel-monteiro-guedes-valente-jurista-portugues>> acesso 05 fev 2022.

⁷⁶ LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. **Delação premiada de acusado preso**. In: Bruno Espiñeira; Felipe Caldeira. (Org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 75 – 89.

expor-se-ão algumas consequências inevitáveis que derivam de um processo penal negocial. Nos EUA, por exemplo, em que vigoram os princípios da oportunidade e da disponibilidade da ação penal, o Ministério Público tem inegável autonomia, de modo que são raros os casos irem “julgamento”.

Nos países de *civil law*, em que se observam os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, como, a exemplo, Brasil, Itália e Portugal, o consenso gera uma completa mudança de paradigmas no que tange à persecução penal e à imposição de penas de modo geral.

O processo penal clássico, formado por uma investigação criminal conduzida por um delegado de polícia, com viés inquisitivo e natureza de procedimento administrativo, seguido do oferecimento da denúncia, com consequente resposta à acusação, audiência de instrução e julgamento e o efetivo julgamento, deu lugar a um “novo” modelo de persecução penal, em que o resultado final da demanda penal é totalmente delineado já na fase preliminar da persecução penal. Disso decorre um fim de conflitos, mais adiante mencionados.

A toda evidência, a introdução de mecanismos negociais na justiça criminal acarreta uma forçosa potencialização de traços autoritários de há muito presentes no processo penal, porquanto o juiz fica alheio às negociações. Na linha defendida por Flávio da Silva Andrade, a justiça penal negocial acaba por deslocar o eixo decisório do processo, na medida em que poder de decisão, no plano fático, se transfere das mãos do julgador para as mãos do promotor, que é quem, de fato, passa a definir os casos sujeitos a aplicação de pena acordada e a medida desta sanção.⁷⁷

Ademais, merece destaque também o fato de que, com a aceitação dos acordos entre acusação e defesa para o reconhecimento da culpabilidade do acusado, dá-se vida à famigerada confissão, trazendo-a novamente ao ápice dos meios de prova, tornando-a outra vez a rainha das provas e fundamento bastante capaz de lastrear uma sentença penal condenatória.

Não se pode descuidar, igualmente, que com crescente importância que a fase preliminar - *de nítido caráter inquisitorial* - passou a gozar, operou-se uma inegável relativização das regras de exclusão de provas ilícitas, haja vista não haver, nesta fase, qualquer controle da motivação na decisão do promotor de justiça (juiz fático da causa) em barganhar a pena a ser aplicada⁷⁸.

Destaque-se, outrossim, o gravoso problema da ausência de publicidade no tocante ao acordo, tendo em vista que as negociações estimulam a ocultação de questões fundamentais da

⁷⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019. p. 110.

⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 175/176.

persecução penal; revela-se, ainda, um evidente deslocamento do momento de formação da culpa, visto que deixa de existir o contraditório, em vista da preeminência da investigação preliminar, já que o convencimento do órgão ministerial e a determinação dos termos (conteúdo: bônus e ônus) do acordo se aperfeiçoam antes mesmo do processo judicial. Ou seja, baseia-se nos elementos de informação produzidos nas inquirições pré-processuais. Não é sem motivo que muitas vezes o acusado já “culpado” antes mesmo do processo em contraditório.

Pois bem. A pontuar as mudanças de paradigmas, cabe ressaltar, *ab initio*, a hipervalorização ilegítima que hoje tem a “confissão incriminadora”⁷⁹, ocasionada pela barganha, tendo em vista que seu procedimento permite a prolação de sentença penal condenatória lastreada principalmente (muitas vezes tão somente) no reconhecimento de culpabilidade do réu em troca de um suposto “benefício” anunciado pelo órgão de acusação em um cenário agravado por ilegítimas coações e pressões.

Retrocede-se, desta forma, a um modelo autoritário e deveras obsoleto de tarifação de provas, dando-se vida à tão ultrapassa expressão de que a confissão é a “rainha das provas”. Afasta-se, portanto, do sistema processual acusatório, esboçado na Constituição Federal de 1988, aproximando-se, novamente, às injustas regras do sistema processual da inquisição, o qual tem autorizado, inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais, dentro, é claro, das devidas proporções.⁸⁰

Há aqui um evidente regresso no tempo, que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas solidas e licitas para a fragilização da presunção de inocência. A estética da confissão consolidada por meio da economia psíquica, que permeia os mecanismos premiais, acarreta a sedimentação do reconhecimento da culpabilidade como prova irrefutável para a condenação, o que remete a um discurso processual em que o contraditório e ampla defesa são totalmente inviabilizados pelo poder alucinatório da evidência (a confissão inquestionável).⁸¹

De tal modo, emprestar validade a um sistema de negociação de penas, acaba por apartar toda a construção das regras processuais penais limitadoras da formação da culpa na justiça criminal, autorizando que magistrados e promotores levem a efeito um julgamento prematuro acerca da necessidade de um devido processo penal para a comprovação do fato e de sua autoria, o que, por consectário, foge dos espaços legítimos da decisão penal democrática. Nesta contextura, haveria uma artificial diferenciação entre factualmente e legalmente culpados:

⁷⁹ RODRIGUEZ GARCIA, Nicolas. **La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 104-105. (Tradução livre).

⁸⁰ MELO, Valber. BROETO, Filipe Maia. **Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. Consultor Jurídico – Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opinio-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

⁸¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 176.

aqueles seriam réus que “se sabe” serem culpados, e estes os acusados cuja culpa é provada com respeito às regras processuais.⁸²

Alerte-se, contudo, que tal construção afigura-se completamente intolerável perante os pressupostos de um processo penal democrático, haja vista que, juridicamente, somente pode ser considerado culpado aquele que tiver sua presunção de inocência fragilizada, além da dúvida razoável, por meio de lastro probatório suficiente (e lícito), produzido em consonância com as regras do devido processo penal, e somente a partir da irrecorribilidade da condenação⁸³.

De mais a mais, forçoso reconhecer que, em um sistema onde vigora o mecanismo de negociação da pena, por parte do Ministério Público, torna-se inviável até mesmo o controle sobre a (i)licitude das provas, visto que a decisão do acusador público na estipulação dos prêmios a serem concedidos, baseia-se apenas nas provas advindas da colaboração. Em simples palavras, é imune a qualquer limitação jurisdicional.

Destarte, fornece-se ao órgão ministerial uma espécie de “carta branca” para negociar a pena e celebrar o acordo. Após a pactuação da sanção, o colaborador, comprometido tão somente em conseguir as provas constantes do contrato, sai em busca da prova, nem que para isso tenha que desprezar as regras probatórias, porquanto, se não consegue atingir o resultado acordado, não logra êxito na obtenção dos prêmios.

Todavia, ao trazer a prova “prometida” aos autos, sequer são objeto de indagação ou valoração os meios o que possibilitaram a obtenção do elemento probatório; é dizer, o *modus operandi* do colaborador. Isto porque o que interessa mesmo é apenas a prova como produto probatório final, o que acaba por autorizar, inclusive, a produção de provas ilícitas, tendo em mira que, no mais das vezes, a atividade é desenvolvida em fase preliminar, sem qualquer controle judicial, sem contraditório ou ampla defesa.

Cita-se, na oportunidade, para mostrar o nível de injustiça que a negociação da pena (barganha criminal) pode chegar, emblemático caso julgado pela Suprema Corte do estado de Illinois (*People vs. Heirens*, de 1954), no qual se apontou a admissibilidade de barganha obtida com base em provas produzidas por meio de interrogatórios em hospital com a utilização de substâncias alucinógenas, empregadas por psiquiatras conforme ordens do promotor do caso. Outrossim, segundo posição jurisprudencial estadunidense, a realização da barganha sana qualquer vício anterior na persecução penal, de modo que o acusado fica impossibilitado de arguir qualquer nulidade procedente ao momento do acordo em sede de eventual recurso. Nesse cenário, sem qualquer limitação a provas produzidas de modo ilícito ou a violações

⁸² VASCONSCellos, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 176.

⁸³ Fazendo-se, todavia, ressalvas à nova postura do Supremo Tribunal Federal, que, no bojo do habeas corpus 126.292, passou a permitir, sem caráter vinculante até então, a execução provisória da pena.

procedimentais, incentiva-se a atuação arbitrária do poder estatal durante as investigações preliminares ou no início do processo.⁸⁴

No direito brasileiro já existem acordos de colaboração premiada, por exemplo, que incluem cláusulas de renúncia ao direito de recurso. A título exemplificativo, cite-se o caso de Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, acusado na “Operação Lava Jato”.

Nesse caso, se o ex-diretor da Petrobras discordar do julgamento que fizerem do seu caso, não poderá fazer nada. Isto porque ele abriu mão de seu direito de defesa ao assinar o acordo de delação premiada com o Ministério Público. No documento, Costa desistiu não apenas dos *Habeas Corpus* ou de ações em andamento, mas também renunciou “ao exercício do direito de recorrer” das sentenças de condenação em relação aos fatos que são objetos do acordo.⁸⁵

Vê-se, portanto, o nível de teratologia que se pode chegar na chamada justiça penal negocial. Direitos e garantias fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas, gravadas pela garantia da irrenunciabilidade, são facilmente vilipendiados ao argumento da “negociação” das penas e da obtenção de “benefícios”.

Acrescente-se também que alguns dizem que não se impõe a renúncia do direito de recursos ou, mesmo, da impetração de *habeas corpus*, mas, sim, ao exercício desses direitos. Ora, em verdade, o que se faz é uma torpe manobra hermenêutica para (tentar) convencer de que renunciar o direito e renunciar ao exercício do direito não são, na prática, a mesma coisa. Tal argumento, todavia, não convence.

Avançando-se na análise dos retrocessos processuais causados pela implementação, no direito brasileiro, da barganha penal, há que se ressaltar, igualmente, a ausência de publicidade que norteia as negociações (tratativas) dos acordos de colaboração premiada.

A possibilidade da celebração de acordos entre acusação e defesa acaba por fomentar a realização de negócios informais, sem a devida publicização dos atos, o que vai totalmente de encontro ao artigo 37, da Constituição Federal (CRFB88), que elenca como um dos princípios norteadores da atividade da administração pública o da publicidade, bem assim viola o artigo 93, inciso IX, da mesma Carta, que prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)”. Cumpre anotar, conforme Albert Alschuker, citado por Vinicius Vasconcellos, “que o procedimento da barganha se dá de “portas fechadas”, sem nem respeitar as regras mais

⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 178.

⁸⁵ <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/acordo-costa-preve-renuncia-recurso-envolve-familiares>. Acesso em 08/11/16

rudimentares”⁸⁶.

Em arremate, consigna-se que todo esse cenário assinala para o robustecimento da investigação preliminar - *fase marcada pela ausência de contraditório e ampla defesa, destaque-se* -, tendo em vista que a formalização e o conteúdo do acordo de colaboração premiada se lastreiam nos elementos informativos produzidos na fase pré-processual da persecução penal.

Assim, ao contrário do processo judicial em que os elementos probatórios aptos a embasar uma sentença penal condenatória são produzidos em juízo - com a observância do contraditório e ampla defesa -, no sistema de negociação da pena, a produção do conteúdo probatório mínimo que motivará a condenação do réu ocorre já no inquérito policial, fase preliminar da persecução penal, sob a direção da autoridade policial e do Ministério Público, visando reunir o maior número possível de “provas” para que haja o abortamento prematuro do processo penal e a consequente aplicação de pena ao réu.

Tem-se, deste modo, uma transferência ilegal do momento adequado de formação da culpa, que passa a ocorrer, principalmente, na fase inquisitiva, e não na fase judicial, em que há, em princípio, o respeito ao devido processo legal. Consequência disso é que, não raro, o réu, antes mesmo de começar a fase judicial, já está fatalmente condenado, visto que a “instrução” do feito se deu na fase preliminar da persecução penal, ao arrepio dos mandamentos constitucionais e legais.

Tudo isso somente vem a culminar no fenômeno da “apoteose do inquérito”, apontado por Bernd Schunemann, no qual há uma completa inversão de todos os valores em que se baseia toda a prática processual continental europeia⁸⁷.

Conclui-se, desta forma, que há um verdadeiro extravasamento da função da fase de investigação, o qual se soma à violação das possibilidades de defesa e à obstaculização do contraditório decorrentes da primazia de atos produzidos unilateralmente sem o devido controle judicial.⁸⁸

Por derradeiro, coloca-se como (mais uma) crítica à chamada justiça penal negocial a evidente diminuição do papel judicial propriamente dito, com a supervalorização do Ministério Público, dando-se maior relevo àquilo que foi colhido e acordado em uma fase oculta e sigilosa, restringindo-se o juízo à mera homologação do acordo

⁸⁶ VASCONSCellos, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 178.

⁸⁷ SCHUNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global**. Revista de Derecho Penal y Criminología, v. 25, n76, p. 175-197, 2004. p. 186.

⁸⁸ VASCONSCellos, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 178/179.

1.3 Breve panorama da Justiça Penal Negocial nas Legislações Mundiais

A encerrar o presente capítulo, far-se-á uma sucinta exposição sobre o consenso penal no comparado, evidenciando algumas características próprias dos ordenamentos jurídicos Francês, Espanhol, Chileno, Peruano e Argentino.

Consoante leciona Flávio da Silva Andrade, atualmente, vários mecanismos de consenso podem ser encontrados nas legislações processuais penais modernas. Como esperado, em cada regulamento, por evidente, os acordos de vontades têm natureza jurídica, procedimentos e efeitos próprios, levando-se em consideração, ainda, o tipo de infração e a natureza ou medida da pena. Quando celebrados para evitar o processo, são denominados de soluções alternativas ao processo.⁸⁹

No direito processual penal francês, por exemplo, existe uma medida alternativa ao processo, prevista no artigo 41-2, do Código de Processo Penal, introduzida pela reforma ocorrida em 1999, por meio da qual possibilita-se que, em vez de propor a ação penal, o Ministério Público proponha ao “acusado” o cumprimento de algumas condições.

Há de se ter em mente que o retrocitado procedimento, no âmbito do direito francês, somente pode ser aplicado a contravenções e a delitos punidos com multa ou pena de até 05 (cinco) anos de prisão, tendo o acusado, necessariamente, que reconhecer a culpa. O membro do Ministério Público pode propor o pagamento de multa, a perda de instrumentos ou produtos do crime, a prestação gratuita de serviços, a participação em cursos de reabilitação, tudo conforme lhe parecer mais adequado, não sendo admitida a proposta de pena privativa de liberdade.⁹⁰

Observe-se que, se as condições forem aceitas pelo autor do fato, a composição será validada pelo juiz e não terá início o processo penal. Este só será iniciado se o acordo for injustificadamente descumprido pelo acusado. Não é obrigatória a assistência do acusado por defensor. Não só este ponto suscita naturalmente muitas controvérsias, mas também o fato de ser possível a celebração de composição penal com pessoas presas.

Tirante a necessidade de reconhecimento de culpa, lembra Flávio Silva Andrade que “a composição penal do Direito Francês se assemelha à transação penal brasileira (art. 76 da Lei

⁸⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 74.

⁹⁰ MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mario Ferreira (Org). **Que futuro queremos para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009. apud ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 75.

nº 9.099/1995) e ao acordo reparatório chileno (art. 241 do Código de Processo Penal), que também evitam a instauração da ação penal”.⁹¹ Deveras, na esteira do exposto no capítulo I, item 1.3.1., é incontestável a minoração do papel judicial com a supervalorização do Ministério Público, razão pela qual não é imune a críticas.

No âmbito do direito processual penal espanhol, existe a denominada “*conformidad*”, que nada mais é que o encerramento antecipado do processo se o réu se declarar conformado com a pena que está sendo pleiteada pela acusação ou com a mais grave das penas, em caso de pluralidade de imputações.⁹²

Interessante pontuar que a *conformidad* terá como parâmetro a pena concretamente pleiteada pelo órgão de acusação (no Brasil, *exempli gratia*, pede-se a condenação pelo crime, devendo a pena ser dosada pelo juiz, de acordo com o artigo 68, do CPB), sendo cabível nos casos em que pretensão acusatória deduzida (pedido de condenação em concreto) não suplante o patamar de 06 (seis) anos de prisão, bem como em casos em que inexista previsão de penas privativas de liberdade.

Nesse sentido, a legislação espanhola, em seu artigo 655⁹³, da Ley do Enjuiciamiento Criminal – LECrim, prevê essa possibilidade de concordância com a pena pedida pelo acusador ou com a mais grave (em caso de mais de uma pena), bem como elenca as possibilidades de atuação do Tribunal em caso de dissenso ou participação de mais de um processado.

Seguindo essa linha, o artigo 787, I⁹⁴, e da Ley do Enjuiciamiento Criminal – LECrim, por sua vez, dispõe que a defesa poderá, antes que ocorra os *atos de prova*, requerer ao Juiz ou Tribunal que profira sentença em conformidade com o pedido da acusação que contenha maior pena. Aduz, ainda, que se a pena não exceder seis anos de prisão, o julgador poderá *dictar a sentença* nos moldes requeridos pela defesa, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na

⁹¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 75.

⁹² ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 83.

⁹³ **Artículo 655**. Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor si, esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio. También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.

Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad. **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [ES]**. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

⁹⁴ Artículo 787, I: Antes de iniciarse la práctica de la prueba, **la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad**, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. **Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.**

legislação.

Como se nota, na *conformidad*, antes que se iniciem os atos de prova, ou seja, a instrução do feito, a defesa, em havendo acordo por parte do acusado, poderá pedir ao juiz ou tribunal que profira, desde logo, a sentença, em conformidade com a acusação mais gravosa que constar da denúncia, ou com aquela que se lhe apresentar no ato, a qual não poderá referir-se a feito diferente, tampouco conter qualificação jurídica mais grave do que a apontada, inicialmente, na acusação.

De mais a mais, o artigo 787, I, traz, em sua parte final, a ressalva de que o disposto no item I somente poderá ser aplicado “*si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes*”. Vale dizer, desde que preenchidos os requisitos contados dos itens 2 ao 8.⁹⁵ Ponto polêmico que gera críticas também no direito espanhol, já que na *conformidad*, o acusado e seu defensor renunciam à garantia da presunção de inocência e ao direito de produzir provas, passando-se diretamente à prolação da sentença.

De acordo com Nicolás Rodríguez García⁹⁶, tem-se que a conformidade pode classificar-se de várias formas. A primeira forma refere-se à iniciativa, podendo ser do defensor (com a posterior aquiescência do acusado), do imputado (ratificação do defensor), da acusação e da defesa, no início do juízo oral, e do próprio órgão jurisdicional, quando pergunta ao acusado se ele se conforma. A segunda, quando se refere à responsabilidade penal e civil, é denominada

⁹⁵ 2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Juez o Presidente del Tribunal informará al acusado de sus consecuencias y a continuación le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio.

También podrá acordar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición.

5. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.

8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

⁹⁶ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. **El consenso en el proceso penal español**. Barcelona: Maria Bosch Editor, 1997a. p. 97.

absoluta; quando é restrita à responsabilidade criminal, é chamada limitada. Seguindo, a terceira quando prestada por todos os acusados, é chamada total; se prestada apenas por alguns, é denominada parcial, hipótese que é reputada inválida (art. 655, IV, LECrim); A quarta classificação volta-se à forma, que pode ser estrita, prestada nos escritos da defesa (em El escrito de calificación provisional de La defensa), concordando com a pena solicitada pela acusação, ou verbal, quando é prestada desse modo, no início da sessão do júizo oral. Aquela é a modalidade clássica no Direito Processual Penal da Espanha, estando prevista no art. 655 da LECrim. Por fim, a última categorização diz respeito ao modo, podendo ser espontânea, quando consiste num ato unilateral de adesão da defesa aos escritos da acusação, ou negociada, resultando de um acordo alcançado pela acusação e pela defesa.

Esclarece-se, para encerrar os breves apontamentos acerca da *conformidad*, que ela pode ser manifestada em todos os tipos de procedimentos penais espanhóis, sempre que a pena solicitada não exceder a 06 (seis) anos de prisão: no procedimento ordinário, previsto nos arts. 259 a 749 da LECrim, para delitos graves, punidos com penas privativas de liberdade que superem a 09 (nove) anos ou pena de distinta natureza, qualquer que seja sua duração; no procedimento especial para julgamento rápido de determinados delitos, disciplinados nos arts. 962 a 982 da LECrim, e também no procedimento do tribunal do júri, previsto na Lei Orgânica nº 5, de 22 de maio de 1995, podendo ocorrer tanto no início do processo, por escrito, ou no início da sessão de julgamento oral, que ocorre já na fase judicial.⁹⁷

Na América latina, a seu turno, existe intitulado “*juicio abreviado*”, o qual consubstancia-se num acordo ou transação sobre a pena, celebrado geralmente na fase inicial do processo, entre acusação e o imputado (este sempre acompanhado por advogado), devendo o acusado confessar o crime ou reconhecer os fatos e sua qualificação jurídica. Assim, entabulado o pacto, descarta-se a fase probatória e passa-se à prolação da sentença penal condenatória. Dispensa-se observações sobre como tal procedimento viola, a mais não poder, o devido processo legal, com os meios de defesa a ele inerentes, bem como possibilita uma condenação calcada apenas na palavra do acusado (confissão), sem que haja produção de prova em júizo, o que também revela nítido retrocesso ao processo penal democrático, na medida em que a persecução penal passa a ter por objetivo a “resolução de litígios”, pouco importando como se deu o desenleio da demanda.

Flávio Silva Andrade⁹⁸ explica que, nesse último caso, não se pode confundir com procedimentos céleres previstos nas legislações italiana, espanhola e brasileira, anteriormente

⁹⁷ Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 84.

⁹⁸ Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 88

explanados⁹⁹.

À guisa de conclusão, com esteio nas lições do predito autor, verifica-se que, no Chile, para a adoção do procedimento abreviado destinado à celebração de acordo, a pena solicitada pela acusação não pode ultrapassar, em concreto, 05 (cinco) anos de prisão ou deve ter natureza diversa da privação de liberdade (art. 406 do Código de Processo Penal aprovado no ano de 2000), ao passo em que na Argentina, o *juicio abreviado* é cabível nos casos em que o Ministério Público solicitar uma pena privativa de liberdade inferior a 06 (seis) anos, ou uma pena diversa da prisão (art. 431).¹⁰⁰

Observa-se que a justiça penal consensual tem sido uma orientação mundial, fruto de uma sociedade acelerada e que busca no judiciário a resposta rápida para todos os problemas que se lhe apresentam. Assim, visando dar uma resposta mais célere e menos custosa aos cofres públicos (aspectos temporal e financeiro), tem-se adotado esses sistemas de punição sumaríssimos, independentemente dos fatos ensejadores da demanda, uma vez que, em todas as hipóteses, independentemente da “verdade do réu”, há de prevalecer a verdade da acusação, já que a confissão e o reconhecimento dos fatos são pressupostos à adoção dos ritos abreviados.

A crítica que se faz, portanto, é: podem a celeridade e a economia processual, violando preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, suprimir o devido processo legal, retirando do acusado a garantia de ter respeitados seus direitos assegurados num processo devido e legal? Os fins do processo devem ser a resolução de litígios ou a efetivação de direitos e garantias constitucionais?

Custo-benefício *versus* justiça devida, eis o ponto fucral da questão!

⁹⁹ Especificamente ao *iudizio abbreviato* italiano (arts. 438 a 443 do Código de Processo Penal), procedimento abreviado da Espanha (arts. 757 e seguintes da LECrim) ou com seus juízos rápidos (arts. 795 e seguintes da LECrim), procedimentos sumário ou sumaríssimo brasileiros (arts. 394, parágrafo 1º, II, do Código de Processo Penal e art. 81 da Lei nº 9.099/1995. Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 88

¹⁰⁰ Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 91.

**Capítulo II – A Justiça Penal Negociada no Modelo Norte-
Americano e no Sistema Europeu**

2 - A Justiça Penal Negociada no Modelo Norte-Americano e no Sistema Europeu

Ao se falar em justiça penal consensual ou negociada, revela-se imperiosa a advertência de que a colaboração premiada, tal como é vista (e normatizada) no Brasil¹⁰¹, inexistente nos sistemas jurídicos que serão, perfunctoriamente, trabalhados no presente capítulo, quais sejam, norte-americano (*common law*), o europeu, especialmente os sistemas português e italiano, com ênfase nesse último, definitivamente adepto à *civil law*.

Em que pese a insofismável influência que o direito brasileiro sofreu dos sistemas supramencionados, há, no arcabouço normativo do país, ao contrário de todos os outros, um maior regramento do instituto da colaboração premiada, em decorrência da se apresentar como “negociação” da reprimenda penal a ser (ou não) imposta, passando a ser um “instituto” inédito no mundo, sem qualquer precedente similar.

Como se demonstrará, os paradigmas do *civil law* e *common law* são totalmente diferentes, com princípios e vetores próprios. Apesar de os sistemas serem incompatíveis entre si, por questões morfológicas. No Brasil, entretanto, fez-se uma junção legislativa, visando incorporar aos meios persecutórios novas formas de se evitar o processo (transação penal, *sursis* processual, abstenção no oferecimento da denúncia) ou dar a ele vários rumos, antes não imaginados, como, v.g, a redução de penas, substituição de sanções privativas de liberdade por restritivas de direito ou alteração de regime inicial de cumprimento de pena.

Assim, nota-se que a análise do consenso no processo penal brasileiro, por ser deveras singular, há de ser feita com vistas ao direito comparado, de modo a tornar mais acertadas – ou menos equivocadas – quaisquer conclusões que se possam extrair, notadamente porque toda e qualquer crítica, para ser fundamentada, deve ter um parâmetro, uma orientação; e esse *norte*, a princípio, serão os dois principais sistemas de justiça penal influenciadores do sistema brasileiro.

2.1 Sistema Norte-Americano

2.1.1 Noções Gerais

¹⁰¹ Diogo Malan, ao tratar do tema, chega a afirmar que “O instrumento da colaboração premiada foi importado do Direito norte-americano sem que fosse devidamente adaptado ao Brasil. Assim, no sistema penal nacional, a delação “é como uma cuíca numa orquestra sinfônica ou um violoncelo numa bateria de escola de samba”. RODAS, Sérgio. **No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrrj-uerj>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Imperioso destacar, *ab initio*, que a tônica do sistema jurídico norte-americano se funda na ideia do *common law*, o que não ocorre na Itália, bem como no Brasil, países esses onde se adota o chamado sistema *civil law*. A diferença, em síntese, traduz-se nos métodos de resolução de conflitos.

Com efeito, enquanto no *civil law* se têm normas gerais e abstratas a serem aplicadas aos casos concretos levados ao conhecimento do judiciário, no *common law* a solução é dada de modo diverso; vale dizer, as normas jurídicas serão determinadas a partir dos casos concretos já solucionados, os denominados *leading cases*.

Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra assevera que o sistema jurídico norte-americano, integrante da *common law*, é muito pragmático e, ao contrário do romano-germânico, a doutrina não se preocupa em dogmatizar ou teorizar o Direito, mas apenas em sistematizar a sua aplicação aos casos concretos.¹⁰²

De ver-se, todavia, que a despeito dessa diversidade sistemática, em face da globalização, ambos sistemas têm, ora ou outra, incorporado características uns dos outros. A *common law*, de um lado, tem internalizado elementos do sistema romano-germânico, tendo em vista a crescente codificação que vem sendo implementada na Inglaterra e nos Estados Unidos; o sistema romano-germânico (*civil law*), de outro, tem emprestado traços do norte-americano, citando-se aqui, como exemplo, por todos, o efeito vinculante dos enunciados do Supremo Tribunal Federal, quando de reiteradas decisões em um mesmo sentido, anunciando a solução a ser aplicadas em casos semelhantes.¹⁰³

À evidência, não há mais que se falar em sistemas estanques, puros ou isolados; até mesmo porque, emprestar-se de um ordenamento jurídico algo que está a dar certo não é plágio – longe disto –, mas, sim, evolução.

Feito esse breve paralelo, impende tecer algumas observações ainda sobre o sistema jurídico norte-americano; afinal, o presente tópico a ele se destina.

Há de se deixar claro que nos Estados Unidos da América - EUA existe uma estrutura de persecução penal completamente diferente do que ocorre no Brasil, uma vez que, lá, a acusação penal fica a cargo de escritórios de advocacia, e não de promotores de justiça (servidores públicos) em cargos estruturados de provimento por concurso público.

A ação penal nos EUA, diferentemente do que ocorre na Itália e no Brasil, é guiada pelos

¹⁰² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 30.

¹⁰³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 30.

princípios da oportunidade e conveniência, não havendo que se falar em obrigatoriedade ou, mesmo, indisponibilidade desta. Por conseguinte, tal sistemática dá ao promotor de justiça uma enorme possibilidade de barganha, de negociação da pena a ser imposta. Bem por isso se afirma que o exercício da ação penal pública se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores –*prosecutorial discretion* –, que se manifesta também na atividade policial e jurisdicional da pena –*probation*.¹⁰⁴

Em outras palavras, a oportunidade (ou não obrigatoriedade), vigente nos EUA, como aponta Vinicius Gomes de Vasconcellos, “se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme a opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamentos em critérios utilitários, político-criminais, econômicos”.¹⁰⁵

Por certo que a exagerada discricionariedade pode prejudicar a independência do órgão de acusação, desembocando, muitas vezes, em arbitrariedade. Nesse sentido, observa Rosanna Gambini Musso, citada por Marcos Paulo Dutra, que tamanha discricionariedade conferida aos promotores obedece a razões políticas e utilitaristas: procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se esforços nos crimes de maior monta, cuja repressão rende maior visibilidade no seio social e, bem por isso, interessa combater.¹⁰⁶

Ademais, corolário da discricionariedade da acusação, não há qualquer controle judicial no que tange ao exercício (ou não) da ação penal, de modo que, em havendo inclinação, por parte da promotoria, no sentido de arquivar o feito, não poderá recusa-se o judiciário. Destarte, nota-se nos EUA uma cultura jurídica diametralmente oposta à italiana, por exemplo, onde, como será delineado mais à frente, os caminhos na perseguição do delito são outros, bem diferentes por sinal.

2.1.2 Modelos de Justiça Negocial

Alerte-se, *prima facie*, que a colaboração premiada não é tão ampla quanto o *plea bargainig*, mas é, inegavelmente, influenciada por este. Ou seja, na colaboração, à semelhança do que ocorre no *plea bargainig*, há uma margem na “negociação da pena” a ser imposta ou, mesmo, no prematuro arquivamento de um inquérito.

Nos escólios de Yehonatan Givati, ao analisar o referido instituto, *plea bargainig* pode

¹⁰⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 31.

¹⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.48.

¹⁰⁶ MUSSO, Rosana Gambini. **II Processo Penale Statunitense, Soggetti ed Atti**, 2. Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 33-33.

ser definido como “*is an agreement between the prosecution and the defense whereby the defendant pleads guilty in exchange for a more lenient sentence, and a full trial is avoided.*”¹⁰⁷, em suma, um acordo de vontades, dentro do processo criminal, com declaração de não prosseguimento do processo ou confissão de culpa, com contrapartida uma penalidade mais suave.

Em apertada síntese, o *plea bargaining*, consubstanciado na Regra de Procedimento Criminal Federal nº 11 - *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 - Ples*, oportuniza ao réu basicamente três opções, quais sejam: (i) declarar-se culpado - *plea of guilty*; (ii) não contestar a acusação, sem, contudo, assumir a culpa da imputação que lhe é direcionada – *plea of nolo contendere*; (iii) declarar-se inocente – *plea of not guilty*.¹⁰⁸

Das três possibilidades acima descritas, explicar-se-ão suas consequências, bem como o porquê de tratar-se de autêntica negociação da pena e, por conseguinte, da (in)justiça.

No chamado *plea of guilty*, que é a verdadeira negociação da pena, o acusado se declara culpado, gerando, essa assunção de culpa, ainda que seja inocente, todos os gravames de uma condenação criminal. A “vantagem” que se obtém é a faculdade de poder escolher qual pena, dentre as várias formuladas pela promotoria, lhe parece mais favorável. Observe-se que a postura, por parte do acoimado, pode ser adotada em face do medo ou receio de enfrentar o julgamento e ter, em caso de acatamento da acusação, uma sanção muito pior em relação àquelas ofertadas pela promotoria.

Pode-se afirmar que no *plea of guilty* há um negócio jurídico processual cercado pelo medo, no qual o imputado, com a mente voltada a uma futura condenação, submete-se a uma reprimenda que, a seu modo de ver, é “menos ruim” que o julgamento e suas incertezas, notadamente porque, no julgamento, as penas são infinitamente “piores” que as oferecidas pela acusação, o que acaba gerando, de certa forma, uma “coação” à autoincriminação. Para ilustrar, tem-se que, atualmente, “nos EUA mais de 90% dos casos são resolvidos sem audiência de instrução e julgamento, através de acordos entre acusação e defesa”.¹⁰⁹

No *plea of nolo contendere*, por sua vez, como já destacado alhures, o acusado não contesta a acusação, mas também não assume a culpa, razão pela qual a condenação criminal gerada não pode produzir extrapenais. A propósito, Marcos Paulo Dutra, citando Charles H. Whitebrand e Christofer Slobogin, preleciona que se trata de uma sentença penal condenatória,

¹⁰⁷ GIVATI, Yehonatan. The comparative law and economics of plea bargaining: Theory and evidence. Harvard Law School. John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows' Discussion Paper Series. **Discussion paper nº 39.** p. 1-26 Cambridge. 07/2011. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf> ; p.2. Acesso em 10 fev 2022.

¹⁰⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada.** Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 33.

¹⁰⁹ E se o *plea bargaining* fosse aplicado integralmente no Brasil? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargaining-brasil/>. Acesso em 23 abr. 2019.

inclusive com imposição de sanção privativa de liberdade, ostentando os demais ônus oriundos de qualquer condenação criminal. Ressalta, contudo, que, em vista da ausência de repercussão no juízo civil tal modalidade é bastante comum em crimes contra a ordem econômica, especialmente aqueles relacionados à legislação antitruste.¹¹⁰

Em acréscimo, Rodrigo da Silva Brandalise, ao dissertar sobre os institutos, esclarece que “as negociações americanas de sentença criminal podem acontecer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação da acusação (*nolo contendere*)”.¹¹¹ Segundo o autor, “a nota distintiva entre elas reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda, não, porque se limita a não contestar a ação (em assumir a responsabilização, mas sem a realização de confissão sobre os fatos)”.¹¹²

Vê-se, assim, que no “*nolo contendere*” os ganhos, além da negociação da pena, são potencializados com a limitação de responsabilidade. Vale dizer, “ao contrário dos efeitos colaterais do *plea bargain*, a vítima de um crime não poderá usar a condenação criminal como admissão de culpa em uma ação civil contra o réu (como de indenização)”.¹¹³

Não se pode perder de vista, no entanto, que o *plea of nolo contendere* constitui uma condenação criminal sem efeitos cíveis, razão pela qual, para poder ser implementado, precisa da chancela do Tribunal, que poderá sopesar os pontos de vistas deduzidos pelas partes e verificar se não seriam prejudiciais ao interesse da coletividade.

No mais, quanto ao conteúdo das declarações de culpa – requisito do *of guilty* –, bem assim dá não contestação da acusação – presente no *plea of nolo contendere* –, consigna-se que, em consonância à *Rule 11*, podem as partes, passado o debate preliminar – teses de acusação e, depois, teses defensivas –, pactuar que a promotoria retire algumas das acusações contra o réu.¹¹⁴

Na mesma toada, não é defeso à acusação que recomende ao juiz determinada condenação, ou, ainda, que aprove, *exempli gratia*, a proposta de título de condenação veiculada pela própria defesa. Não se pode olvidar que essas propostas – defensivas ou acusatórias – não têm o condão de vincular a cognição do juiz, que é livre em sua atividade jurisdicional, podendo,

¹¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 35.

¹¹¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

¹¹² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.

¹¹³ MELO, **Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 35.

inclusive, ao decidir de modo diverso do proposto, agravar a situação do réu.¹¹⁵

A caminho de conclusão, longe de se exaurir a temática (que é deveras detalhada), é possível verificar as algumas das particularidades do sistema ora em estudo e, após a breve análise, estabelecer alguns parâmetros indispensáveis ao prosseguimento da presente investigação, que visa demonstrar não só a possibilidade da colaboração unilateral (que pouco tem a ver com o *plea bargaining*), mas, sobretudo, a necessidade de reconhecimento da importância do tema em foco.

2.2 Sistema Europeu com ênfase no Direito Italiano

2.2.1 Noções Gerais

Como visto anteriormente, na Itália, à semelhança do Brasil, o exercício da ação penal pública é efetivado por meio do Ministério Público, devendo observar o postulado da obrigatoriedade. É dizer: tendo conhecimento da prática de um ilícito, presentes a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, a ação deve ser proposta. A propósito, reforçando a afirmação quanto à observância ao princípio da obrigatoriedade, a Constituição da República Italiana, em seu art. 112, dispõe que “*O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal*”.

Na mesma esteira, em conformidade ao art. 50, *comma* 1, do Código de Processo Penal Italiano, tem-se que “*O Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento*”. Veja-se que, assim como ocorre no Direito Brasileiro, estando presentes as condições da ação, deve o órgão ministerial deflagrá-la, diferentemente do sistema norte-americano, em que o exercício *jus puniendi* fica ao alvedrio da acusação, feita, rememore-se, por escritórios de advocacias.

Não obstante algumas semelhanças entre os sistemas dos referidos países, na Itália, o Ministério Público, diferentemente do que ocorre no Brasil, é pertencente ao Poder Judiciário, tanto que a Constituição Italiana, no título que cuida da Magistratura, disciplina, também, a atividade Ministerial, gozando, os membros ministeriais, das mesmas garantias estabelecidas pelo ordenamento judicial¹¹⁶.

¹¹⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 35.

¹¹⁶ “Art. 107, Constituição da República Italiana:

Os magistrados são inamovíveis. Não podem ser dispensados ou suspensos dos serviços, nem destinados a outras sedes ou funções, a não ser após decisão do Conselho Superior da Magistratura, adotada ou pelos motivos e com as garantias de defesa estabelecidas pelo ordenamento judicial ou com o seu consentimento.

O Ministro da Justiça tem a faculdade de promover a ação disciplinar.

Os magistrados só se distinguem entre eles pela diversidade das funções.

Outra peculiaridade do sistema italiano é que os procedimentos de investigação – que são uma etapa pré-processual – são presididos pelo Ministério Público, que é o titular do poder de polícia judiciária. Ademais, uma vez que o Ministério Público integra o Poder Judiciário, deve ele atender, no exercício das investigações, ao postulado da imparcialidade, colhendo, assim, elementos de informação favoráveis ou não à acusação, tendo em mira, sempre, a busca pela verdade dos fatos.

Noutro vértice, a Itália, assim como o Brasil, orienta-se por um processo penal acusatório, com divisão de tarefas.¹¹⁷⁻¹¹⁸ No sistema italiano, porém, ao contrário do brasileiro, há juízes competentes para atuar exclusivamente na fase de investigação. Esses magistrados são, na verdade, garantidores de princípios e garantias fundamentais do investigado (juiz das garantias), não havendo qualquer atividade por eles desempenhadas senão a fiscalização da atividade persecutória, que é levada a efeito pelo Ministério Público.

Outrossim, demonstrando estar à frente do Brasil em termos de processo penal, na Itália, o magistrado que, na fase preliminar, tiver, v.g, examinado uma medida cautelar requerida pelo MP estará impedido de atuar em futuro processo penal.¹¹⁹ É dizer que lá a “prevenção” é tratada como regra de exclusão de competência, e não de fixação, como ocorre no processo penal brasileiro (art. 69, VI, CPP).

Finalizadas as investigações, o Ministério Público poderá adotar uma, de duas medidas cabíveis. A uma, poderá requerer o arquivamento que, tal qual no Brasil, passará pelo crivo de um juiz. A promoção dar-se-á, em síntese, quando não houver lastro probatório mínimo (art. 408, do CPPI), quando extinta estiver a punibilidade do agente delitivo, quando a conduta for

O Ministério Público goza das garantias estabelecidas, no que diz respeito a ele, pelas normas sobre o ordenamento judicial.

Art. 108

As normas de ordenamento judicial ou de cada magistratura são estabelecidas pela lei.

A lei assegura a independência dos juízes das jurisdições especiais, do ministério público junto delas e de pessoas alheias que participam na administração da justiça.” Art. 107, *comma* 4; e art. 108, *comma* 2. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA.** Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_POR_TOGHESE.pdf. Acesso em 24 abr. 2019.

¹¹⁷ Importante ter em mente que, a despeito de a doutrina os classificar comumente como inquisitivo, acusatório e misto, todos os sistemas, hodiernamente, são mistos ou, noutras palavras, não são puros. NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro.** 2017. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2017.

¹¹⁸ Outra questão que se mostra pertinente, no que diz respeito ao tema dos sistemas processuais, é que não basta a mera divisão de tarefas para que um sistema seja adjetivado como “acusatório”. Assim, “o fato de um processo ser de partes não o torna acusatório, bastando uma simples revisão histórica para mostrar que a maior referência inquisitória, as *Ordinanza Criminale* (1670), do Rei Luiz XIC, previa um processo penal de partes”. COUTINHO, Jacinto de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **In: revista de estudos criminais.** [S.l], a.1, n. 1, p. 26-27, 2001.

¹¹⁹ PERRODET, Antoinette. “Il processo penale in Italia”. In: *Procedure Penali D’ Europa*. Mirelli Delmas-Marty e Mario Chiavario (Org). 2ª ed. Padova: CEDAM, 2001, pp. 299-300 apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada.** Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 55.

atípica ou, ainda, quando faltar condição especial de procedibilidade da ação (art. 411, do CPPI) ou, por fim, na hipótese de autoria ignorada (art. 415, do CPPI).

A duas, em não sendo hipótese de promoção de arquivamento, será iniciada a ação penal, que poderá observar o procedimento ordinário, que tem por ato primeiro a audiência preliminar do art. 416, do CPPI, comenos em que o juiz recebe ou não a denúncia, ou um dos procedimentos especiais, que serão tratados sucintamente logo a seguir.

Consoante assevera Marcos Paulo Dutra Santos, afora o procedimento ordinário, o processo poderá observar, ainda, “o juízo abreviado e a aplicação consensual da pena, que tem lugar no momento processual reservado à audiência preliminar, cujo objetivo primordial é evitar a instrução e julgamento “convencional” - as *udienze dibattimentali* ; o juízo diretíssimo e o imediato, que resultam no julgamento direto da causa, suprimindo a audiência preliminar; e o procedimento por decreto penal, monitório, consistente na imediata expedição do decreto condenatório, pautando-se, exclusivamente, nas peças de informação coligidas ao longo das informações, sem a oitiva do acusado, a quem se reserva apenas o direito à oposição, que, se exercido, convola o procedimento monitório em ordinário”.¹²⁰

Essas são, portanto, as noções gerais, mas indispensáveis, acerca do sistema de persecução italiano. Dedicar-se-á, no próximo tópico, ao estudo da justiça negocial na Itália.

2.2.2 Modelos de justiça negocial

2.2.2.1 Da negociabilidade do rito

Preliminarmente, para melhor compreensão do rito, destaca-se que a legislação italiana permite, além da negociação da pena, a negociação do rito a ser adotado até chegar-se à reprimenda penal. É possível, assim, negociar-se até mesmo o procedimento por meio do qual o caso será solucionado, se via rito abreviado ou monitório, o que se passa a expor.

Na hipótese do rito abreviado (*giudizio abbreviato*), o acusado pode pedir de imediato, por iniciativa própria, em sede de audiência preliminar, a apreciação da pretensão acusatória, ocasião em que abrirá mão das garantias processuais que lhe são asseguradas, tais como o contraditório e ampla defesa. Esse sistema é o chamado *juízo abreviado*, pelo qual haverá o julgamento da demanda penal com base tão somente nos elementos de informação angariados na investigação (art. 438, *comma* 1, do CPPI).

Num primeiro momento, poder-se-ia inquirir sobre onde reside a “vantagem” na adoção

¹²⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 55.

do predito rito abreviado, uma vez que o acusado abre mão das garantias processuais para ter, de imediato, uma sentença proferida baseada, única e exclusivamente, nos elementos informativos colhidos na investigação criminal. De acordo com o art. 442, *comma* 2, do CPP italiano, em havendo a adoção do presente rito, poderá o sentenciado ter sua pena diminuída de 1/3 ou, caso seja cominada ao delito a pena de prisão perpétua, a substituição da perpétua por 30 anos de privativa de liberdade.

Em sua obra “Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes”, que corrobora o quanto dito linhas atrás, Rodrigo da Silva Brandalise explica que, no rito abreviado (*giudizio abbreviato*), “há um acordo sobre o rito do processo, o que autoriza o juiz a decidir livremente a partir da prova disponibilizada, e também permite a redução da pena pela adoção do rito mais célere, que pode ser de um terço ou de definição máxima em 30 anos, caso a pena inicialmente prevista seja perpétua”.¹²¹⁻¹²²

Ainda em consonância com o citado autor, no *giudizio abbreviato*, permite-se que o arguido solicite o julgamento da causa já na audiência preliminar (afinal, é necessário que ele se contente com a prova já produzidas para fins de eventual condenação), uma vez que já ofertada a acusação e possibilitada a apreciação dos autos à defesa.¹²³ Nesse caso, importa esclarecer que a aquiescência ministerial quanto ao *giudizio abbreviato*, a partir de 1999 – com o advento da Lei 479 –, passou a ser prescindível. Essa mesma legislação, a propósito, visando evitar a não adoção do rito em questão, por insuficiência probatória, implementou a possibilidade de produção de provas por requerimento da defesa.

Observe-se, em desenlace ao estudo do rito em análise, que o acusado, em caso de condenação, poderá apelar do *decisum*, ao passo que o Ministério Público, em regra, não poderá fazê-lo, salvo se o juiz tiver determinado a *emendatio libeli*. Nessa hipótese, por existir sucumbência ministerial, o órgão poderá valer-se do apelo, ante a caracterização do interesse recursal.

A encerrar o estudo da negociabilidade dos procedimentos que podem ser adotados, e expostas as peculiaridades do rito abreviado (*giudizio abbreviato*), impende tecer alguns breves comentários em torno do procedimento por decreto penal, o chamado *procedimento per*

¹²¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

¹²² Sobreleva a observação, feita por Brandalise, com citação a Perrodet, no sentido de que inexistente a possibilidade de substituição da prisão perpétua nos chamados crimes sérios, como os ligados ao crime organizado; e, nas hipóteses de previsão de prisão perpétua cumulada com isolamento diurno, é possível o afastamento do último. PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In; DELMAS-MARTY, Mireille (Orga.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 341-429 apud BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

¹²³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

decreto, previsto nos artigos 459 a 464, do Código de Processo Penal Italiano.

Se no rito abreviado a iniciativa era do próprio acusado, que pedia o julgamento imediato da demanda, com base nos elementos de informação colhidos na fase de investigação, aqui, no procedimento por decreto penal (*procedimento per decreto*), a iniciativa é do Ministério Público. Com efeito, “*Il procedimento per decreto, previsto e disciplinato dagli artt. 459 c.p.p. e ss., si caratterizza per l’assenza del contraddittorio e l’emissione di un decreto penale di condanna inaudita altera parte su richiesta del PM, quando all’imputato deve essere applicata solo una pena pecuniária*”.^{124_125}

Tal procedimento consiste, basicamente, na formulação, pelo próprio Ministério Público, de um “decreto penal condenatório”, que importará na imediata aplicação de pena pecuniária (art. 459, comma 1, do CPPI), ou no mínimo legal, reduzido da metade (459, comma 2, do CPPI).

Feito o decreto, este será enviado ao juiz para que se proceda à aprovação com a consequente notificação do acusado e do responsável civil indicados na proposta. Consigne-se que a referida notificação deve ser feita por via pessoal, sob pena de caducidade do r. decreto, restituindo-se ao *Parquet*, no entanto, o direito de deflagrar a ação penal. Devidamente notificado, caso não concorde com a proposta, pode o acusado exercer a *opposizione*, a qual prejudicará a execução da pena. Nessa mesma oportunidade (*opposizione*), o acusado tem de indicar qual rito entende cabível – ordinário, imediato ou abreviado. Superado o prazo, sem manifestação, o decreto penal é homologado pelo Juízo, passando a ter força de condenação criminal.

Importante destacar, com supedâneo nas palavras de Rodrigo da Silva Brandalise, “que o decreto aplicado com base nesse procedimento é irrevogável (Código de Processo Penal italiano, art. 648, 3), nem mesmo recorrível, transformando-se em título executivo para os fins penais, não produzindo efeitos civis, por exemplo, o que aproxima o instituto do *nolo contendere* americano”.¹²⁶

Não se pode negar que tal procedimento, ainda que implicitamente, traz a ideia um “acordo” (não sinalagmático) entre réu e Ministério Público, tal como ocorre num contrato de adesão, uma vez que são formuladas as propostas consubstanciadas no decreto penal e, em não

¹²⁴ **Il decreto penale di condanna**. Disponível em: https://www.studiocataldi.it/guide_legal/guide-procedura-penale/procedimento-per-decreto.asp. Acesso em 25 abr. 2019.

¹²⁵ O processo por decreto, previsto e regulado pelos artigos 459 c.p.p. e ss., é caracterizado pela ausência de contraditório e a emissão de um decreto penal de condenação sem ouvir a outra parte, no caso o acusado (por isso, *inaldita altera pars*), a pedido da PM, quando à pessoa acusada só deve ser aplicada uma pena pecuniária. Tradução livre.

¹²⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

havendo impugnação, subtede-se que o réu aceitou os termos ministeriais, dando origem, após, à execução da pena.

Por derradeiro, a encerrar as observações gerais sobre a negociabilidade dos ritos no sistema italiano, vale a observação de Marcos Paulo Dutra¹²⁷ sobre o procedimento penal em estudo, para quem resta inequívoca a natureza negocial do r. procedimento vez que garante ao acusado “*vantagens*”, caso aceito, sem imposição de custas, penas acessórias. Ademais, *não consubstancia título executivo judicial*, em cinco ou dois anos (a depender se versava sobre crime ou contravenção penal) extingue-se os efeitos penais da sentença.

Em que pese não seja o objeto central desta investigação, a exposição, ainda que *al passant* dos referidos institutos se revela necessária, na medida em que possibilita a aferição das compatibilidades e incompatibilidades dos sistemas processuais nos quais o Brasil, sobretudo após a Lei 12.850/2013, adotou como inspiração.

Assim, pondo-se termo à análise dos espaços de consenso no direito comparado, especificamente nos sistemas norte-americano (*common law*) e italiano (*civil law*), passa-se a uma breve exposição acerca da possibilidade de negociação da pena.

2.2.2.2 Da negociabilidade da pena

A encerrar o presente capítulo, vale destacar que, no processo penal italiano, para além da possibilidade de negociação do rito (*giudizio abbreviato* ou *procedimento per decreto*), admite-se, também e por óbvio, a negociação da pena a ser imposta, o que se dá por meio do chamado *patteggiamento*.

Com efeito, segundo prelecionam Vinicius Gomes de Vasconcellos e Bruna Capparelli, “*em que pese tais importantes inovações no cenário de uma cultura processual alternativa simplificadora, certamente o instituto que acarretou maiores tensões ao sistema italiano de traços continentais foi a aplicação da pena por requisição das partes ou ‘patteggiamento’*”¹²⁸

¹²⁷ “A veia negocial deste procedimento mostra-se nítida, haja vista que o art. 640, comma 5, do CPP, outorga ao acusado uma série de “vantagens” caso aceite o decreto penal ministerial: não há condenação nas custas, nem imposição de penas acessórias; não consubstancia título executivo judicial em desfavor do imputado, uma vez que a suspensão condicional da pena em caso de posterior condenação criminal; ao cabo de cinco anos, se a condenação tinha como objeto um crime, ou dois, se versava sobre contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, exceto se o condenado cometer novo injusto da mesma natureza”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 57

¹²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

Na linha dos mencionados autores¹²⁹, a partir de 1981, com a introdução da Lei 689, iniciou-se a possibilidade de imposição de pena diversa da prisão, a partir de um *pedido da defesa consentido pela acusação*, precursor do *patteggiamento* implementado pelo CPP de 1988. A partir de 2003, amplia-se a aplicação do referido instituto para cinco anos, computada a diminuição de 1/3 da pena, não mais limitando sua aplicação a delitos com sentença fixada em até dois anos. Assemelhou-se ao modelo norte-americano, *plea bargaining (common law)*, dissímil no que tange ao controle judicial, referente à verificação de regularidade e cabimento do acordo, mais *atuante*.

Em síntese apertada síntese, pode-se dizer que o *patteggiamento* é um instituto de negociação de penas, por meio do qual o juiz aplica, por sentença, uma pena que é fruto de um acordo entre as partes, ou seja, Ministério Público e acusado. Aqui, o intento não é a negociação do procedimento, em si, mas, sim, da pena a ser aplicada. Por isso é que se diz que a obtenção de uma pena mais branda não é um dos efeitos do pacto ajustado entre Ministério Público e réu. É seu objeto por excelência.¹³⁰

Aqui – no *patteggiamento* –, há concordância, ou melhor, autorização, por parte do acoimado, para que lhe seja aplicada uma pena restritiva de direitos ou pecuniária, reduzida de até um terço, ou mesmo uma restritiva de liberdade, desde que, diminuída também de um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativamente ou não com sanção pecuniária, em conformidade ao art. 444, comma 1, do CPPI.

Deveras, diversamente do que ocorre no *giudizio abbreviato* – em que o acusado pede, por iniciativa própria, em sede de audiência preliminar, a apreciação da pretensão acusatória, com a aplicação imediata da pena, abrindo mão das garantias processuais que lhe são asseguradas, num julgamento feito somente com base nos elementos de informação angariados na investigação (art. 438, comma 1, do CPPI) –, no *patteggiamento*, negocia-se, verdadeiramente, a pena.

Vale dizer, nesse procedimento, “o arguido possui informações suficientes sobre a pena a ser aplicada pelo juízo na hipótese de aceitação do acordo, de forma que a não utilização de direitos processuais pelo arguido vem justificada pelo conhecimento acerca da condenação e da

¹²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal.** In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

¹³⁰ PERRODET, Antoinette. “Il processo penale in Italia”. In: *Procedure Penali D’ Europa*. Mirelli Delmas-Marty e Mario Chiavario (Org). 2ª ed. Padova: CEDAM, 2001, pp. 299-300 apud: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada.** Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 60.

pena”.¹³¹

De se destacar que as consequências advindas da aplicação do instituto são vantajosas ao acusado, uma vez que não há o reconhecimento expresso de culpa, senão uma mera admissão implícita, a qual, no entanto, não gera efeitos jurídicos, mas tão somente moral. É possível, todavia, que o juiz não concorde com a proposta do acusado, ocasião em que o processo continuará observando o rito ordinário. Nesse caso, é evidentemente que o pleito do acoimado não poderá ser utilizado como confissão, na medida em que “não se trata de um reconhecimento de culpabilidade ao estilo do *guilty plea* norte-americano, que acarreta automaticamente a condenação do imputado, mas um requerimento ao juiz para que analise o caso e verifique a adequação do acordo proposto”.¹³²

A propósito, tanto o instituto não implica em condenação automática que, “ao considerar a proposta de barganha, o julgador pode inclusive absolver o acusado, mesmo diante da conformidade defensiva com a imposição da pena”.¹³³

Lado outro, havendo a provocação do arguido, e estando o juiz de acordo com a proposta aviada entre as partes¹³⁴, a decisão proferida pelo magistrado equivalerá a uma condenação, tal como preconiza o art. 445, comma 1, do CPPI.

Nesse panorama, tendo em vista que o *patteggiamento* nada mais é que um acordo, onde o consenso do acusado deve se fazer presente, não haverá sucumbência, mesmo em caso de condenação, inexistindo, de consequência, interesse recursal. A propósito, esta modalidade negocial, nos termos do art. 448, comma 8, do CPPI, implica em renúncia ao direito de apelar.

Outrossim, à guisa de conclusão, imperioso salientar que o juiz apenas chancelará o

¹³¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 103.

¹³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano**: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

¹³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano**: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

¹³⁴ Nesse tocante, de que “o ponto fulcral do exemplo italiano é a necessidade de motivação da decisão do Ministério Público acerca do cabimento do patteggiamento e as consequências da recusa ilegítima Em contraste com o modelo estadunidense, cuja ampla discricionariedade do promotor impede amplo controle acerca da barganha, na Itália os motivos da recusa são verificados pelo juiz, que, se entendê-la injustificada, assegurará a redução solicitada pelo acusado, mesmo após o transcorrer de todo o procedimento ordinário,61 consagrando assim o acordo como direito subjetivo do réu. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano**: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

acordo caso exista lastro probatório mínimo quanto à materialidade e autoria delitivas, devendo, ainda, observar se o pacto negocial deriva de manifestação livre e desembaraçada de vontade, ou seja, se é voluntária, sem vícios. Não se pode perder de perspectiva, de igual forma, que, ao analisar a constitucionalidade do *patteggiamento*, a Corte Constitucional Italiana assentou a possibilidade de o juiz realize a verificação da proporcionalidade entre a pena e o disposto no acordo, adaptando aos critérios fixados pelo art. 27.3, da Constituição Italiana, que dispõe sobre a prevenção especial positiva. Ademais, poderá o magistrado rejeitar tal negócio, caso entenda que há excesso ou insuficiência na pena sugerida, desconfigurando a ideia principal da punição¹³⁵.

Por fim, destaca-se que não é defeso ao juízo acolher o *patteggiamento*, ainda que havendo oposição por parte do Ministério Público¹³⁶, desde que provocado pelo imputado, já que no sistema processual penal italiano, tal qual ocorre no brasileiro, não é permitido ao juiz proceder *ex officio*

¹³⁵ VAN CLEAVE, Rachel A. **An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States:** the search for truth and an efficient criminal justice system. *Emory International Law Review*, v. 11, p. 419-469, 1997. p. 446-447.

¹³⁶ Quanto a oposição do Ministério Público ao *patteggiamento*, como mencionado alhures, é imprescindível que se dê de forma motivada e, ainda assim, não tem o condão de vincular o magistrado, que poderá aquiescer com a proposta do arguido.

Capítulo III – Os espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal
Negociada no Direito Português

3 – Os Espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal Negociada no Direito Português

3.1 Prolegômenos ao Sistema de Justiça Criminal Português

A compreensão adequada da [não] aplicação da Delação Premiada, na Justiça Portuguesa, requer a cognição da estrutura do Sistema de Justiça Criminal luso e de seus fundamentos. Por óbvio, em decorrência das limitações formais e temporais, serão delineados contornos, sem exaustão da matéria, para melhor entendimento dos posicionamentos, da aplicação e das críticas ao instituto objeto da presente investigação.

Preliminarmente, insta compreender o fundamento da pretensão punitiva do Estado e da legalidade de sua ação punitiva.

A punição, no decorrer da trajetória do ser humano e acompanhando a evolução social, recebeu nova roupagem, adequando-se aos valores morais da época. Evolui de sanções físicas tenebrosas *como mutilações, açoites, banimento, morte* para medidas restritivas de liberdade e direitos e multa. Tal progresso acompanhou as alterações sociais, principalmente a partir da perspectiva humanista inaugurada pelo Renascimento, século XV, e fundamentou-se na valorização antropocentrista. Assim, acompanhando as alterações da sociedade, firmou-se o modelo de Estado Democrático de Direito, onde as punições transfiguram-se de um viés puramente penalizador e adquirem novos ideais como, *v.g.*, prevenção, restauração e negociação. Intrínseco a isto, por óbvio, progrediram as legislações mundiais.

É indispensável comentar, ainda que brevemente, sobre o avanço da legitimação da pretensão punitiva do Estado (*ius puniendi*).

Desde os primórdios, para a manutenção e união dos agrupamentos humanos, fez-se necessária a estipulação e conservação da “ordem”, através de uma figura forte representando a vontade da maioria. Trazendo ao contexto atual, o Estado, por meio de seus representantes políticos, faz as vezes de “organizador”, mantenedor do controle da sociedade, e o faz através de seu poder punitivo. O *ius puniendi* é essa manifestação do poder de império do Estado.

Para melhor compreensão, retoma-se, brevemente, teorias do Estado proposta pelos aclamados contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau. Estes filósofos ocuparam-se de estudar, fundamentar e delimitar o poder do Estado, questionando os avanços até à estrutura Estado, a legitimidade do *ius puniendi* e modos de limitação a esse poder.

Partindo ideais iniciais sobre o estado de natureza onde os homens se encontravam em perfeita liberdade e igualdade¹³⁷, sem ignorar os conflitos, violência e insegurança também

¹³⁷ Lições apreendidas de leitura da obra *Leviatã*; HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 2004. (C. Os Pensadores)

vividos em decorrência dos instintos naturais do ser humano¹³⁸, percorrendo as concepções de contrato social, proposto por Locke, tem-se a submissão do homem ao convívio em sociedade e a necessidade de organização de forma a não prejudicar a liberdade dos demais¹³⁹ e chegando às conclusões de Hobbes¹⁴⁰, verifica-se o estabelecimento de pactos, transferindo, de forma voluntária, a terceiros o poder coercitivo, atribuindo-se força necessária para resistir *vitoriosamente* contra quem tente violar o acordo. A partir desse pacto, limitam-se as liberdades em prol da paz social; forma-se um governo para a proteção dos direitos da propriedade. A legitimação do direito estatal de punir surge a partir da regulamentação de penalidade para posturas social e moralmente não aceitas, conforme o momento histórico-social, a serem aplicadas pelo Estado com o escopo da manutenção da estrutura e organização social. Através dessa *cessão de liberdades*, com a criação da figura do Estado como mantenedor da harmonia social, com a renúncia individual do estado primitivo, o homem submetesse à regulamentação daquele ente, através de codificações, e, portanto, submete-se, também, ao seu poder-dever-direito de punir em casos de transgressões às legislações. O *jus puniendi* estatal é indelegável e intransferível.

Atuando o Direito Penal em último caso, após “falhas” nas instâncias de controle social informais, na persecução da paz social, segurança jurídica e garantia das liberdades individuais através da punição de condutas desviadas, a legitimação de seu poder punitivo alicerça-se em critérios de legalidade e aceitação social. Ambos sustentam-se com o princípio mor da superioridade dos direitos humanos sobre os demais. O *jus puniendi* do Estado deverá compatibilizar-se com os princípios constitucionais. Assim, a atuação punitiva do Estado, bem

¹³⁸ “na natureza do homem encontramos três causas principais da discórdia. Primeiro a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória”. HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.p. 108

¹³⁹ Sobre isto, afirma Locke que “sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, **ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela.** Qualquer número de homens pode fazê-lo, **porque não prejudica a liberdade dos demais;** ficam como estavam na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em construir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos”. LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Segundo tratado sobre o governo; tradução 1a parte Anuar Aiex; tradução 2a parte E. Jacy Monteiro. - 5a ed. -São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores). p.253.

¹⁴⁰ “Ora, as **inclinações dos homens são diversas e variadas, conforme a diversidade de sua constituição,** de seus costumes ou opiniões – como podemos ver naquelas coisas que aprendemos pelos sentidos, como o paladar, o tato, o odor; e são muito mais diversas ainda naquelas coisas que dizem respeito às ações comuns da vida, onde o que este elogia (isto é, chama de bom) aquele menospreza, **dizendo que é mau;** pior, muitas vezes o mesmo homem em diferentes ocasiões elogia e amesquinha a mesma coisa. E, porque o fazem os homens, necessariamente **surtem entre eles discórdia e luta.** Por isso eles estão no estado de guerra todo o tempo em que, **em razão da diversidade de seus apetites** presentes, **medem o bem e o mal por distintos padrões.** Todos os homens, enquanto vivem nesse estado, facilmente o reconhecem por mau, e por conseguinte confessam que a paz é boa”. HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.72

como sua política criminal, estão adstritos aos princípios constitucionais, próprio do Estado Democrático de Direito. Nessa toada, a ação punitiva e intervenção penal pauta-se, primeiramente, no princípio da legalidade (que será a frente definido), trazido pela Constituição da República Portuguesa em seu art. 29-1; segundo, no princípio da culpa, impossibilitando a existência de pena sem culpa.

A adequação às novas dinâmicas e anseios sociais permeiam a preocupação do legislador no momento do processo legislativo. Nisto reside a necessidade dos princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico – orientar as modificações legais surgidas em decorrência das alterações sociais sem, contudo, afastar-se do Estado Democrático de Direito. Nos escólios do professor Dr. Manuel Valente, a adequada tutela jurídica prestada pelo Estado deve considerar o pensar cultural de um povo, o pensar ontológico do ser humano e o pensar conceptual de Estado¹⁴¹

Acerca do sistema criminal português, discorre-se, de forma sintética, sobre sua estrutura.

Nos termos do artigo 32º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa estabelece o processo penal português no modelo acusatório, delegando, ao órgão ministerial, nos termos do art. 219º, nº1, da CRP/1976, o exercício da ação penal. Contudo, em virtude da postura do MP, na fase do inquérito, tem-se aí uma estrutura inquisitória¹⁴². Assim, restou entendido pelo caráter misto do sistema acusatório luso.

Na estrutura portuguesa, atribui-se à cada fase um sujeito diferente, promovendo a diferenciação entre o órgão acusador, o juiz de instrução e o juiz que julga¹⁴³. Germano Marques, discorrendo sobre essa divisão, argumenta que cabe à acusação a delimitação do objeto do processo, concernindo ao juiz uma postura passiva (*ne procedat iudex ex officio*) quanto às situações de fato¹⁴⁴. Esse novo modelo estrutural instaurado pelo Código de Processo Penal Português de 1987, conciliou a prestação da proteção aos direitos individuais e a busca pela verdade real.

Ultrapassando o contexto histórico do Ministério Público¹⁴⁵, por divagar do presente estudo, o referido órgão, na estrutura portuguesa, integra a magistratura, consoante capítulo V, da CRFP, com autonomia própria, com competência para “representar o Estado e defender os

¹⁴¹ VALENTE, Manuel Guedes - O(s) saber(es) e a formação como nómos de afirmação dos modelos constitucionais de polícia. REVISTA BRASILEIRA DE SEGURANÇA PÚBLICA, Ano: 2015 | Volume: 9 | Número: 1, ISSN: 19811659. p.46.

¹⁴² Anabela Miranda Rodrigues, “A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português”, in **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares**, Coimbra Editora, 943- 944

¹⁴³ CANOTILHO, J.J, Gomes; MOREIRA, Vital . **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 32º, p. 522

¹⁴⁴ “Em busca de um espaço de consenso em processo penal”, in **Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso**, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2002, p. 700.

¹⁴⁵ Parecer n.º 8/82. In Pareceres da Comissão Constitucional. 19.º Volume. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1984, p. 17. Há a separação entre duas magistraturas quando nos termos do n.º 1 do art.º 75.º do EMP : “a magistratura do Ministério Público é paralela à magistratura judicial e dela independente”

interesses que a lei determinar, bem como (...) participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática, [e ainda] goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei”¹⁴⁶. Nota-se a dupla atuação do órgão ministerial: perseguidor penal ou defensor das minorias. Verifica-se, também, a vinculação ao princípio da legalidade e objetividade, como será discorrido.

O Professor Valente, ainda sobre a atuação do MP, ensina que a “ a ação (excecional repressiva) do Ministério Público (...) não se esgota na ideia de execução de uma política criminal célere despida de direitos, liberdades e garantias processuais, nem se afigura constitucionalmente admitida como ação em absoluto repressiva”¹⁴⁷.

No exercício de suas funções típicas, o Ministério Público possui o poder-dever de exercer a ação penal (detentor do *ius actionis e ius puniendi*), provocando o juiz para obter um decisão no sentido da atuação punitiva do Estado.¹⁴⁸ Ademais, cabe ao órgão ministerial a atuação em fase de inquérito (ou investigação), assistido pelo Órgão de Polícia Criminal, consoante disposto no art. 263º, nº 1 e 2, do Código de Processo Penal Português. Referida fase, em decorrência desse processo investigativo, tem-se um caráter inquisitório, com respeito aos *principios da legalidade e aos direitos do arguido*¹⁴⁹

No concerne à investigação criminal como parte da ação penal, Valente pontua que “a ação penal, engloba aquela, ou seja, a investigação criminal encontra-se e existe – só é possível existir – dentro da ação penal e não fora desta”. Conforme o autor, não se separa os dois procedimentos pelo risco “de pensarmos que existe investigação criminal fora da ação penal, i. e., fora da direção e dependência funcional do MP, imposta pelo art. 263.º do CPP, fora do inquérito ou desjudiciarizada e, conseqüentemente, desjurisdicionalizada.” Acrescenta, ainda, que optar por tal forma “[...] pode[ria] dar voz aos que defendem a policialização da investigação criminal, cuja polícia actua sem controlo e fiscalização das AJ, e, [...] a sua conseqüente desjudiciarização e desjurisdicionalização, diminuindo a proteção dos direitos, das liberdades e das garantias fundamentais processuais do cidadão”¹⁵⁰

Já o OPC (órgão de Polícia Criminal) possui atuação em questões cautelares *puras* e de polícia, na fase de inquérito. O termo *puras* refere-se aos atos de atribuição do MP, visto sua

¹⁴⁶ Conforme n.ºs 1 e 2 do art.º 219.º da CRP, art.º 1.º da Lei n.º 47/86 de 15 de outubro a qual aprovou o EMP e n.º 1 do art.º 3.º da Lei n.º 62/2013 que aprovou a LOSJ.

¹⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano. Lisboa: UCE, 2013, p. 37.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Maria Cândida de – A Ação penal catapulta da segurança interna. *In: I Colóquio de Segurança Interna*. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 177.

¹⁴⁹ Arts. 262º, nº 1 e 263º, nº 1, Código Processo Penal Português.

¹⁵⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano**. Lisboa: UCE, 2013., p. 271

dependência funcional e orientativa ao ministério. Cumpre ao referido órgão auxiliar as autoridades judiciárias nas investigações criminais. Por fugir ao objeto de estudo, não se pretende aqui discorrer sobre as divisões da “Polícia” portuguesa, mas somente comentar sobre aquilo em que difere do Ministério Público brasileiro.

Seguindo, tem-se a instrução, delegada ao Juiz de Instrução Criminal (JIC)¹⁵¹. O r. sujeito processual pode atuar na fase de inquérito naquilo que diga respeito aos direitos fundamentais individuais, autorizando ou praticando atos.^{152 153}

A atuação que se segue, findo o fase do inquérito, é do órgão ministerial a analisar todo o arcabouço probatório obtido para, então, pela decidir pela acusação ou arquivamento¹⁵⁴ (ressalve-se, aqui, os casos de procedimento dependente de acusação particular – consoante já discorrido – cuja instrução deverá o arguido requerer; e, quando não depender¹⁵⁵, poderá requerida pelo assistente – aplicável em crimes de corrupção, tráfico de influências, prevaricação, crimes contra a paz e a humanidade e afins)¹⁵⁶. A fase do JIC, nos termos do art. 340º, 1 a), CPPP, inicia-se com a produção probatória de declarações do arguido. Para a fase seguinte, relativa ao julgamento, deverá o Juiz, com supedâneo no princípio da livre apreciação da prova¹⁵⁷, fundamentar a sentença com todos os elementos adequados que permitam ao tribunal construir sua convicção.

Percorridas as questões inaugurais acerca do cenário do sistema de justiça criminal português, sua estruturação e os principais atores e sujeitos envolvidos, perfaz seguir no estudo de seus princípios basilares. Tal análise será realizada comparando-se a incidência dos referidos princípios nos discursos e críticas em relação à aplicação do instituto da Colaboração/Delação premiada no panorama português.

O Dr. Valente citando Figueiredo Dias, que, por sua vez, remeteu à Henkel, concluiu que, em verdade, o direito processual penal nada mais é o que o direito constitucional aplicado: “os fundamentos do direito processual penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais deve ser conformada

¹⁵¹ Tem-se, aqui, a justificativa dos poderes investigativos do juiz, a partir do Princípio da Livre Imediação da Prova, contemplado no artigo 127, do Código de Processo Penal Português e a necessidade da prova ser examinada perante o tribunal – Princípio da imediação, art. 355º, CPPP.

¹⁵² Artigo 2º nº 45 da Lei nº 43/86, de 26-09, e artigos 268º e 269º do Código de Processo Penal Português. Disponível em < <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-50559775>> . Acesso em 15 fevereiro 2022.

¹⁵³ Tais medidas dependem do preenchimento dos requisitos do art. 204º, CPPP. A exemplo de tais medidas: obrigação de permanência na habitação (art. 201º, CPPP), proibição e imposição de conduta (Art. 200º, CPP) e prisão preventiva (art. 202º, CPP).

¹⁵⁴ Retirado a o controle da ação penal, ficando determinado, através do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18/03/2009, Processo 1856/08.4PBMTS, que não seria cabível ao juiz [de instrução] “controlar o exercício da ação penal (quer por não ser superior hierárquico do MP, quer por a sua ação não ser a de juiz/investigador)”. Disponível em < <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/A7EDDEAF9B57E70880257584003F9C33>> Acesso em 15 fevereiro 2022.

¹⁵⁵ Remissão ao princípio da oficialidade preconizado pelos artigos 221º da Constituição da República Portuguesa e 48º ss. do Código de Processo Penal Português.

¹⁵⁶ Artigo 68º, e), Código Penal Português.

¹⁵⁷ Art. 205º, 1, CRP e art. 95º, 7, CPPP

jurídico-constitucionalmente”¹⁵⁸

Dentre os princípios estruturantes do processo penal português, especificamente aos que importam à Colaboração/Delação premiada (tão combatidas no Direito Português), iniciam-se as notas introdutórias sobre os Princípios da Legalidade e da Oportunidade.

Consoante disposição do artigo 2º do Código de Processo Penal Português, o processo penal sujeita-se ao Princípio da Legalidade, princípio dominante no ordenamento jurídico português, vez que tanto a aplicação de penalidade quanto as formas de obtenção probatória são definidas por lei¹⁵⁹. Ademais, há obrigatoriedade ao MP, fundada em dispositivo legal, em promover o impulso processual, com exceção nos casos dos crimes previstos nos art. 53º, 262º, nº2 e 383º, do CPPP, não ficando tal atribuição sujeita a discricionariedade¹⁶⁰. É dizer que deve a magistratura ministerial exercer suas atribuições pautada em critérios de legalidade e objetividade, sendo-lhe imposto o exercício de seus poderes legais. Quanto ao objeto do processo penal, resta indisponível, afastando-se a possibilidade de desistência da ação e as soluções de diversão. Ademais, em questões probatórias, deve o sistema processual penal sujeitar-se ao princípio em comento, permitindo a utilização de todos os meios investigativos, independentemente de não estarem enumerado no digesto legal, que não estejam proibidos, devendo o órgão ministerial, acima de tudo, respeitar a pessoa humana como sujeito de direitos fundamentais.

Em uma outra perspectiva consagrada na doutrina luso, há aberturas para *soluções de oportunidade*.¹⁶¹ Nos escólios de Germano Marques, o princípio deve ser entendido como uma “legalidade aberta a algumas soluções de oportunidade” pois permitem “realizar melhor os fins do próprio direito penal, «um direito penal virado para as coisas humanas, para este mundo, para esta secular viti, para esta sociedade secular e não para qualquer sociedade transcendente”¹⁶²

Na contramão do conteúdo deste, o *Princípio da Oportunidade* refere-se à autonomia que o órgão ministerial quanto à deflagração dos procedimentos investigativos e acusativo. Ainda que esteja diante de todas as condições para a propositura da acusação, cabe ao entendimento

¹⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. *apud* OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015., p. 37.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, João Miranda Alves de. **A Delação Premiada no Sistema Jurídico Português**. Lisboa. 2018. 76 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40482/1/ulfd140315_tese.pdf>. Acesso em: 06 fev 2022

¹⁶⁰ SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal II**. 5ª ed. Lisboa, Portugal: Babel. 2011, p. 199.

¹⁶¹ MATOS, Malfada. **O Direito Premial no combate ao crime de Corrupção**. Lisboa. 2013. 49 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16884/1/Trabalho%20Final%20de%20Mestrado.pdf>>. Acesso em: 06 fev 2022.

¹⁶² SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal**, Verbo, 6ª Edição, 2010. p. 90-91

do MP evitar ou oferecer *soluções de consenso*, como a suspensão provisória do processo, a mediação penal e o processo sumaríssimo, consoante será minuciosamente discorrido adiante. Nas palavras de Fernando Torrão, seria “flexibilizar a actuação do Ministério Público, atribuindo-lhe uma margem de manobra que permita *um adequado cumprimento dos desígnios que o sistema jurídico-legal se propõe alcançar*. Encontra-se, pois, vinculado a determinados fins que devem ser correctamente interpretados para que possam ser prosseguidos”¹⁶³

Para o Professor Doutor Manuel Valente¹⁶⁴, não há antagonismo entre os princípios visto que “não afasta e nem aniquila a verificação do princípio da legalidade e, ainda, se pode afirmar que é uma das formas de concretizar o fundamento teleológico da lei”, como “princípio inerente à prossecução da atividade judicial criminal”¹⁶⁵. O r. princípio, para aqueles que defendem a delação/colaboração premiada, mostra-se de suma importância ao permitir a solução de um conflito jurídico-penal sem seguir os padrões de um processo “normal” na justiça penal, superando entraves que tornam moroso o processo, tais como, v.g. questões de investigação (ou até falta de meios de realizá-la) e estrutura humana deficitária para promover justiça em tempo útil. Para além, propicia a condenação de maior número de envolvidos em determinados crimes – vale lembrar que o avanço tecnológico tem permitido crimes mais “sofisticados”, sutis, encobertos, que, muitas vezes, acabam por “passarem despercebidos” aos métodos de investigação utilizados pelo Estado.

Malgrado tenha sido tão combatido no ordenamento jurídico-penal português, limitando-o aos casos de dispensa de pena, suspensão provisória e do processo sumaríssimo, com as novas posturas de combate ao crime organizado e à criminalidade econômica-financeira adotadas pelo Governo Português (ENCC), consoante será discorrido abaixo, tem-se uma ampliação dos espaços de consenso a novas modalidades criminosas inicialmente não previstas pela legislação.

Diante desse cenário, com certo otimismo, faz-se projeções de que o Sistema de Justiça Português, em um futuro próximo, após a verificação de êxito na justiça negocial e premial, adote o instituto da delação premiada, ainda que não nos moldes brasileiros, assegurando maior combate aos crimes globalizados (como corrupção e o crime organizado) e promovendo, em tempo adequado, a resposta punitiva, pois que “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”¹⁶⁶

Por fim, vale discorrer, brevemente por não constituir objeto da presente investigação, com o intuito de demonstrar a evolução dos espaços de consenso e a influência da justiça

¹⁶³ TORRÃO, Fernando. O princípio da oportunidade no processo penal português, *In Lusíada Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, Universidade Lusíada do Porto, nºs 1 e 2, 1999, pág. 51 – 56

¹⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina. 2012. p. 196-197.

¹⁶⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina. 2012. p. 196-197.

¹⁶⁶ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, 1921.

negocial, sobre a novel Diretiva de Proteção de Denunciantes (2019/1937), cujo prazo para os Estado-Membros da UE concluírem a incorporação/transposição para suas legislações internas findou em 17 de dezembro de 2021. Mas sobre o que versa tal regramento?

Essa Diretiva ¹⁶⁷estabeleceu o regime geral de proteção de denunciante, referente à proteção das pessoas que denunciarem violações do direito da União. Seu conteúdo prevê três formas para efetuar a denúncia (denúncia interna, denúncia externa e divulgação pública), sobre violações em quase todas as áreas de atribuição da União: ambiente, consumidor, saúde pública, contratação pública, segurança dos transportes, segurança dos produtos ou privacidade e proteção de dados.

Ademais, veio estabelecer prazos razoáveis (3 meses) para cientificar o denunciante acerca da resolução da violação objeto da denúncia, bem como garantir a confidencialidade do denunciante e fixar medidas protetivas, como proteção contra retaliação, irrenunciabilidade de direitos e vias recursais.

Observa-se que, de certa forma, assemelha-se ao instituto da colaboração premiada, diferenciando-se quanto a inexistência de punição ao agente que “delata”. O denunciante busca o Estado para denunciar condutas sabidas (ou supostamente) criminosas/ilegais. Em troca, recebe a proteção para que possa relatar o que sabe. Não se barganha uma isenção ou minoração de pena, tampouco uma suspensão processual. Não há culpa do agente denunciante, mas apenas um incentivo, garantindo sua integridade, confidencialidade (protegendo, inclusive, familiares de represálias), para que sejam relatados ilícitos tanto na conduta da Administração Pública quanto em empresas privadas. Aqui, para implementação de tais medidas, dando eficácia a r. Diretiva, o Ministério da Justiça, ainda em 2021, finalizou proposta para a transposição da Diretiva (UE) 2019/1937, protegendo aquele que, *de boa-fé*, compartilha, com os órgãos adequados à investigação, informações sobre infrações previstas na Diretiva, obtidas em virtude de seu contexto profissional¹⁶⁸.

Com a mesma intenção de combate às transgressões penais a partir da obtenção de informações por meio de denunciante, o Governo Português lançou para consulta pública, em 2019, a Estratégia Nacional de Combate à corrupção 2020-2024¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Diretiva nº 2019/1937 – Um passo em Direção à Delação Premiada Europeia? Disponível em <<https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Diretiva-n-20191937-ndash-Um-Passo-em-Direcao-Delacao-Premiada-EuropeiaN/6833/>>. Acesso em 07 fev 2022.

¹⁶⁸ Criação do estatuto do denunciante. Disponível em <<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=criacao-do-estatuto-do-denunciante>>. Acesso em 07 fev 2022.

¹⁶⁹ VILELA, Alexandra. Directiva UE 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União e a Estratégia Nacional de Combate à corrupção : inquietações a propósito do designado direito premial no âmbito do Direito Penal. **Revista de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa**. v. 14 n. 1 (2020): ULP Law Review/Revista de Direito da ULP. Disponível em <<https://recil.ensinolusofona.pt/handle/10437/11713?mode=full>>. Acesso em 07 fev 2022.

Referido plano, reafirmando a intervenção penal somente em *última ratio* e assumindo a insuficiência do Estado tanto na prevenção dos eventos corruptivos, bem como as dificuldade na investigação de crimes dessa modalidade, trouxe questões do direito premial, como *o regime de atenuação e dispensa de pena, otimização dos efeitos da confissão integral e sem reservas e a responsabilidade das pessoas coletivas*¹⁷⁰. A ENCC ainda dispõe sobre as formalidades em caso de dispensa de pena: a dispensa requer a denúncia completa antes da instauração do procedimento criminal¹⁷¹ - faz-se uma observação, neste ponto, com a semelhança ao instituto da colaboração premiada brasileira; a utilização da suspensão provisória do processo, com utilização na fase de instrução, para crimes de corrupção passiva e recebimento/oferta indevidos de vantagem¹⁷². Enfim, verifica-se a expansão do direito premial com finalidade do combate aos crimes de corrupção, em solo português, admitindo-se a incapacidade do Estado em prevenir a ocorrência de tais crimes, as dificuldades enfrentadas na fase de investigação, assim como a morosidade de mega processos de corrupção¹⁷³

3.2 Noções Gerais sobre os espaços de consenso

Paradigma para o presente trabalho, a legislação portuguesa e seus espaços de consenso no Direito Penal merecem capítulo específico, especialmente pela nítida ligação histórica que nutre com o Brasil. Nesse ambiente, não obstante esteja este último na América Latina, um tanto quanto distante dos solos portugueses, a matriz dogmática é sobretudo semelhante, o que faz do presente capítulo passo decisivo para a análise posterior da justiça penal negocial “à brasileira”, exclusivamente no que diz respeito aos espaços de negociabilidade introduzidos pela Colaboração Premiada, principalmente porque os institutos consensuais portugueses, como bem assevera Rosimeire Ventura Leite, serviram de inspiração para o modelo brasileiro.¹⁷⁴

Com efeito, é inegável que a legislação processual portuguesa tenha passado por importante reforma com o advento do Código de 1987 (Decreto –Lei n.º 78, de 17 de fevereiro),

¹⁷⁰ Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024. Disponível em <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDaxMQAAAnRDZFAUAAAA%3d>>; acesso em 07 fev 2022.

¹⁷¹ Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024. Disponível em <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDaxMQAAAnRDZFAUAAAA%3d>>; acesso em 07 fev 2022. p 53

¹⁷² Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024. Disponível em <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDaxMQAAAnRDZFAUAAAA%3d>>; acesso em 07 fev 2022. p 54

¹⁷³ Vide os entraves mencionados nesta pesquisa encontrados em casos concretos como as condenações no caso BES (Ricardo Salgado e Amílcar Pires) <<https://www.dn.pt/portugal/bes-salgado-e-amilcar-pires-acusam-bdp-de-ter-usado-delacao-premiada-em-processo-que-os-visou-9006696.html>> e <<https://eco.sapo.pt/2020/12/28/do-pacote-anticorruptao-luanda-leaks-caso-bes-ate-a-suspensao-de-mexia-veja-o-que-marcou-a-justica-em-2020/>>

¹⁷⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 4.

tendo como influência a experiência vivida por outros países de Europa, bem como pela atuação do Conselho Europeu. A propósito, como pondera Rosimeire Ventura Leite, incorporando tendências de política criminal, foram adotadas soluções que se fundam na justiça consensual e no princípio da oportunidade, enfatizando-se a distinção entre a pequena e média criminalidade.¹⁷⁵

Nesse mesmo contexto, Flávio da Silva Andrade destaca que está em vigor, hoje, o Código de Processo Penal de 1987, aprovado por meio do Decreto-Lei n.º 78, de 17 de fevereiro. Referido código foi o sucessor do de 1929 e, adotando as tendências de outros países, inseriu espaços de consenso no direito processual penal, notadamente no tocante à pequena criminalidade.¹⁷⁶

De acordo com Nereu José Giacomolli¹⁷⁷, o aprimoramento dessa legislação pautou-se na celeridade e eficiência em alcançar os fins jurídicos, com *resposta pronta e segura, como garantia do acusado*, abordada pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, combatendo a *estigmatização do processado*.

Deveras, pautado no critério da diversão, o legislador português buscou contemplar, através da introdução dos mecanismos de consenso, os ideais de efetividade e de eficiência no funcionamento da justiça criminal, tendência essa que foi confirmada pela reforma processual penal operada no ano de 2007, pela Lei 48, de 29 de agosto.

Nessa mesma direção, preleciona Rodrigo da Silva Brandalise que a eficiência tornou-se, pelo legislador português, ponto basilar para *o exercício do poder estatal* alterando para uma forma limitada e proporcional de *perseguição* no processo penal. Restou inserta a desjudicialização ou judicial diversion ao agregar discussões acerca do *objeto do processo penal ao acordo entre partes*¹⁷⁸.

Pode-se verificar, assim, que, segundo esse “projeto político ainda mais ambicioso de desjudicialização ou de diversão judicial (judicial diversion) e não apenas da funcionalização acrescida do sistema”¹⁷⁹, o Código de Processo Penal Português adotou dois caminhos para a solução de um caso penal, definindo, por um lado, uma área contenciosa (processo sumário, abreviado e comum) e, por outro, um espaço de consenso, que pode viabilizar-se por meio do arquivamento ou do processo sumaríssimo, desde que presentes, nestas últimas hipóteses,

¹⁷⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 109.

¹⁷⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 141.

¹⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 280.

¹⁷⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 106.

¹⁷⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 106.

indícios suficientes de ocorrência do delito, bem assim da autoria.

O processo penal português, portanto, possui mecanismos de consenso, a seguir trabalhados, que vão, desde de a pequena criminalidade, até a média e grave, a saber:

3.3 Suspensão Provisória do Processo

Prevista nos artigos 281 e 282, do Código de Processo Penal Português, a suspensão provisória do processo é verdadeiro mecanismo de consenso entre as partes – Ministério Público e acusado – que, uma vez homologado pelo juiz, acarreta o sobrestamento do processo, por um determinado período de tempo, desde que preenchidas as exigências previstas em lei.

Na esteira de Manuel da Costa Andrade, trata-se, a suspensão provisória do processo, de uma figura de cariz acentuadamente processual, orientada para a concretização do programa de despenalização processual e de diversão com a nítida ressocialização do delincente.¹⁸⁰ Observe-se que até 2007, referido instituto abrangia somente aqueles crimes cuja pena máxima não fosse superior a três anos, realidade modificada com o advento da reforma que se operou no mesmo ano, a qual ampliou a possibilidade de suspensão provisória do processo para crimes com pena máxima até 5 (cinco) anos ou pena diversa da pena de prisão.

O artigo 281 do Código de Processo Penal Português bem explicita os requisitos que devem ser preenchidos para que o acusado possa ter direito à medida de despenalização processual, como a concordância do arguido e do assistente, inexistência de condenação anterior pelo mesmo crime bem como não aplicação anterior de suspensão provisória do processo, grau de culpa em patamar inferior (não elevado), cumprimento de regras de conduta suficientes à prevenção (indenização do lesado, residir em local determinado, não exercer determinada profissão ou frequentar certos lugares, entregar ao Estado quantia certa ou prestação de serviço de interesse público) entre outros.

Da leitura do referido artigo, conjugado coma lições de Nereu Giacomolli, além da abreviação processual, a suspensão provisória do processo pretende humanizar a intervenção jurisdicional através da reparação da vítima, da reabilitação e da reinserção social do autor do fato, bem como busca evitar a estigmatização do comparecimento e do acompanhamento da audiência, antecipando um provável resultado final, dentro de denominada margem de consenso, própria das infrações penais de pequeno potencial ofensivo, nas quais como regra o

¹⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. **Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 319-358.

autor do fato não rompeu os laços com a sociedade.¹⁸¹

Na linha do apontado no capítulo dedicado às críticas à justiça negocial, percebe-se que, aqui, há inequívoca vulneração ao princípio da presunção de inocência, bem como o caráter utilitarista do processo penal, notadamente porque funciona como uma espécie de “antecipação do tratamento jurídico criminal, que dispensa uma atividade processual que poderia vir a ter custos elevados, nos casos em que, presumivelmente, seria aplicada na sentença suspensão da execução da pena”.¹⁸²

Destaca-se que existe uma presunção de condenação e, portanto, de culpabilidade, visto que o instituto se aplica “nos casos em que, *presumivelmente*, seria aplicada na sentença suspensão da execução da pena”.¹⁸³ Destarte, afora todos os elementos positivos evidenciados, não há como negar-se uma ausência de sintonia entre consenso no processo penal e observância irrestrita aos corolários básicos do devido processo legal.

3.4 Procedimento Sumaríssimo

Diferentemente da suspensão provisória do processo, tem-se que o consenso é acolhido no chamado processo sumaríssimo, procedimento especial destinado à pequena criminalidade e previsto nos arts. 392-398, do Código de Processo Penal¹⁸⁴ e, conforme a exposição de motivos deste diploma, trata-se de “forma especial de processo destinado ao controle da pequena criminalidade em termos de eficácia e celeridade”.

Na esteira de Flávio da Silva Andrade, tal procedimento se assemelha ao *patteggiamento* italiano, bem como à *conformidad*, específica do direito processual penal espanhol, ambos trabalhados em capítulos passados.¹⁸⁵ Em que pese, atualmente, o procedimento seja previsto para crimes com pena não superior a 5 (cinco) anos de prisão ou só com pena de multa, em sua versão original, de 1987, o diploma processual lusitano o permitia apenas para as infrações com pena máxima de 6 (seis) meses de prisão, ainda que com multa, ou só com pena de multa – o que justificava a incidência sobre os delitos de pequena gravidade, mencionado na exposição de motivos do diploma processual penal português.

¹⁸¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 284.

¹⁸² Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Monitorização da reforma penal: primeiro relatório semestral. Coimbra, 2008. p. 71-72. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal.pdf. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸³ Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Monitorização da reforma penal: primeiro relatório semestral. Coimbra, 2008. p. 71-72. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal.pdf. Acesso em 28 de maio de 2019.

¹⁸⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 110.

¹⁸⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019. p. 147.

Nada obstante, tem-se que a Lei n.º 59, de 1998, ampliou a margem de consenso para alcançar os casos de crimes com penas não superiores a 3 (três) anos de restritiva de liberdade ou, ainda, com penas de multa. Essa ampliação, observa Flávio da Silva Andrade, havia sido proposta, em doutrina, por Anabela Miranda Rodrigues.¹⁸⁶ Passada quase uma década, em 2007, por meio de nova reforma, levada a cabo por meio da Lei 48, concedeu-se maior abrangência ao consenso no processo penal, permitindo-se tramitar pelo rito sumaríssimo os crimes com pena de prisão não excedente a 5 (cinco) anos.

Nesse rito, formulada a acusação e com o reconhecimento do arguido, torna-se despicienda a realização de audiência de instrução e julgamento, visto que a sanção a ser aplicada “nasce” de um consenso entre os sujeitos processuais, sendo que o acordo deve, necessariamente, ser obtido mediante o comparecimento do arguido em juízo.¹⁸⁷

Com efeito, trata-se de verdadeiro consenso sobre a pena, na medida em que, não havendo oposição do arguido, agiliza-se a prestação da jurisdicional com a eliminação da fase instrutória, do julgamento, bem como do prazo para o trânsito em julgado.¹⁸⁸ De se ver, no entanto, na esteira de Rodrigo Brandalise, que a celebração do acordo mostra-se possível somente em casos onde a pena máxima abstrata não seja superior a 5 anos, assim como não ser cabível pena ou medida de segurança privativa de liberdade.

De mais a mais, conquanto o procedimento sumaríssimo tenha por pressuposto o reconhecimento prévio de culpabilidade, não há, nesse rito, uma causa de diminuição da pena decorrente da confissão, daí porque, embora se aproxime da *guilty plea* do direito americano, o mecanismo consensual em estudo tem características próprias e salutares, a saber: a) aplica-se a casos de crimes poucos graves; b) não é possível a negociação sobre o objeto do processo, ou seja, não admite o *plea bargaining* americano, que normalmente não precede a *guilty*; e c) não permite a concessão de benefício ou prêmio penal que possa atrair arguidos inocentes e que temem utilizar o direito de oposição.¹⁸⁹

Ora, se não se permite a concessão de benefício ou prêmio penal que possa atrair arguidos inocentes e que temem utilizar o direito de oposição é porque o rito pressupõe, *mesmo sem a realização de uma instrução em contraditório*, ser o arguido culpado e, por isso, para ele, é mais interessante o consenso do que o processo. De toda forma, assim como dito noutra ocasião, existe uma presunção de condenação e, portanto, de culpabilidade, razão pela qual, afora todos os elementos positivos evidenciados, não há como negar-se uma ausência de sintonia entre

¹⁸⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 147.

¹⁸⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 117.

¹⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 287.

¹⁸⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 149-150.

consenso no processo penal e observância irrestrita aos corolários básicos do devido processo legal.

Outrossim, impõe-se consignar que, nele, *não é admitida a intervenção de partes civis*, o que impossibilita a participação da vítima no processo, devendo a ação reparatória ser buscada em seara específica, de forma apartada.¹⁹⁰

A encerrar o estudo do procedimento sumaríssimo, deve-se destacar que estudo realizado pelo Observatório Permanente Da Justiça Portuguesa, em 2002, indicava a baixa utilização do processo sumaríssimo, de 0,7%, o que frustrava as expectativas anunciadas no preâmbulo do Código de 1987, quanto à utilidade desse instrumento para desafogar os tribunais. Nada obstante, mesmo sendo um estudo de 2002, a pouca aplicação do rito ainda é evidente, porque, mesmo com a reforma processual, ocorrida em 2007 – a qual modificou basicamente os limites de pena para o enquadramento no rito sumaríssimo, ampliando de 3 para 5 anos – ainda persistiram as falhas administrativas que contribuíram para a “inaplicabilidade” do procedimento em questão.¹⁹¹

3.5 Da mediação penal em adultos

Também tida como meio alternativo ao processo contencioso ou conflitivo, a mediação penal de adultos rege-se pelas noções de (a) consentimento informado, que vem a ser a vontade livre e esclarecida dos envolvidos em dela participar; b) confidencialidade, sendo que tudo o que discutido na mediação não pode ser utilizado posteriormente em caso de ausência de êxito de conciliação; c) informalidade, tendo em vista que, internamente, a mediação não obedece a uma forma preestabelecida; e, por fim, d) pessoalidade, porquanto é imprescindível a participação pessoal dos envolvidos para a sua efetivação.¹⁹²

Traço distintivo dos meios consensuais já abordados, a mediação penal de adultos fica reservada àqueles crimes cujo processo penal depende de queixa ou de acusação particular do ofendido, sobretudo quando versarem contra crimes contra a pessoa ou patrimônio.¹⁹³

Com efeito, de acordo com Josefina García García-Cervigón, entre as medidas

¹⁹⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 112.

¹⁹¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 112-113.

¹⁹² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 131.

¹⁹³ No direito brasileiro, por exemplo, os crimes patrimoniais, em regra, são de ação penal pública incondicionada, de modo que, verificadas provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, deve o ministério público oferecer a denúncia, até mesmo por força do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal no direito brasileiro.

alternativas de resolução de conflitos, a mediação penal em adultos ocupa posição de destaque. Com a *Decisión Marxo del Consejo de la Unión Europea (2001/220/JAI)*, em 2001, tem-se um marco histórico, ao estabelecer que os Estado-membros alterem suas legislações internas incluindo o referido instituto. Portugal finalizou a incorporação, através da Lei nº 21, de 12 de junho de 2007 e seu posterior regulamentação de 23 de janeiro de 2008, sendo o último Estado da UE a integrar a mediação penal de adultos.¹⁹⁴. Referida legislação, a propósito, em seus artigos 2º e 4º¹⁹⁵, bem demonstra as características e âmbito de aplicação do instituto,

¹⁹⁴ GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina García. **La mediación penal de Adultos en Portugal**: a propósito de la recensión del libro de André Lamas Leite, A Mediação Penal de Adultos, um novo “paradigma” de justiça? (Análise Crítica da lei nº 21/2007, de 12 de junho) *in*: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-r4, p. r4:1-r4:6 – ISSN 1695-0194.

¹⁹⁵ Artigo 2.º

Âmbito

1 - A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular.

2 - A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património.

3 - Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos:

- a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos;
- b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual;
- c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência;
- d) O ofendido seja menor de 16 anos;
- e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.

4 - Nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar do ofendido.

5 - Nos casos referidos no número anterior, as referências efectuadas na presente lei ao ofendido devem ter-se por efectuadas ao queixoso.

Artigo 3.º

Remessa do processo para mediação

1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo.

2 - Se o ofendido e o arguido requererem a mediação, nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, o Ministério Público designa um mediador nos termos do número anterior, independentemente da verificação dos requisitos aí previstos.

3 - Nos casos previstos nos números anteriores, o arguido e o ofendido são notificados de que o processo foi remetido para mediação, de acordo com modelo aprovado por portaria do Ministro da Justiça.

4 - Quando razões excepcionais o justificarem, nomeadamente em função da inserção comunitária ou ambiente cultural do arguido e ofendido, o mediador pode transferir o processo para outro mediador que reputa mais indicado para a condução da mediação, disso dando conhecimento, fundamentadamente, por meios electrónicos, ao Ministério Público e ao organismo referido no artigo 13.º

5 - O mediador contacta o arguido e o ofendido para obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação, informando-os dos seus direitos e deveres e da natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação, e verifica se aqueles reúnem condições para participar no processo de mediação.

6 - Caso não obtenha consentimento ou verifique que o arguido ou o ofendido não reúne condições para a participação na mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

7 - Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação.

Artigo 4.º

Processo de mediação

1 - A mediação é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social.

condicionando as formas de aplicação, cabimento e procedimentos quando da sua realização.

Consoante se extrai do artigo 3, item 1, a remessa do processo para mediação dar-se-á, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir.

No tocante ao conteúdo do acordo, Flávio da Silva Andrade observa que caberá às partes decidir, contudo, vedado sanções privativas de liberdade, que ofendam a dignidade ou que se prolongue por mais de 06 meses.¹⁹⁶

Observe-se, à guisa de conclusão, que na mediação penal de adultos não há intervenção judicial – o que redundaria, por exemplo, em solo brasileiro, em violação ao princípio da judicialidade –, sendo que cabe ao Ministério Público averiguar se o acordo está em consonância com a lei e, em caso positivo, proceder à homologação, a qual implicará na renúncia da queixa. Por fim, destaca-se que, nesse procedimento, não é obrigatória a presença de advogado, segundo se depreende da leitura do artigo 8º, o que revela o total afastamento do poder judiciário no tocante à mediação penal entre adultos.

Em síntese, conclui-se que, aqui, além de inexistir a participação do poder judiciário, vez que a coordenação do rito fica sob a tutela do Ministério Público, dispensa-se a presença de advogado, inclusive da parte do arguido, o que revela, a mais não poder, um “indevido” processo penal

3.6 Portugal dispõe de regramento positivo sobre o consenso no processo penal, via colaboração premiada?

Feito o panorama retro acerca dos espaços de consenso no direito português, resta saber

2 - O arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação.

3 - Quando se revista de utilidade para a boa resolução do conflito podem ser chamados a intervir na mediação outros interessados, nomeadamente eventuais responsáveis civis e lesados.

4 - O disposto no n.º 2 é aplicável, com as necessárias adaptações, à participação na mediação de eventuais responsáveis civis e lesados.

5 - O teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo judicial.

Regime De Mediação Penal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis. Acesso em: 28 de maio de 2019.

¹⁹⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 154.

¹⁹⁶ Artigo 6.º - Acordo: 1 - O conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 2 - No acordo não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses. 3 - Havendo renovação de queixa nos termos do n.º 4 do artigo 5.º, o Ministério Público verifica o incumprimento do acordo, podendo, para esse fim, recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e a outras entidades administrativas.

se existe, no ordenamento jurídico lusitano, o instituto da colaboração premiada como forma de premiar aquele que colabora com as autoridades públicas encarregadas pela persecução penal. Em caso positivo, se ela se assemelha à experiência brasileira, implementada, sobretudo, após o advento da Lei 12.850/2013.

No direito português, existem dois mecanismos, sobre os quais discorrer-se-á doravante, que se assemelham à colaboração premiada “à brasileira”, mas que, em hipótese alguma, podem ser com ela confundidos, tendo em vista a peculiaridade que os cercam. De um lado, tem-se a chamada “Colaboração processual ou arrependimento” e, de outro, “a confissão integral e sem reservas”, a qual, a despeito de gerar benefícios, não chega a ser um acordo sobre a sentença, como se permite no direito brasileiro.

3.6.1 Da Colaboração processual ou arrependimento no Direito Português e suas repercussões premiais

Encontra previsão no ordenamento jurídico a chamada colaboração processual, utilizada em processo envolvendo a macrocriminalidade, conhecida também por “arrependimento”. Se os espaços de consensos alhures trabalhados destinavam-se àqueles crimes não tão gravesos, o arrependimento terá vez em processos de maior reprovabilidade.

A evidenciar o âmbito de aplicação do instituto em tela, menciona-se o Decreto-Lei 15, de 22.01.1993, que disciplina a colaboração processual nos processos referente às drogas. Na referida legislação, o legislador português, no final no artigo 31¹⁹⁷, previu uma causa de diminuição de pena em caso de “colaboração processual”, em crimes específicos (arts. 21,22 e 23) onde o agente abandone voluntariamente a atividade, afastando ou diminuindo o risco produzido por sua conduta ou, ainda, auxiliando concretamente as autoridades com provas para identificação ou captura dos responsáveis.

Veja-se que o artigo supracitado, após enumerar uma série de posturas que o agente pode empreender para ver atenuada ou mesmo extinta sua pena, emprega uma conjunção alternativa “ou”, passando a clara mensagem de que se o agente *auxiliar concretamente as autoridades na*

¹⁹⁷ Artigo 31.º

Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, *ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, *pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.*

Revê a legislação de combate à droga. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/609309/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

A toda evidência, trata-se de uma confissão delatória, a qual, em contrapartida à colaboração, viabiliza a concessão de prêmios ao colaborador, quais sejam: (i) a atenuação especial da pena; ou mesmo (ii) sua completa dispensa, o que, na prática, equivale a um “perdão judicial”.

De igual forma, a Lei 36, de 29.09.1994, estabelece uma hipótese de atenuação especial da pena quando se tratar de atividade de combate à corrupção e à criminalidade econômico-financeira.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Ademais, cite-se, por fim, a Lei 52, de 2003, que diz respeito ao combate ao terrorismo e, tal qual na Lei de combate à corrupção e à criminalidade econômico-financeira, prevê a possibilidade de a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.²⁰⁰

Para Flávio da Silva Andrade, em sua obra “Justiça Penal Consensual: controversas e desafios”, defende que o instituto da colaboração processual ou arrependimento equivale à colaboração premiada existente no ordenamento jurídico-penal brasileiro.²⁰¹

De ver-se, ademais, que, para Rodrigo Brandalise, o arguido colaborador não pode ser confundido, em hipótese alguma, com o arguido arrependido, uma vez que este é o que se arrepende da prática do fato ou desiste de sua continuidade para evitar um dano ou, conforme for, ressarce o dano causado, como nos casos do artigo 71º, n. 2, letra “e”; artigo 72º, n. 2, letra “c”, ambos do Código Penal português.²⁰² Ainda na linha do autor, a diferença se acentua na medida em que a colaboração (arguido colaborador) somente pode se dar nas hipóteses de

¹⁹⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 125.

¹⁹⁹ “Artigo 8.º

Atenuação especial

Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”.

Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Diário da República Eletrónico.

Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/609309/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

²⁰⁰ **Lei de combate ao terrorismo (em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho) - décima segunda alteração ao Código de Processo Penal e décima quarta alteração ao Código Penal.** Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/656128/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

²⁰¹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019. p. 155.

²⁰² BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 126.

processos envolvendo coletividade criminosa.²⁰³

Cabe pontuar que o critério de valoração premial em relação ao arguido colaborador e o arguido arrependido varia, haja vista que, em relação àquele, o prêmio se justifica como medida de política criminal, não tendo um conteúdo moral propriamente dito, ao passo que, neste último caso [arguido arrependido], deve haver a tolerância em relação ao sujeito que se mostra arrependido quanto ao erro e busca demonstrar conformação com os valores exigidos pela legislação e pela sociedade, em verdadeiro voto de confiança, que legitima um dos fins buscados pela legislação penal.²⁰⁴

3.6.2 Da confissão integral e sem ressalvas e a (im)possibilidade de barganha no Processo Penal Português e a proposta de Figueiredo Dias

O direito processual penal português prevê, ainda, a figura da confissão integral e sem ressalvas no processo criminal, o que não significa dizer que existe, para a confissão, uma espécie de acordo a garantir a aplicação de determinados “prêmios”. Assim, descarta-se, deste ponto de vista, a existência de barganha propriamente dita no processo penal lusitano.

Nada obstante, a doutrina é uníssona ao pontuar que a confissão integral e sem reservas possui consequências de grande relevância, sendo que a mais importante delas é a consideração de que os fatos confessados são tidos como provados, notadamente porque a confissão implica na renúncia ao direito probatório que poderia ser exercitado pelo imputado. Isso porque, nos moldes do artigo 344, n.º 2, a, do CPPP, “A confissão integral e sem reservas implica: a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados”.²⁰⁵

Na esteira de Brandalise, tem-se que “o regime da confissão é embasado na maior confiança em seu conteúdo, afastando-se da noção inquisitória que vigia anteriormente em Portugal, na qual a confissão era tida como a rainha das provas, com paradigmas semelhantes aos que ocorrem na *guilty plea* americana”.²⁰⁶

A propósito, segundo se extrai do o item número 4, do artigo 344, do CPPP, “Verificando-

²⁰³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 126.

²⁰⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 128.

²⁰⁵ Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 31 de maio de 2019.

²⁰⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 120.

se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, *o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova*". Vale dizer, com supedâneo nas palavras de Flávio da Silva Andrade, que resta intacta, nesta via, a liberdade judicial de apreciação dos fatos e aplicação pena.²⁰⁷

A respeito do instituto em tela, e demonstrando que o tribunal não fica vinculado à confissão do arguido, a jurisprudência lusitana vem reiterando²⁰⁸, desde 1999, em diversos julgados, seu posicionamento acerca da valoração desta confissão²⁰⁹.

É imprescindível destacar que a confissão, para além de não vincular o judiciário, não implica em qualquer barganha com o Ministério Público; é dizer, o arguido que confessa não tem nenhuma segurança jurídica quanto aos efeitos que sua conduta lhe causará. Portanto, "não há acordo entre as partes quanto à pena, mas dispensa da produção da prova oral com o propósito de facilitar e agilizar o desfecho da causa".²¹⁰

Em razão dessa estrutura, que não conferia muita segurança ao arguido, Figueiredo Dias, nos idos de 2011, chegou a desenhar um modelo de negociação acerca de sentenças criminais, tendo como paradigma o direito processual penal alemão, cuja experiência se deu em 2009. Na esteira do pensamento do autor, um processo penal funcionalmente orientado é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito, uma vez que este – o Estado – tem o dever de realizar a justiça de maneira rápida e eficiente, transmitindo a sociedade a confiança na funcionalidade das instituições públicas.²¹¹

²⁰⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 157.

²⁰⁸ Vide Ac. TRE de 20-06-2006; Ac. TRL de 26-04-2007; Ac. TRC de 18-04-2012. Disponível em Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 31 de maio de 2019.

²⁰⁹ A título exemplificativo, ressaltam-se dois excertos de duas decisões:

1. Ac. TRG de 7-12-2009, CJ, 2009, T5, pág.270:

I. A confissão integral e sem reservas implica não só a aceitação dos factos imputados, mas também a dimensão normativa que lhes é dada.

II. Se o arguido, embora reconhecendo os factos que integram os chamados elementos objectivos do crime, lhes contrapõe ou acrescenta outros com vista a eximir-se da responsabilidade, não faz uma confissão «sem reservas».

III. Não tendo o julgador cumprido as formalidades previstas no artº 344º, nº1 do CPP, ocorre uma nulidade que afecta a audiência, devendo ser ordenada a repetição do julgamento.

2. Ac. TRP de 15-12-1999 :

II. A confissão do arguido só é relevante em audiência quando prestada nos termos e pela forma estabelecida no artigo 344 do Código de Processo Penal, sendo que as declarações do arguido só podem ser lidas em audiência nos termos do artigo 357 do mesmo Código, pelo que, fisicamente ausente o arguido, o meio de prova da sua confissão é inadmissível e é igualmente inadmissível o meio de prova relativa às suas declarações por não ocorrerem os pressupostos do citado artigo 357 (n.1 alínea a).

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código de Processo Penal Português**. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 31 de maio de 2019.

²¹⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 157.

²¹¹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37.

Como bem pontua Marcos Ferreira Leite, para Figueiredo Dias, não seria admissível acordo sobre a questão da culpabilidade, conquanto referido autor admitisse a viabilidade de uma confissão integral e sem reservas, validada pelo Tribunal, desde que essa confissão pudesse servir para basear um acordo sobre a sentença e, com isso, fornecer segurança jurídica ao arguido.²¹²

Ainda de acordo com retrocitada proposta, o acordo poderia versar sobre os limites mínimo e máximo da sanção a ser imposta, sendo que, dentro desses limites, poderia o assistente participar, desde que a sua participação não tivesse o poder – nem a finalidade – de invalidar o acordo, sobretudo porque o lesado, a despeito de poder pronunciar-se no caso em questão, não faz seguramente parte do círculo subjetivo do acordo sobre o sentenciamento.²¹³

Outrossim, para Figueiredo Dias, o pacto poderia se dar não só na fase de julgamento, mas também no inquérito, pelo princípio do favorecimento do processo, razão pela qual poderia haver o referido acordo, o qual, no entanto, jamais e em hipótese alguma, poderia equivaler à renúncia ao direito de recorrer.²¹⁴ Deveras, extrai-se claramente que a proposta do predito autor buscava inserir o acordo sobre o sentenciamento como um verdadeiro meio de dar efetividade ao princípio do favorecimento do processo, que é o fundamento jurídico-constitucional deste novo instituto, uma vez que ambos tem justamente como finalidade criar mecanismos para que a tutela judicial seja alcançada de maneira mais célere, econômica e efetiva, sem perder de vista os princípios que regem o processo penal.²¹⁵

A bem da verdade, afastando-se do processo uma visão puramente utilitarista, calcada em finalidades eficientistas do ponto de vista *custo x benefício*, explica Rafael Serra Oliveira que “a pretensão é inserir no processo penal a possibilidade conversação e acordo sobre a sentença sem que o modelo basicamente acusatório integrado por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial seja mitigado”.²¹⁶

Com efeito, dadas as caracterizações que demonstravam os traços democráticos da proposta de Figueiredo Dias, a própria Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (por meio da recomendação n.º 01/2012) e a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra (por intermédio do memorando datado de 19/01/2012), como observa Flávio da Silva Andrade, encamparam o

²¹² MONTE, Mario Ferreira. Os limites da Justiça Penal Negociada. In: Manuel Monteiro Guedes Valente. Os desafios do direito (penal) do Século XXI. Lisboa: Legit Edições, 2018, pp. 53-79.

²¹³ MONTE, Mario Ferreira. Os limites da Justiça Penal Negociada. In: Manuel Monteiro Guedes Valente. Os desafios do direito (penal) do Século XXI. Lisboa: Legit Edições, 2018, pp. 53-79.

²¹⁴ MONTE, Mario Ferreira. Os limites da Justiça Penal Negociada. In: Manuel Monteiro Guedes Valente. Os desafios do direito (penal) do Século XXI. Lisboa: Legit Edições, 2018, pp. 53-79.

²¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 138.

²¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. p. 138.

espírito de barganha no processo penal, o qual deveria seguir os seguintes parâmetros²¹⁷: a) a confissão do arguido como pressuposto essencial do acordo, com base em mecanismo legal já existente; b) o acordo teria como supedâneo o art. 344, do Código de Processo Penal Português; c) a credibilidade da confissão (art. 344.º, 3, al. b), do CPP ficaria a cargo do Tribunal; d) o acordo não traria pena em concreto, somente os limites mínimo e máximo (O autor admite que determinadas circunstâncias poderão justificar o estabelecimento de um limite mínimo, embora tal não seja condição de validade do acordo); e) os limites das penas vinculam o tribunal, que ditará a pena a ser aplicada; f) Caso o limite máximo da pena permita, admite-se a inclusão no acordo de vinculação a determinadas penas de substituição; g) Admite-se acordo sobre sanções acessórias ou perda de bens, este último desde que não implique um juízo de perigosidade do agente. Não se admite acordo sobre medidas de segurança; h) O acordo obtido deverá constar da acta, em nome da publicidade do processo e conseqüente legitimidade da decisão; caso o acordo não seja obtido, não pode nenhum elemento do processo negocial ser tido em consideração no julgamento (proibição de prova); i) O MP, o arguido e o juiz poderão intervir no acordo; j) impossibilidade de estabelecimento de renúncia prévia ao direito de recurso; e, por fim, k) que se obtenha o acordo até o início da produção probatória, após declarações do arguido; admite-se, com cautela, a viabilidade de acordo na fase de inquérito.²¹⁸

Malgrado a proposta tenha recebido acolhida pela doutrina e Ministério Público portugueses, um dos casos em que referido modelo negocial foi adotado chegou ao Supremo Tribunal de Justiça e foi anulado, sob o argumento de que não havia amparo legal na celebração de acordos sobre sentenças, que não fosse no procedimento sumaríssimo.²¹⁹

A caminho de conclusão, destaca-se que, conquanto se admitam, em Portugal, diversos meios de soluções alternativas ao processo contencioso, por intermédio da justiça consensual, na linha de Flávio da Silva Andrade, a barganha propriamente dita – acordo sobre sentenciamento – não foi implementada em solo português, haja vista a ausência de regramento normativo específico sobre os limites e aspectos procedimentais a serem adotados pelos sujeitos processuais.

Portanto, como visto no presente capítulo, notadamente após a decisão do Supremo Tribunal de Justiça Português, que rechaçou a proposta de Figueiredo Dias e inviabilizou a “negociação sobre sentenças”, inexistente em Portugal o mecanismo legal positivado acerca da barganha no processo criminal lusitano, restando, todavia, presente, a via do consenso, que é mais limitada, mas ainda assim funciona como uma alternativa ao processo penal clássico

²¹⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 158.

²¹⁸ Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Acordos sobre a sentença em processo penal**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html. Acesso em: 04 jun. de 2019.

²¹⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 160.

**Capítulo IV – Os espaços de Consenso no Sistema de Justiça Penal
Negociada no Direito Brasileiro**

4 – A Justiça Penal Negociada no Brasil: Uma nova abordagem após o advento da Lei de Organizações Criminosas

4.1 Breves apontamentos acerca dos institutos e espaços de consenso no Direito Brasileiro tirante a Colaboração Premiada

No processo penal brasileiro, os espaços de consenso foram introduzidos, em relação à criminalidade de pequeno potencial ofensivo, nos idos de 1995, por meio da Lei 9.099, também conhecida como Lei dos Juizados Especiais, cuja criação teve expressa previsão constitucional²²⁰. O escopo da referida legislação, além de regulamentar o artigo 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dado o cenário caótico de processos existentes já àquela época, era propor meios alternativos de resolução de conflitos

Consoante observa Alexandre Ribas de Paulo, a referida legislação foi aclamada por seu êxito, ao findar inúmeras causas (cíveis), especialmente com a conciliação entre as partes, aliviando, pela celeridade, cartórios judiciais. Evidenciou-se que o consenso entre as partes era eficaz na resolução de conflitos, mostrando a acertada atitude do legislador brasileiro. Com a promulgação da Lei 9.099/1995, os princípios da informalidade e consenso foram incorporados ao âmbito do Processo Penal²²¹.

A despeito da festejada recepção, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues não deixaram de criticar o diploma normativo, uma vez que, na prática, a lei dos juizados especiais inaugurou ou reforçou uma ideologia de controle das camadas menos abastadas da população, mediante linguagem eufemística que dá novas nomes para o acusado (autor do fato), para o processo (procedimento), para a ação penal (transação) e para a pena (medida).²²² Ponderam os autores, citando Maria Lúcia Karam, que a lei entelada deu efetividade e ampliou as sanções sobre uma população de infratores que antes não recebia punição efetiva.²²³

²²⁰ 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;

²²¹ PAULO, Alexandre Ribas de. **Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919#_ftn4. Acesso em: 12 jun. 19.

²²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1185.

²²³ KARAM, Maria Lúcia. Juizados especiais criminais: a concreção antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004. p. 38. Apud: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1185.

Malgrado as críticas, fato é que a Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao instituir medidas alternativas, fez opção por uma política de desencarceração, e não despenalização, implementando, basicamente, três institutos: a composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

Na esteira de Renato Brasileiro, a composição dos danos civis e a transação penal são espécies do gênero “conciliação”.²²⁴ Aquela se refere aos danos de natureza civil e faz parte da primeira fase do procedimento. Esta última, por sua vez refere-se a um acordo celebrado entre o titular da ação penal e o suposto autor do fato delitivo, propondo-se pena diversa da privativa de liberdade²²⁵.

Afora a composição dos danos civis e a transação, a Lei 9.099/1995 prevê, ainda, em seu artigo 89²²⁶, a suspensão condicional do processo, quando o delito supostamente praticado tiver pena mínima não superior a um ano, a ser oferecida pelo órgão ministerial que, se aceita, caberá ao juiz, no recebimento da denúncia, suspender o processo e colocar o acusado ao “período de prova”, impondo condições como reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, comparecimento pessoal em juízo.

No *sursis* processual, que possui natureza de *nolo contendere*, o acusado não contesta a ação, mas também não assume a culpa, tampouco sustenta ser inocente. Por essa razão, não se confunde com os já vistos em capítulo próprio institutos do *guilty plea* nem com o *plea bargain*.

Registra-se, por fim, que, enquanto a composição civil dos danos e a transação penal só se aplicam nos crimes cuja pena máxima não suplante dois anos, a suspensão condicional do

²²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal comentada**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 530.

²²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1185

²²⁶ 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).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º 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.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos

processo, por ter como parâmetro a pena mínima, pode ser aplicada em diversos crimes com penas bem superiores, a exemplo do que ocorre com o delito de falsidade ideológica, do artigo 299, do Código Penal Brasileiro, o qual, mesmo tendo pena máxima de 5 anos, admite o *sursis*, haja em vista sua pena mínima, que é de um ano de reclusão.

4.2 Aspectos gerais acerca da nova lei de organizações criminosas no Direito Brasileiro como um marco na mudança do paradigma de Processo Penal

Realizados os apontamentos supra acerca dos espaços de consenso no direito processual brasileiro, que não se confundem com a colaboração premiada, resta agora trazer alguns relevantes aspectos desta última com o verdadeiro marco no direito brasileiro. Em que pese a colaboração premiada tenha ganhado vida somente após a edição da Lei 12.850/2013, vale trazer à colação os diplomas normativos nos quais houve a previsão o instituto no direito brasileiro.

Nessa toada, pode-se afirmar que, a partir de 1990, por meio da Lei dos Crimes Hediondos (8.072), o legislador cuidou de tratar da matéria, mais precisamente no art. 7º, que introduziu o parágrafo 4º no artigo 159, do Código Penal, estabelecendo, ali, uma minorante.²²⁷

Após a Lei dos Crimes Hediondos, referido instituto teve guarida legal nas Lei 9.034/95 (primeira lei a regulamentar as organizações criminosas, ainda que, por vacilo legislativo, não tivesse definido o conceito). No mencionado diploma – já revogado –, o legislador previu no artigo 6º que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a **colaboração espontânea** do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. (*Grifou-se*)

Ainda, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, em específico no art. 25, § 2º, inserido pela Lei nº 9.080/95, passou a prever que “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”. (*Grifou-se*)

²²⁷ Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de oito a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Note-se que, embora a Lei 7.492/86 não faça menção à expressão colaboração, fato é que a confissão tem os mesmos efeitos da *delação*, uma vez que, para obtenção dos benefícios, deve o agente revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Mencione-se, outrossim, a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas) que, em seu Capítulo II, ao cuidar da proteção aos réus colaboradores, positivou no artigo 13²²⁸, que o perdão judicial (e conseqüente extinção da punibilidade) poderá ser concedido pelo juiz, *ex officio* ou a requerimento das partes, ao acusado que tenha *efetiva e voluntariamente* colaborado com a investigação e processo criminal, e que disto resulte a identificação dos demais partícipes, localização de eventual vítima com integridade física preservada, recuperação de produto do crime.

Referida legislação, como se pode perceber, não foi econômica nos prêmios possíveis ao acusado que colabora com a investigação e o processo criminal. Em contínua evolução, em 2006, a Lei de Drogas (nº 11.343), incorporando a chamada *colaboração premiada*, passou a admitir, em seu artigo 41, a redução da penalidade se houver a colaboração voluntária para a investigação policial ou criminal²²⁹.

Deveras, a crescente na implementação do instituto que premia o criminoso colaborador foi tal que a Lei 12.683, dando nova redação ao § 5º, do art. 1º, da Lei 9.613/98 (aborda lavagem de dinheiro), possibilitou, na esteira dos demais diplomas normativos retrocitados, a redução de um a dois terços de pena, com a progressão de regime, para o autor, coautor ou partícipe que colaborar, de forma espontânea, nas apurações das infrações, fornecendo informações que auxiliem na identificação de *autores, coautores e partícipes* ou localização de bens ou valores.²³⁰

Pelo exposto, forçoso concluir que a colaboração premiada, longe de inédita, já existe no

²²⁸ 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.

²²⁹ Art. 41 - O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 08 maio 2019.

²³⁰ “Art. 1º, § 5 - 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.” BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 08 maio de 2019.

direito brasileiro há certo tempo, ainda que não contasse com a “visibilidade” que hoje possui, a qual se deu, indubitavelmente, com o advento da Lei 12.850/13.

Nesse sentido, com ressalvas, a atual lei de Organizações Criminosas é a que melhor disciplinou esse tão “famoso” meio de obtenção de prova, que é a colaboração premiada e que será estudado de forma mais detalhada no decorrer do presente tópico.

4.2.1 Conceito de Colaboração Premiada e a problemática terminológica

Para que se possa adentrar validamente no tema da colaboração premiada (ou delação?), até mesmo por lealdade intelectual, deve-se explicitar uma das primeiras divergências doutrinárias quanto à matéria, a qual diz respeito à nomenclatura adotada. Isso porque, não seria correto colocar-se um conceito supostamente pacífico, quando, na verdade, nem de longe há consenso terminológico acerca do instituto.

Mas, afinal, de qual instituto se está a falar? Delação premiada ou colaboração premiada? Qual a diferença conceitual entre as terminologias? Que nomenclatura adotou a Lei 12.850/13, objeto de abordagem do presente livro?

Num primeiro momento, poder-se-ia afirmar que não há qualquer diferença entre delação premiada e colaboração premiada. Contudo, não se afigura correto denominar sinonimamente institutos que não são iguais. Destarte, para que se possa trabalhar o tema sem brechas ou lacunas, mister apontar os principais questionamentos que envolvem a problemática.

De considerável pesquisa bibliográfica, é perceptível que há autores que entendem serem as expressões sinônimas, não havendo qualquer relevância prática na diferenciação terminológica. Nesse sentido são os escólios de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, nos quais independente de qual seja a nomenclatura utilizada “delação premiada (ou premial)”, “chamamento de corrêu”, “confissão delatária”, “extorsão premiada”, o instituto sempre configurou como objeto de estudo doutrinário.

Para os autores, não há razões para se diferenciar a delação premiada de colaboração premiada, de modo que, seguindo-se esta corrente, o conceito de delação se aplicaria, perfeitamente, ao de colaboração, sendo a recíproca igualmente verdadeira.

Na mesma trilha de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, corroborando a irrelevância prática da denominação, Gustavo de Meringhi e Rejane Alves de Arruda prelecionam que, “embora a nova lei tenha utilizado a expressão ‘colaboração premiada’, a maior parte da doutrina emprega o termo ‘delação premiada’, que podem ser considerados

sinônimos para fins didáticos”.²³¹

Em que pese a autoridade dos precitados autores, parece que razão não lhes assiste. Assim se argumenta, porque, conquanto a prática forense no mais das vezes não faça diferenciação, à academia incumbe fazê-lo. Veja-se que cada nomenclatura insinua uma situação particular, merecendo, por isso mesmo, a devida distinção.

Com efeito, delação premiada seria o ato de delatar, entregar os comparsas da empreitada criminosa, apontando-os um a um no cenário delitivo. Desse modo, parece inquestionável que delatar é, sim, uma forma de colaborar, mas nem sempre a colaboração advém de uma delação.

Perceba-se que há casos em que o agente criminoso, conquanto forneça informações às autoridades incumbidas da persecução penal – tais como funcionamento da empresa delitiva, objetivos, bens jurídicos violados, localização do produto do crime –, não incrimina quem quer que seja. Vale dizer, colabora amplamente sem, todavia, apontar os coautores delitivos [ou por não saber, ou, mesmo, por não querer].

Nesse sentido, a propósito, Renato Brasileiro de Lima explica que “o imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso que é tido como mero colaborador.”²³² Neste cenário, resta evidente que o agente delituoso colaborou com a justiça, malgrado não tenha efetivamente delatado – denunciado, entregue – nenhum de seus comparsas.

De ver-se que o próprio texto normativo do art. 4º, da Lei 12.850/13²³³ (Lei das Organizações Criminosas), foi claro ao diferenciar as várias formas de colaboração, destacando, dentre elas, a “delação premiada”.

Dentre as várias formas de colaboração premiada, somente a primeira parte do inciso I é que aborda a delação propriamente dita, uma vez que exige a *identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa*. Nas demais, à evidência, embora haja colaboração, não existe qualquer comportamento positivo por parte do agente colaborador no sentido de revelar nomes de coautores, não

²³¹ ARRUDA, Rejane Alves de. Org. Ricardo Souza Pereira. **Organização Criminosa**: comentário à lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013. p. 73.

²³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação penal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p.525.

²³³ Art. 4o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

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

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

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

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

havendo, assim, que se falar em delação, portanto.

Nessa contextura, percebe-se que *há diferença* na colaboração para localização e recuperação, v.g, do produto do crime [sem que, para isso, se denunciem os demais agentes], para a delação propriamente dita, na qual, além de o agente confessar o cometimento de determinada infração, expõe, informa, leva ao conhecimento das autoridades encarregadas da *persecutio criminis* a participação de outras pessoas envolvidas na empreitada criminosa.

Reforçando o entendimento de que “delação premiada” e “colaboração premiada” são expressões diversas, leiam-se os escólios de Vladimir Aras, que apresenta a colaboração premiada como sendo gênero do qual derivam 4 (quatro) subespécies. A primeira, *delação premiada* (também denominada de chamamento de corréu), além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador; na segunda, *colaboração para libertação*, o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação; na terceira, *colaboração para localização e recuperação de ativos*, o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitai; por fim, na última subespécie, *colaboração preventiva*, o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita²³⁴.

Por derradeiro, não se podem olvidar os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva acerca do tema em estudo. Para os autores, não dúvida de que “a Lei 12.850/13 adotou a locução “colaboração premiada” como gênero, por ser mais amplo. Em razão dessa amplitude, trata-se de nomenclatura mais adequada que delação premiada, portanto. ”²³⁵. De se destacar, entretanto, que mesmo parte da doutrina fazendo a distinção em comento, na prática forense empregam-se ambos os termos, como se expressões sinônimas fossem²³⁶⁻²³⁷.

À vista do quanto exposto, constata-se que na prática forense não há muito formalismo no que concerne à nomenclatura a ser empregada, conquanto haja severas críticas ao uso indistinto da expressão.

²³⁴ ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Verissimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 428

²³⁵ GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador – BA: JusPODIVM, 2015. p. 211.

²³⁶ Empregou-se colaboração premiada, a título de exemplo: “STJ - RHC: 53397 PR 2014/0289185-1, Relator: Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), Data de Julgamento: 10/03/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2015.”

²³⁷ Empregou-se delação premiada, a título de exemplo: “STJ - EDcl no HC: 282253 MS 2013/0377678-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 19/08/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2014”.

Não obstante o comportamento dos operadores do direito de modo geral no trato do instituto, vale a advertência de que as palavras dizem coisas e, por isso mesmo, devem ser pensadas e (re)pensadas antes de serem ditas. Em conclusão, tem-se que delação é uma das (diversas) espécies de colaboração, tendo, por óbvio, um conceito próprio – conforme amplamente explanado no decorrer do presente tópico; e a colaboração, como já exposto, por ser gênero, é mais ampla e com conceito diverso, por conseguinte.

4.2.2 Natureza jurídica da Colaboração Premiada

No que tange à natureza jurídica do instituto da colaboração premiada, importantes observações fazem-se necessárias. Antes, porém, há de se ter em mente que, ao abordar-se a natureza jurídica de algo, busca-se, em última análise, cotejar o significado último de um instituto jurídico – *in casu*, da colaboração premial.

A propósito, destaque-se que a natureza jurídica pode ser tida, segundo escólio de Maria Helena Diniz, como a compatibilidade em vários pontos com uma determinada categoria jurídica. Ou seja, pelo olhar da autora seria integrar uma figura jurídica ao *conjunto* já existente no Direito e que mais se assemelhe, com base em seus *elementos constitutivos fundamentais*.²³⁸

Assim, feitos os esclarecimentos supra, vale o alerta de que, a depender da lei em que esteja prevista a colaboração premiada, poderão variar tanto a sua natureza jurídica, quanto os seus efeitos. Destarte, é possível, para fins de identificação da natureza jurídica do instituto em comento, a bifurcação do tema, cotejando-o seja do prisma do direito material, seja, ainda, do ponto de vista do direito processual.

Procedendo-se à análise do instituto pelas lentes do direito material, a colaboração premiada poderá ser, em qualquer hipótese, uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada, portanto, em consonância ao disposto no artigo 68 – sistema de Hungria ou trifásico –, do Código Penal Brasileiro, na terceira fase da dosimetria penal.

Como minorante que é, sua escala de diminuição, no âmbito do processo de conhecimento, deverá observar o *quantum* de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ressalvada a hipótese de ser levada a efeito na seara do crime organizado, quando, então, haverá um patamar máximo de diminuição (2/3), não existindo, porém, um *quantum* mínimo.²³⁹ De se ver,

²³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 66.

²³⁹ Pontue-se, todavia, que, em que pese não haver um patamar mínimo de diminuição, entende-se aplicável à hipótese o *quantum* mínimo de 1/3. Tal posição afigura-se mais acertada até como medida de segurança jurídica, uma vez que, não havendo previsão do mínimo, caso o juiz queira diminuir tão somente um dia de pena, por exemplo, não haveria impeditivo legal. Contudo, levando-se em consideração a teoria do dialogo das fontes, o mais correto é aplicação de

entretanto, que, em sendo feito o acordo findo o processo cognitivo, ou seja, já em sede de execução, a causa de diminuição poderá chegar até à metade.

Na lei geral (art. 13, Lei 9.807); na Lei de lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º, Lei 9.613); Lei do crime organizado (art. 4º, Lei 12.850); bem como no acordo de leniência, quando se tratar de crimes contra a ordem econômica (art. 87, da Lei 12.529), tem a colaboração premiada a natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade.

Noutro vértice, no âmbito de incidência da Lei de lavagem de dinheiro (9.613), de acordo com o art. 1º, §5º, poderá a colaboração premiada figurar como causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto.

Ademais, pode, ainda, consubstanciar-se como causa de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conquanto ausentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, quando levada a efeito no âmbito da lei de lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º, Lei 9.613) e na Lei do Crime Organizado (12.850).

Na lei do crime organizado, nada obsta possa ser, igualmente, uma causa de progressão de regime (artigo 4º, § 5º), bem assim causa de improcessabilidade, tendo em vista o disposto no artigo 4º, §4º, hipótese na qual é outorgado ao *parquet* requerer o arquivamento das investigações, sem o oferecimento da denúncia, em relação ao colaborador que, não sendo o chefe da organização criminosa, colaborar por primeiro.

Percorrida a análise do pronto de vista do direito material, do prisma processual, terá, como já apontaram tanto doutrina como os tribunais, natureza jurídica de negócio jurídico processual, porquanto pode ser celebrado 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” (artigo 4º, parágrafo 6º), confirmando, desta forma, a natureza jurídica de negócio jurídico processual.

Nessa contextura, segundo posicionamento do Supremo Tribunal, esposado pelo Ministro Dias Toffoli, quando do julgamento do habeas corpus nº 127.483²⁴⁰, do Estado do Paraná, em virtude do objeto duplo da colaboração premiada – meio de obtenção de prova e a cooperação do imputado com a investigação – sua natureza é de negócio jurídico processual.

um terço, tal qual nas demais leis que tratam do tema. Nesse sentido, GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador – BA: JusPODIVM, 2015.

²⁴⁰ *A colaboração premiada é um negócio jurídico processual*, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, *seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal*, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concerne-te à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. STF - HC: 127483 PR- PARANÁ 0000920-60.2015.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-021 04-02-2016). Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 08 maio 2019.

Com base no quanto exposto, conclui-se que, se analisado o instituto do ponto de vista do direito adjetivo, traduz-se o acordo num verdadeiro negócio jurídico processual que, uma vez homologado pelo juízo, confere ao colaborador, em tese, o direito subjetivo à obtenção dos prêmios previamente pactuados [não se olvidando, jamais, da necessidade da necessidade de corroboração].²⁴¹

4.2.3 Dos requisitos de admissibilidade

Em conformidade à norma extraída do artigo 4º, § 1º, da Lei 12.850/13, “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”. Seria, por assim dizer, uma valoração dos aspectos subjetivos do agente colaborador.

Observe-se que, neste ponto, parece até um pouco irônico o legislador, de um lado, premiar o criminoso confesso, mas, de outro, lhe exigir “circunstâncias pessoais *favoráveis*” à obtenção do prêmio. Ora, se há previsão para o prêmio, em caso de colaboração premiada, para manter-se a coerência, o que basta é o alcance dos resultados obtidos por meio da colaboração, tendo em vista que no Estado Democrático de Direito impera – ou, pelo menos, deve(ria) imperar – o Direito Penal do Fato, e não do autor.

Com efeito, em corroboração à posição aqui esposada, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato advertem que, nos casos de colaboração premiada, “isto parece um completo disparate, assumindo ares de direito penal do autor, incompatível com o direito penal do fato e da culpabilidade recomendado em um Estado Democrático de Direito”.²⁴²

Veja-se que as qualidades pessoais do agente não podem, em tese, por si sós, o obstá-lo de celebrar o acordo. Deve-se ter em mente que, caso a pessoa do colaborador não inspire “credibilidade”, os efeitos dessa “desconfiança” quanto às suas declarações devem ser contabilizados quando da valoração dos elementos probatórios dela advindos.

Nessa toada, utilizando-se uma vez mais dos escólios de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, vale a exortação de que “O filtro da personalidade não deveria ter lugar para validar a prova produzida, mas, sim, para validar a prova produzida por ela, que, a depender daquela, poderá ser de escasso e duvidoso proveito”.²⁴³

²⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cezar. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 125-126.

²⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cezar. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

Entrementes, não obstante a malfadada previsão legal acima expendida, para a concessão dos prêmios legais ofertados pelo legislador, devem ser alcançados os resultados a seguir expostos, deixando-se claro, desde já, que “não devem ser considerados cumulativamente, *bastando a ocorrência de um deles* para a validade da colaboração”.²⁴⁴

Observe-se que o primeiro inciso do artigo 4º, da Lei 12.850/13²⁴⁵, o qual exige “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”, é a mais pura hipótese de delação premiada – espécie da colaboração premiada, que, por ser mais abrangente, é gênero.

Importante esclarecer, com supedâneo nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, que “não basta identificarem-se coautores ou partícipes, mas a lei especifica “dos demais” coautores ou partícipes, o que significa todos os que participaram do mesmo delito como colaborador”.²⁴⁶

Por óbvio que não se pode exigir do delator, como condição de admissibilidade do acordo, o apontamento de todos os integrantes da organização, quando ele não tiver ciência da amplitude da empresa criminosa. Isso assim se dá, porquanto, às vezes, a depender da posição que o colaborador ocupa na organização criminosa, não lhe é dado dimensionar a empreitada delitativa, razão pela qual não se afigura legítima a exigência de informações sobre algo não sabido.

Alerte-se, por pertinente, que, se assim o fosse, tal exigência por parte das autoridades públicas traduzir-se-ia em verdadeiro incentivo à mentira, prejudicando, por conseguinte, a busca da verdade, já que, na ausência de certeza e/ou conhecimento acerca de todos os sujeitos envolvidos, para não perder a premiação, o colaborador inventaria dados ou responsabilidade penal de quem não tem qualquer envolvimento com atividades ilícitas.

Impõe-se consignar que não basta somente a identificação de “todos” coautores ou partícipes – repita-se, dos quais o delator tiver ciência; é necessário, outrossim, que se relatem quais infrações cada um praticava. É dizer, qual setor criminoso cada um integrava.

²⁴⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

²⁴⁵ 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.

BRASIL. Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.html> Acesso em 08 maio 2019.

²⁴⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

Nesse contexto, revelam-se valiosos os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, quando dizem que a simples identificação dos *demais partícipes ou coautores* não é suficiente para aplicação do referido instituto, mas, conjuntamente, o apontamento das *infrações penais* cometidas pelos cúmplices²⁴⁷.

Já o inciso dois, do mesmo dispositivo, pressupõe “a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”. Ressalte-se que, para lograr-se êxito na obtenção do prêmio, não há necessidade em se preencherem todos os incisos retromencionados, mas, sim, qualquer deles, de forma alternativa.

Logo, no inciso em estudo, em conformidade com os ensinamentos de Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G. Mossin, a “recompensa que poderá ser concedida ao delator, também pode decorrer se ele contar como é formada a organização criminosa sob o ponto de vista de chefia, bem informando como se verifica a repartição de atividades dentro do grupo”.²⁴⁸

Veja-se que, aqui, é possível se aferir como maior precisão qual o grau de responsabilidade de cada integrante da organização criminosa, sendo, igualmente, de fundamental importância até mesmo quando da individualização da pena, uma vez que o mero executor de uma tarefa de somenos importância não deve ser punido igual àquele que é o mentor intelectual do grupo.

No inciso três, almeja-se “a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”. Bem se vê que, neste caso, não há uma delação propriamente dita, porquanto o agente não entrega, não delata quaisquer de seus comparsas. Trata-se, neste ponto, tal qual no inciso anterior, de pura hipótese de colaboração premiada.

Explica Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Organização Criminosa*, que “será de rara aplicação este requisito, de maneira isolada, pois a revelação de futuras infrações do crime organizado, sem desvelar quem são os coautores e partícipes ou os crimes já praticados, é quase inviável”.²⁴⁹

Figura, também, como requisito, no inciso quatro, “a recuperação total ou parcial do

²⁴⁷ Nas palavras de Sanches e Batista: “[...] este dispositivo não se satisfaz com a mera identificação dos demais coautores ou partícipes, como faz a lei de drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 41), exigindo, também, que o colaborador aponte as infrações penais cometidas por seus comparsas. Vê-se, nesse aspecto, que a colaboração premiada importa em verdadeira confissão, ou seja, o colaborador admite sua participação criminosa e delata os demais componentes do grupo. Aliás, o art. 190 do Código de Processo Penal dispõe que, ao confessar a autoria, o interrogado “será perguntado [...] se outras pessoas concorreram para infração, e quais sejam. A delação, a propósito, para que guarde eficácia probatória, sempre pressupõe que, antes de acusar terceiros, o delator assumira sua própria responsabilidade, conforme indica a jurisprudência”. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei 12.850/13., 3ª ed., Salvador: JusPODIVM. 2015. p. 43.

²⁴⁸ MOSSIM, Heráclito Antônio; MOSSIM, Júlio César O. G. **Delação Premiada**: Aspectos Jurídicos. São Paulo: J.H. MIZUNO, 2016. p. 165.

²⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58.

produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”.

Sobreleva, em termos de resultado, a recuperação total – ou, mesmo, parcial – do produto ou proveito das infrações penais praticadas por organizações criminosas, mormente quando se tem como vítima o Estado. Nesses casos, não parece absurdo afirmar que a recuperação dos valores desviados ou subtraídos do erário são tão importantes – senão mais – que a própria segregação dos malfeitores [um viés de direito de penal de terceira via²⁵⁰].

No entanto, leva-se em conta a advertência feita por Guilherme de Souza Nucci, “tendo em vista que basta um dos requisitos para valer o prêmio ao colaborador, torna-se imprescindível valorar, com precisão, a cooperação dada, pois a restituição de valor baixo não pode gerar amplo benefício”.²⁵¹ Tal valoração mostra-se relevante, uma vez que não se pode conceder o prêmio máximo - o perdão judicial - a uma colaboração mínima, onde desviam-se bilhões dos cofres públicos, mas se recuperam poucos milhões.

Por fim, no derradeiro inciso do art. 4º, da Lei em estudo, colima-se “a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”. Consoante observação de Marcelo Batlouni Mendroni, esse dispositivo tem “*aplicação mais evidente em casos de crimes de extorsão mediante sequestro, cárcere privado e outros semelhantes*”²⁵². E continua o autor afirmando, no entanto, que “Muitos desses crimes são praticados por Associações criminosas, e não por verdadeiras organizações criminosas, embora também possa sê-lo”.²⁵³

Em que pese não sejam os delitos preditos comumente praticados por organizações criminosas, nada obsta que estas possam cometê-los também. Nessa hipótese, se o fizerem, haverá, em caso de localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, a aplicabilidade do dispositivo em comento.

Em arremate, não custa relembrar que, em todo caso, há de se verificar, para a concessão dos prêmios, o grau de colaboração do agente, sendo certo que não haverá necessidade de se preencher todos os requisitos acima trabalhados, pois que basta, repise-se, a incidência de qualquer deles.

4.2.4 Dos Prêmios Ofertados

²⁵⁰ Sobre a delação como uma terceira via do direito penal, interessante artigo foi escrito por Marcelo Rodrigues da Silva, um estudioso do tema. O estudo encontra-se disponível em <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/50>.

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58.

²⁵² MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

²⁵³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36.

Uma vez abordados os requisitos para a concessão dos prêmios, resta saber que benesses são essas, capazes de quebrar o silêncio do criminoso colaborador que, mesmo colocando a própria vida – e de seus familiares – em xeque, arrisca-se na delicada tarefa de “abrir o jogo”.

De se admitir, é bem verdade, que na Lei de Organização Criminosa (12.850/13) o instituto tem prêmios tentadores. Também pudera, deve haver uma excelente recompensa para quebrar a lei do silêncio (*omertà*) imperante entre os criminosos. Ou o agente delitivo cala-se e mofará no cárcere, ou ele “fala” e, solto, corre o risco de não viver para desfrutar da liberdade adquirida pela “colaboração premiada”. Bem por isso o legislador não economizou na premiação.

Em observância à norma disposta no artigo 4º, da Lei 12.850/13, tem-se que o juiz poderá, **antes da sentença penal condenatória**, a requerimento das partes, conceder: (i) o perdão judicial – com conseqüente extinção da punibilidade; (ii) a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços); ou, ainda, (iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mesmo que não estejam presentes os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Quanto ao derradeiro benefício, tem-se que admitir que realmente não há necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 44, do Código Penal. Afinal, até mesmo por coerência, se houvesse o preenchimento dos requisitos do referido artigo, de que valeria a delação, uma vez que seria direito subjetivo do réu?

Avançando-se na *timeline* processual, passada a fase processual cognitiva, isto é, findo o processo de conhecimento, haverá a possibilidade de a celebração de acordo de colaboração premiada se dar mesmo depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ou seja, poderá o condenado, **em sede de execução penal**, com a formulação do acordo, obter: (i) a redução da pena até a metade; ou (ii) a progressão de regime mesmo estando ausentes os requisitos objetivos.

Neste último caso, um agente condenado a 20 (vinte) anos de reclusão, por exemplo, poderia progredir do regime mais gravoso para o menos severo, tendo cumprido um dia de pena, bastando, para isso, que haja previsão no acordo.

Observe-se que, tal como ocorre na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito – sem a observância ao disposto no artigo 44, do Código Penal –, aqui também não há necessidade de se preencherem os requisitos para a progressão de regime, positivados no artigo 112, da Lei de Execução Penal. O fundamento é o mesmo: se houvesse o preenchimento de tais requisitos, não faria sentido o acordo, já que, mesmo se ele, teria o agente

direito à progressão.

Há que se ter em mente, porém, que existem críticas, por parte da doutrina, no tocante aos retrocitados prêmios. A propósito, posicionando-se contrário às benesses em questão [*quando não observados os requisitos legais*], Afrânio Silva Jardim²⁵⁴ manifesta sua preocupação no afastamento de cominações legais penais somente pelo consenso e entabulamento de acordo entre as partes, uma espécie de *privatização do sistema penal*.²⁵⁵

Com efeito, na visão de Afrânio Silva Jardim, não haveria como progredir-se, ainda que com previsão expressa no acordo de colaboração premiada, se não fossem observados os requisitos legais [critério objetivo] para tanto. Caso isso fosse possível, existiria uma prevalência do “negociado sobre o legislado”.

Tal entendimento não tem prevalecido. Dessa forma, se houver acordo versando sobre a substituição de penas ou progressão de regime, mesmo que inexistam os requisitos, fará o colaborador *jus* aos prêmios, sob pena de quebra do “*pacta sunt servanda*” e indesmentível violação da “boa-fé objetiva contratual”.

Por fim, cita-se um prêmio específico, que só pode(ria) ser, em princípio, concedido a um agente. Está-se a falar da previsão contida no artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei em estudo, que, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal – que vincula a atividade ministerial –, possibilita ao *parquet* a abstenção no oferecimento da denúncia em relação ao colaborador que (i) não seja o líder da organização criminosa e (ii) seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Na prática, esse último prêmio – específico – equivale ao requerimento do arquivamento do inquérito policial, motivo pelo qual, não havendo concordância por parte do magistrado, este deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, o que será feito com fundamento no

²⁵⁴ O r. autor assevera que “minha restrição à cooperação premiada (delação premiada) diz respeito ao afastamento de determinadas cominações da lei penal (cogente), por acordo entre as partes no processo penal. Por exemplo: por acordo entre o Ministério Público e o réu, com assistência da defesa técnica, pode ser permitida a não aplicação da lei penal no caso em que caberia; poderia ser autorizada a progressão de um regime de cumprimento de pena sem obedecer ao lapso temporal exigido pela lei etc. etc. etc. Vejo aí mais uma influência perigosa de uma indesejável privatização do sistema penal.

[...]

O “prêmio” de substituição da pena privativa de liberdade, previsto no artigo 4º da Lei 12.850/13, só poderá ser concedido pelo juiz se a quantidade da pena privativa de liberdade permitir tal conversão, não podendo as “partes contratantes” derrogar dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal. A vantagem do colaborador é saber que, se a quantidade da pena privativa de liberdade permitir, o juiz não poderá deixar de substituí-la por critérios outros. Quando a lei autoriza a derrogação das regras do Direito Penal ou Execução Penal o faz expressamente, como o disposto no parágrafo 5º do artigo 4º, que trata do acordo de cooperação premiada após a sentença condenatória”. JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>

²⁵⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>

4.2.5 Legitimados para a celebração do acordo

Em consonância ao artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei 12.850/2013, o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o (i) delegado de polícia²⁵⁷, (ii) o investigado e o defensor, com a manifestação do (iii) Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

²⁵⁶ Nesse sentido, Afrânio Silva Jardim preleciona que: “1. A regra do artigo 4º, parágrafo 4º, da citada lei, que permite ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia em face de um indiciado colaborador, que não seja o chefe da organização e que seja o primeiro a fazer o acordo, deve ter a seguinte interpretação sistemática: 1.1. Na hipótese, o Ministério Público deve requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório, apenas em relação ao indiciado colaborador, aplicando-se a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, para que haja um sistema de controle, pois estamos diante de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal. Assim, o colaborador não ficará como indiciado perpetuamente. 1.2. O desarquivamento deste inquérito ou investigação se submete ao sistema do código de processo penal. Assim, se surgir notícia de prova nova de que o indiciado era o chefe da organização criminosa, por exemplo, as investigações poderão ser retomadas. Se a tal prova nova já existir, a ação penal pode ser exercida desde logo”. JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>

²⁵⁷ Quanto à legitimidade do delegado de polícia para a celebração de acordo de colaboração premiada, cumpre mencionar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508), ainda pendente de julgamento, questiona os dispositivos da Lei 12.850/2013, conferem à autoridade policial tal poder. A propósito: “*Dispositivos da Lei 12.850/2013 que atribuem a delegados de polícia o poder de realizar acordos de colaboração premiada são alvos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot*. A norma disciplina a chamada “delação premiada” como meio de investigação de organizações criminosas e também como técnica de defesa dos interesses do investigado ou réu.

O procurador-geral questiona especificamente trechos dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º, que atribuem a delegados poder para realizar acordos de colaboração. O primeiro dispositivo diz que, “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”. Já o parágrafo 6º prevê que “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”.

Para Janot, *os trechos impugnados da lei*, ao atribuírem a delegados de polícia legitimidade para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao juiz concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, contrariam os princípios do devido processo legal e da moralidade. Contrariam, ainda, *a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (artigo 129, inciso I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (artigo 129, parágrafo 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia como órgão de segurança pública (artigo 144, especialmente parágrafos 1º e 4º)*.

Segundo o procurador-geral, compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou arquivamento. “Isso não exclui nem diminui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a ‘presidência’ de inquérito policial, função que o Ministério Público nunca pleiteou, e de que não necessita para exercer suas funções constitucionais”, sustenta. Para Janot, a investigação deve ocorrer em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia firmadas pelo MP, “pois é a este que tocará decidir sobre propositura da ação penal e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento”.

A ação pede a concessão de liminar para suspender a eficácia dos dispositivos e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos trechos questionados ou, sucessivamente, que seja dada interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensáveis a presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315678>. (grifou-se).

Na dicção do texto legal, portanto, a legitimidade para negociação e formalização do “pacto” poderá partir do próprio delegado de polícia, na fase do inquisitiva, por óbvio, e do Ministério Público, a qualquer tempo. Deve-se ressaltar, entretantes, que o *parquet*, obrigatoriamente, deverá intervir na primeira situação, uma vez que, por ser o titular da ação penal, não poderia deixar a pretensão acusatória ao alvedrio da autoridade policial.

Assim, forçoso concluir que a atuação da autoridade policial será sempre dependente da manifestação positiva do Ministério Público, porquanto, repise-se, sendo este o detentor da ação penal pública, qualquer atuação que lhe impeça o regular exercício desta mostrar-se-ia de todo inconstitucional, uma vez sua legitimidade é corolário do próprio Texto Constitucional.²⁵⁸

De outra banda, figurará como parte legítima, apta, portanto, para firmar o acordo, o investigado, (em sede de inquérito) ou o acusado (na fase do processo judicial), acompanhado, sempre, em qualquer fase, de seu advogado, sob pena de nulidade.

Não se pode olvidar que, conquanto possa a autodefesa ser renunciada nesse ato, a defesa técnica é obrigatória e indispensável para validade e eficácia do acordo de colaboração premiada.

Destaque-se que, em conformidade com o dispositivo legal em estudo, ao juiz é defeso participar das negociações, sob pena de restar suspeito para homologar o acordo, devendo permanecer equidistante das partes, observando o sistema acusatório, que exige um juiz espectador, e não ator.

Corroborando o quanto exposto, e reforçando a vedação da participação ativa do juiz quando da celebração do acordo, assevera Renato Brasileiro de Lima²⁵⁹ que a pessoa do magistrado não deverá *presenciar ou participar* das tratativas do acordo de colaboração premiada, evitando violação do *sistema acusatório* (art. 129, I, CRFB/88).

Não pairam dúvidas acerca dos legitimados à celebração do pacto. Portanto, em não havendo estrita observância aos mandamentos legais positivados pelo legislador, o acordo restará nulo, sem validade alguma.

De efeito, consigna-se que tal regramento, sim, foi uma inovação no sistema jurídico brasileiro, uma vez que os outros diplomas normativos que trataram da matéria, não o fizeram de modo tão minucioso [mas ainda assim lacônico] quanto a Lei 12.850/2013.

²⁵⁸ Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015. p. 785/786.

**Capítulo V – Da Colaboração Premiada como Espaço de Consenso
no Processo Penal Brasileiro: Uma análise da
Colaboração Premiada, no Brasil, à Luz do Direito
comparado nos ordenamentos jurídicos Norte-
Americano, Italiano e Português.**

5 – Da Colaboração Premiada como espaço de consenso no Processo Penal Brasileiro: Uma análise do instituto, no Brasil, à luz do Direito comparado nos ordenamentos jurídicos norte-americano, italiano e português?

Consoante já investigado em capítulo anterior, a Colaboração Premiada não foi o único meio de justiça penal consensual, no Brasil, tampouco o primeiro. No entanto, como se pode verificar, o r. instituto é, sem dúvidas, o instrumento que tem ganhado cada vez mais espaço e, por isso, merece meticulosa análise, o que se fará com vistas ao direito comparado.

Sem embargo, não é possível alinhar a colaboração premiada nos moldes brasileiros aos demais sistemas mundiais, dada a natureza multifacetada que o instituto passou a ter no Brasil. Isso ocorre porque, ora o instituto empresta conceitos e características do sistema norte americano, de matriz do *common law*, ora compõe-se de elementos próprios do sistema de códigos, típico da *civil law*.

5.1 Uma análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do Direito Norte-Americano

Distando do que ocorre no Direito Brasileiro, a ação penal nos EUA, guia-se pelos princípios da Oportunidade e Conveniência (já devidamente discorridos em tópico acima), sendo estranhos àquela sistemática os princípios da obrigatoriedade ou, ainda, indisponibilidade. Em face disso, o sistema negocial norte-americano concede ao promotor de justiça enorme possibilidade de barganha, verdadeira negociação da pena a ser imposta. Aliás, como asseverado anteriormente, em razão dessas características é que se afirma que o exercício da ação penal pública se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores –*prosecutorial discretion* –, manifestando-se, também, na atividade policial e jurisdicional da pena –*probation*.²⁶⁰

Noutros termos, tem-se que a *oportunidade* (ou a *não obrigatoriedade*), imperante nos EUA, se manifesta em verdadeira oposição à obrigatoriedade [que vigora(va), em tese, no Brasil], já que viabiliza, *v.g.*, tanto o não oferecimento da denúncia quanto a suspensão do processo penal, conforme a opção do órgão acusador estatal (via de regra com a aquiescência defensiva) com fundamentos em critérios utilitários, político-criminais, econômicos.²⁶¹

²⁶⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 31.

²⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.48.

De ver-se, assim, tal como apontado em capítulo específico, que a exagerada discricionariedade, não raras vezes, acaba por prejudicar a independência do órgão de acusação, dando azo à arbitrariedade, bastando, aqui, rememorar a crítica de Rosanna Gambini Musso, para a qual, dada a discricionariedade vigente no sistema norte-americano, acaba-se procurando descartar os delitos irrelevantes, de pouca repercussão ou visibilidade, concentrando-se esforços naqueles crimes mais sofisticados, cuja repressão rende maior visibilidade no seio social e, bem por isso, interessa combater.²⁶²

Ademais, corolário da discricionariedade da acusação, não há qualquer controle judicial no que tange ao exercício (ou não) da ação penal, de modo que, havendo inclinação, por parte da promotoria, no sentido de arquivar o feito, não poderá recusar-se o judiciário. Destarte, nota-se, nos EUA, uma cultura jurídica – até o advento da colaboração premiada desenhada pela Lei 12.850/2013 – diversa da brasileira.

Com efeito, antes da referida lei, já existiam espaços de consenso no processo penal, como previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), através dos institutos da composição civil dos danos, da transação penal e suspensão condicional do processo. Esse consenso, todavia, nunca causou alvoroço, até mesmo porque, de certa forma, alcançava – e alcança – apenas uma gama específica de infrações penais de menor potencial ofensivo (transação penal e composição dos danos civis) e média criminalidade (no caso do *sursis* processual).

Sem embargo, foi com a “adoção” da “colaboração premiada” que se passou a introduzir, ainda que *à força*, um modelo de justiça penal negociada, nos moldes direito norte-americano, mas com grandes aspectos antagônicos. No Brasil, v.g., de acordo com artigo 4º, da Lei 12.850/2013, pode o Ministério Público não denunciar aquele que primeiro colabora com as investigações, desde que não seja o líder da organização criminosa. Nesse ponto há grande insurgência de parte da doutrina brasileira, que discorda do não exercício da ação penal, por parte do *Parquet*, se presentes provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, sob pena de violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Outrossim, para além da obrigatoriedade, é direito constitucionalmente consagrado na Carta Política Brasileira a inafastabilidade da jurisdição, calcada na máxima do “*nulla poena sine iudicio*”, que é a garantia de que ninguém será punido sem a prévia formação da culpa em juízo. É a proteção contra o abuso. É o Estado de Direito “desconfiando de si mesmo”.²⁶³ A despeito desses preceitos consagrados na justiça criminal brasileira, chegou-se a negociar, na

²⁶² MUSSO, Rosana Gambini. **II Processo Penale Statunitense, Soggetti ed Atti**, 2. Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 32-33.

²⁶³ MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Direito Processual Pena. Necessidade e Importância. Autonomia. Finalidade.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1027>. Acesso em: 25 jun. 2019.

prática, o cumprimento de pena antes mesmo de haver uma sentença penal condenatória, apenas porque Acusação e Acusado teriam assim acordado. Vale dizer: desprezou-se a presunção de inocência, tomou-se a confissão do colaborador como a rainha das provas e abriu-se mão do *due process of law*.

Observe-se que, diante de um acordo celebrado, enviou-se o processo à vara de execuções, sem qualquer observância à inexistência de um título penal condenatório, ao argumento de que tal cumprimento fora objeto de acordo, mesmo havendo, em *terrae brasilis*, a chamada *cláusula de judicialidade* no tocante a decisões que agridem bens jurídicos relevantes. No caso paradigma que ilustra claramente tais descumprimentos, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pertencente ao quadro da Justiça Federal Brasileira, através de sua 8ª Turma, negou a possibilidade da execução antecipada de pena, com fulcro único em acordo de delação firmado com o Ministério Público Federal, ainda que devidamente homologado, por entender que o r. acordo não constitui título penal judicial condenatório²⁶⁴. Ora, tanto quanto lógico o posicionamento dos desembargadores! Aceitar a antecipação da execução com base unicamente em acordo celebrado por “vontade das partes” seria, implicitamente, atribuir poderes judicantes ao membro ministerial que, ao firmar o termo de delação, constituiria um título penal judicial condenatório, atentando à toda estrutura do Processo Penal Brasileiro.

Ao analisar o conteúdo do art. 4º, parágrafos 7º e 8º, da Lei 12.850/2013²⁶⁵, que dispõe sobre o papel do magistrado na verificação dos requisitos legais para homologação e a possibilidade de recusa em efetuar-la, verifica-se o antagonismo instaurado com a *barganha* típica do sistema norte-americano. Segundo conteúdo do digesto legal, o juiz não pode participar das negociações, devendo, todavia, verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Se o acordo estiver regular, legal e for “voluntário”, é o magistrado obrigado a homologá-lo e, uma vez homologado, deve ser cumprido, sob pena de grave insegurança

²⁶⁴ O cumprimento da pena foi estabelecido em acordo de delação firmado com o Ministério Público Federal e já homologado pela Justiça Federal. De acordo com os desembargadores federais da 8ª Turma, no entanto, *o cumprimento da pena não pode ser iniciado antes da sentença ser proferida no processo criminal*. Para o relator, desembargador João Pedro Gebran Neto, *o acordo de colaboração premiada não é título penal judicial condenatório*. [...] O desembargador disse que *mesmo que o acordo tenha sido homologado, "não se pode ignorar que compete ao Poder Judiciário o dever de fixar a reprimenda, dando à colaboração a deferência que lhe é merecida, mas não estando a ela vinculado obrigatoriamente"*. "É de se imaginar, nessa perspectiva, a temeridade de iniciar-se a execução antecipada com fundamento no acordo de colaboração premiada para posteriormente chegar-se a um processo absolutório", afirmou. **TRF-4 nega execução antecipada de pena firmada em delação**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/trf-nega-execucao-antecipada-pena-firmada-delacao>>. Acesso em: 25 jun. 2019

²⁶⁵ Art. 4º, Lei 12.859/2013

“[...] § 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.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto[...]

jurídica. Nesse sentido, Afrânio Silva Jardim preleciona que em virtude da impossibilidade de deixar de homologar o acordo, excetuado vícios formais, resta ao magistrado somente este *ato jurídico perfeito* de homologação, restando a “*sanção penal fica [...] ao alvedrio das partes contratantes, o que é uma verdadeira revolução em nosso sistema jurídico.*”²⁶⁶ Nada obstante à ponderação de Jardim, o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, no bojo da PET 7.265 ²⁶⁷, entendeu que “não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador”, alicerçando seu posicionamento na determinação constitucional de monopólio da jurisdição, detido pelo Poder Judiciário, no qual somente é possível a fixação e o perdão de penas privativas de liberdade com o proferimento de sentença penal condenatória por magistrado competente.

O grande problema, no entanto, é que, no Brasil, além dos princípios próprios do Direito Penal e Processual Penal, regulam a atividade de Estado princípios específicos e de guarda constitucional, como, a exemplo, aqueles previstos no artigo 37, da CRFB, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, como observa Filipe Maia Broeto, deve-se ter em mente que ao celebrar um acordo de colaboração premiada, gera-se no Colaborador uma expectativa por parte do Estado – Acusador e Julgador –, de modo que não pode esse mesmo “Estado”, depois, valendo-se da colaboração premiada do colaborador, furtar-se à concessão dos prêmios²⁶⁸.

Ainda de acordo com o autor, se houve a celebração de acordo, com a devida homologação pelo Poder Judiciário, a concessão dos prêmios deve ser vinculada, já que o

²⁶⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>. Acesso em: 10 jul. 18.

²⁶⁷ “[...] como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.

Sublinho, por oportuno, que a Lei 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados descritos nos incisos do art. 4º do diploma legal em questão. Saliento, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim como ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIV e LXI, da CF).

Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençam a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação - convém sempre relembrar - configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno.[...]” Pet 7.265. **Lewandowski: PGR não pode fixar prisão e perdão de crimes a delator.** Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/269218/lewandowski-pgr-nao-pode-fixar-prisao-e-perdao-de-crimes-a-delator>. Acesso em 08 nov 2020.

²⁶⁸ NUNES, Filipe Maia Broeto. **Colaboração Premiada Como Direito Subjetivo Do Colaborador:** da (im)possibilidade de vinculação do estado-juiz ao pacto celebrado entre as partes. 2018. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Ciências Penais, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2018.

colaborador, ao pactuar com o Estado, acredita/confia em sua lealdade e moralidade, no sentido de fazer valer suas próprias leis, as quais asseguram prêmios – inclusive independentemente de acordo escrito – àqueles que colaboram com as autoridades públicas e desse comportamento advêm resultados positivos, tal como os estipulados no artigo 4º, da Lei 12.850/2013²⁶⁹.

Impõe-se consignar, em virtude da relevância, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão que contradiz o posicionamento da própria Corte, por meio do Min. Luiz Fux, no bojo da QO da Pet 7074, assenta que “homologada a delação, porquanto voluntária, formalmente regular e obedecidos os cânones legais, só restará no momento do julgamento a verificação de sua eficácia, da sua eficiência”²⁷⁰.

Ao que se nota, existe, no Brasil, uma análise apenas da eficácia do acordo, sendo a concessão dos prêmios medida impositiva, porquanto, na esteira do Ministro Roberto Barroso, da Suprema Corte, “se o Estado firma um acordo que entendeu interessante, se obtém informações para punição de terceiros, e depois deixa de cumprir o ajustado, agirá deslealmente – seria a desmoralização total do instituto da colaboração premiada”²⁷¹.

Diante do quanto exposto, é inegável a constatação de que a colaboração premiada brasileira, como mecanismo de consenso no processo penal, ora tem contornos que se assemelham àqueles característicos do sistema anglo-saxão, regido pela *common law*, ora diverge frontalmente do mesmo, dado sua essência romano-germânica, que tem como premissas, dentre outras tantas, a obrigatoriedade da ação penal, a indisponibilidade desta, a não afastabilidade da jurisdição.

É dizer, em poucas palavras, a título de conclusão, que o Brasil, por ter sofrido influências de culturas muito distintas, no que toca à colaboração premiada, demonstra uma profunda crise de identidade, sendo considerada a legislação brasileira um verdadeiro “*monstrengo*”, um *Frankenstein* jurídico que, à luz do sistema norte-americano, a ele não se parece.

5.2 Uma análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do direito Sistema Italiano

²⁶⁹ NUNES, Filipe Maia Broeto. **Colaboração Premiada Como Direito Subjetivo Do Colaborador:** da (im)possibilidade de vinculação do estado-juiz ao pacto celebrado entres as partes. 2018. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Ciências Penais, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2018.

²⁷⁰ Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z4tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8. Acesso em: 06 jul. 2018.

²⁷¹ Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z4tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8. Acesso em: 06 jul. 2018

Se, como visto no tópico anterior, o sistema brasileiro, no tocante à barganha penal, não se equipara ao norte-americano, mas apenas lhe empresta algumas características, o mesmo se pode dizer também em relação aos mecanismos de consenso penal existentes no direito italiano. Apesar da estrutura do sistema brasileiro se aproximar mais à da Itália, também adepta do *civil law*, em tema de justiça penal, os regramentos não se assemelham tanto assim.

Em que pese vigorar, na Itália, *v.g.* o postulado da obrigatoriedade, segundo o qual, tendo conhecimento da prática de um ilícito, presentes a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, a ação deve ser proposta, naquele país o Ministério Público, diferentemente do que ocorre no Brasil, é pertencente ao Poder Judiciário – tanto é assim que, na linha do capítulo 2, do presente trabalho, a Constituição Italiana, no título que cuida da Magistratura, disciplina também a atividade Ministerial.²⁷²

Por outro lado, verifica-se que no sistema italiano os procedimentos investigativos, preparatórios para a ação penal, são presididos pelo Ministério Público, que é o titular do poder de polícia judiciária. No Brasil, até pouco tempo se negava tal poder ao Ministério Público, sedimentado somente recentemente, nos idos de 2015, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 593.727²⁷³, com repercussão geral, no qual foi fixada a tese de que disporia o órgão ministerial de competência para promover, por autoridade própria, investigações penais, em prazo adequado e assegurados os direitos e garantias constitucionais aos investigados, devendo os membros da referida instituição observá-los quando da promoção de seus atos investigativos.

Portanto, o que já era legislado no sistema italiano, somente há menos de um lustro veio receber solução (vinda do âmbito judiciário), no direito brasileiro, o que revela que o Brasil também não é tão próximo à Itália. Outra questão que em muito diferem os países, é o fato de que o Ministério Público, na Itália, integra o Poder Judiciário, devendo ele atender, assim, no exercício das investigações, ao postulado da imparcialidade, colhendo elementos de informação favoráveis ou não à acusação, tendo em mira, sempre, a busca pela verdade real.

Chega-se a mencionar, no capítulo destinado ao direito italiano, que Brasil e Itália são regidos por um sistema acusatório, com divisão de tarefas. No entanto, na linha trabalhada por Filipe Maia Broeto, “não é apenas e isoladamente o fato de haver uma divisão de tarefas que

²⁷² Art. 107, *comma* 4; e art. 108, *comma* 2.

²⁷³ “O MP dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado e qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (lei 8906/94, artigo 7º, incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (súmula vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. **STF reconhece poder de investigação do MP**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220549,41046-STF+reconhece+poder+de+investigacao+do+MP>. Acesso em: 25 jun. 2019

torna(rá) o sistema processual acusatório”²⁷⁴, de modo que se afigura falsa “a conclusão de que a presença do Ministério Público no processo penal, com o monopólio da ação penal, corresponda ao modelo acusatório. Há que se buscar outros referenciais para distingui-lo do sistema inquisitório reformado”.²⁷⁵

A evidenciar, de igual forma, a diferença estrutural do processo penal brasileiro e o italiano, consigna-se que, enquanto no Brasil a prevenção é critério de fixação de competência, na Itália há juízes competentes para atuar exclusivamente na fase de investigação, os quais figuram como juiz das garantias e, tendo o magistrado atuado na investigação, examinado ou deferido qualquer uma medida cautelar requerida pelo MP, estará automaticamente impedido de funcionar no futuro processo penal.²⁷⁶

Constata-se, nesse ambiente, que a sistemática processual penal italiana possui aspectos mais avançados que o defasado processo brasileiro, o que torna ainda mais complicada a harmonização das “importações teóricas” tão comumente levadas a efeito neste país. Com os espaços de consenso, de igual forma, o Brasil não guarda profunda identidade, senão meras e superficiais influências, as quais foram “adaptadas”, à força, em solo brasileiro.

O conhecido rito abreviado, na esteira do salientado, permite ao acusado solicitar, de imediato e por iniciativa própria, ainda sede de audiência preliminar, a apreciação da pretensão acusatória, ocasião em que ele abre mão das garantias processuais asseguradas em lei. Nesse caso, o julgamento da demanda penal resolver-se-á com base tão somente nos elementos de informação angariados na investigação (art. 438, *comma* 1, do CPPI).

Numa leitura açodada, poder-se-ia dizer que o rito abreviado equivale ao procedimento sumaríssimo do processo penal brasileiro, previsto na Lei 9.099/95, o que seria verdadeiro equívoco, na medida em que a aplicação imediata da pena, no Brasil, só é possível nos crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos aqueles cuja pena máxima cominada abstratamente não suplante o patamar de dois anos.

Importa fixar, todavia, que de acordo com o art. 442, *comma* 2, do CPP italiano, no rito abreviado, poderá o sentenciado ter sua pena diminuída de 1/3 ou, caso seja cominada ao delito a pena de prisão perpétua, a substituição desta por 30 anos de privativa de liberdade. Ou seja, admite-se a negociabilidade do rito até nos casos em que se prevê prisão perpétua. Em vez de se formular um acordo sobre a sentença, exigindo-se uma postura ativa e colaborativa por parte

²⁷⁴ NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

²⁷⁵ ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 p. 187.

²⁷⁶ PERRODET, Antoinette. “Il processo penale in Italia”. In: *Procedure Penali D’ Europa*. Mirelli Delmas-Marty e Mario Chiavario (Org). 2ª ed. Padova: CEDAM, 2001, pp. 299-300.

do imputado, faz-se na Itália, um decreto condenatório, que importará na imediata aplicação de pena pecuniária (art. 459, comma 1, do CPPI), ou no mínimo legal, reduzido da metade (459, comma 2, do CPPI). Formulado o decreto, remete-se-lhe para a aprovação do juiz e, de consequência, notifica-se o acusado e do responsável civil indicados na proposta.

No Brasil, não há qualquer previsão nesse sentido, sendo que todos os benéficos previstos em lei estão claramente dispostos no artigo 4º, da Lei 12.850/2013, a saber: (i) perdão judicial, (ii) redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou (iii) substituição por restritiva de direitos, desde que tenha havido efetiva e voluntária colaboração do agente para com a investigação e com o processo criminal.

De forma contrária à Itália, não existe, no direito Brasileiro, especificamente no processo penal premial implementado pela Lei 12.850/2013, a possibilidade de negociação do rito a ser seguido, nada obstante se tenham visto, na prática, acordos de colaboração premiada – contratos entre acusação e defesa – dispondo sobre procedimentos penais. No entanto, tal como exposto na *nota de rodapé 211*, o judiciário brasileiro tem aceitado tais acordos, por entender que vão de encontro à ao princípio da legalidade.²⁷⁷

De outro norte, se na Itália é prevista também a possibilidade de negociação sobre a pena, o que se dá por meio do *patteggiamento*, que é um mecanismo de negociação por meio do qual o juiz aplica, por sentença, uma pena que é fruto de um acordo entre as partes – Ministério Público e acusado –, no Brasil, a rigor, nada semelhante existe, pelo menos não do ponto de vista legislativo.

Assim se argumenta, na medida em que a Lei basilar da colaboração, como instrumento de implementação de um processo penal negocial, em momento algum dispõe, de forma explícita, que acusado e Ministério Público podem negociar o quantum de pena a ser aplicada, uma vez que, de acordo com o *caput* do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, “O juiz *poderá*, a *requerimento das partes*, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos”.

Note-se que o supracitado artigo é claro ao dizer que o juiz “*poderá*”, a *requerimento das partes* (ou seja, de quaisquer delas), conceder o perdão e demais prêmios previstos, sendo que, na parte final do dispositivo, o legislador inseriu uma conjunção alternativa (ou) dando mostras de que a pena ou o *quantum* da redução compete ao juiz, e não ao Ministério Público e colaborador.

Malgrado a lacuna normativa, fato é que, na prática forense brasileira, diversos são os prêmios pactuados entre as partes, mesmo sem previsão legal expressa. Em relação a isso, os

²⁷⁷ **TRF-4 nega execução antecipada de pena firmada em delação.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/trf-nega-execucao-antecipada-pena-firmada-delacao>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

catedráticos lusitanos José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão chegaram a afirmar “*que os acordos de delação premiada firmados pelo ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa e pelo doleiro Alberto Youssef na operação ‘lava jato’ são ostensivamente ilegais e inconstitucionais*”²⁷⁸, de modo que, segundo os professores portugueses, sequer “*devem ser aceitos por Portugal, sob pena de se ‘atentar contra a ordem pública’ do Estado lusitano*”.²⁷⁹

Na concepção dos retrocitados juristas²⁸⁰, é inaceitável o oferecimento, em acordos de delação premiada, de redução de pena em patamar sem previsão legal, bem como oferecimento de regimes de cumprimento inexistentes na legislação penal. Ademais, acrescentam que não poderá o órgão ministerial renunciar à investigação ou denúncia do delator, bem como o acordo a ser firmado somente alcançará delitos tipificados pelas normas correspondentes (Lei das Organizações Criminosas – 12.850/2013).

Destarte, ao oposto do ordenamento jurídico italiano, que dispõe expressamente quando, como e até que ponto se pode negociar a pena, no Direito Brasileiro a principal lei a abordar a “justiça consensual” deu tratamento genérico à temática, razão pela qual (mesmo diante de críticas fortes), o que vem imperando, de fato, é o negócio jurídico entabulado entre acusação e colaborador – tanto que tem sido comum, no Brasil, a assertiva de que, com a “*colaboração premiada*”, o negociado se sobrepôs ao legislado. De toda forma, constata-se, também do ponto de vista do direito comparado italiano, que a Justiça Negocial Brasileira não guarda efetiva e substancial afinidade com o instituto do *patteggiamento*.

²⁷⁸ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação da "lava jato" são ostensivamente ilegais, diz Canotilho**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>> Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁷⁹ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação da "lava jato" são ostensivamente ilegais, diz Canotilho**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>> Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁸⁰ “Acordos de delação premiada não podem prometer redução da pena em patamar não previsto na Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), nem oferecer regimes de cumprimento dela que não existem nas leis penais. Caso contrário, haverá violação aos princípios da separação de poderes e da legalidade. Também por isso, esses compromissos só alcançam delitos tipificados por tal norma, e não isentam o Ministério Público de deixar de investigar ou denunciar atos praticados pelo delator. [...] Canotilho e Brandão concluíram que os compromissos “padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos”. Dessa forma, as provas obtidas por meio dos acordos de delação seriam ilícitas, apontaram os juristas. Portanto, inadmissíveis em processos, conforme determina o artigo 5º, LVI, da Constituição brasileira. “É terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal”, ressaltaram os professores. Assim, eles declararam que não é possível reduzir uma pena em mais de dois terços ou conceder perdão judicial a um crime não mencionado pela Lei das Organizações Criminosas. “Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de Direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei”, avaliaram. Igualemente por falta de previsão legal, o MP não pode alterar o regime de cumprimento da pena em acordo firmado antes de sentença, afirmam Canotilho e Brandão, já que tal benefício só é previsto para aqueles compromissos celebrados após a condenação (artigo 4º, parágrafo 5º, da Lei das Organizações Criminosas)”. RODAS, Sérgio. **Acordos de delação da "lava jato" são ostensivamente ilegais, diz Canotilho**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>> Acesso em: 25 jun. 2019.

5.3 Análise da Colaboração Premiada, no Brasil, à luz do Sistema Português

A encerrar o presente capítulo, faz-se mister a análise paralela do Direito Brasileiro com o Direito Português, notadamente em decorrência da nítida ligação histórica e cultural entre os países. Assim, malgrado a distância geográfica, tem-se que a matriz dogmática do direito brasileiro é semelhante a do ordenamento jurídico lusitano, sobretudo no que se refere aos espaços de negociabilidade introduzidos pela Colaboração Premiada, tendo em vista que os institutos consensuais portugueses, como pondera Rosimeire Ventura Leite, serviram de inspiração para o modelo brasileiro.²⁸¹

Em linhas gerais, e a título de comparação, rememora-se que, em Portugal, os chamados “espaços de consenso” no processo penal são, basicamente, (i) Suspensão provisória do processo; (ii) o Procedimento sumaríssimo; (iii) a mediação penal de adultos; (iv) a colaboração processual ou arrependimento; e (v) a confissão integral e sem ressalvas, já trabalhados no capítulo três do presente trabalho, oportunidade em que foram delineadas as características principais de cada um dos procedimentos e institutos.

De proêmio, impõe-se consignar que a (i) suspensão provisória do processo, existente no processo penal português, não se assemelha ao *sursis* processual brasileiro, previsto no artigo 89, da Lei 9.099/95. Na suspensão provisória do processo lusitano existe uma presunção de condenação e, portanto, de culpabilidade, visto que o instituto se aplica “*nos casos em que, presumivelmente, seria aplicada na sentença suspensão da execução da pena*”.²⁸² No Brasil, por sua vez, ainda que haja determinadas condições a serem cumpridas pelo “autor do fato”, a aceitação da suspensão condicional do processo não gera reincidência, tampouco maus antecedentes, de modo que tais características revelam a não implicação no reconhecimento da culpa. Esses modelos, no entanto, apesar de evidenciarem “certa margem de consenso”, nada tem a ver com a colaboração premiada.

Em segundo aspecto, prevê-se no processo penal lusitano o (ii) “procedimento sumaríssimo”, também existente no Brasil, com o mesmo nome, mas com características distintas. Embora destinado à pequena criminalidade, em 2007, por meio da Lei 48, Portugal deu maior abrangência ao consenso no processo penal, permitindo tramitar pelo rito sumaríssimo os crimes com pena de prisão não excedente a 5 (cinco) anos, ao passo que, no

²⁸¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 4.

²⁸² Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Monitorização da reforma penal: primeiro relatório semestral. Coimbra, 2008. p. 71-72. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/monitorizacao_reforma_penal.pdf. Acesso em 28 de maio de 2019.

Brasil, o mesmo rito, disciplinado pela Lei 9.099/95, somente se aplica aos casos em que as penas máximas abstratas não ultrapassem a dois anos.

Inexiste, pois, proximidade à colaboração premiada, visto que tanto no direito penal português quanto no direito penal brasileiro, no procedimento sumaríssimo (destinado à pequena criminalidade), não há uma colaboração premiada, justamente porque, nesta, deve o agente adotar um posicionamento ativo (no sentido de colaborar com a justiça) e o Estado tem que conceder um prêmio em contrapartida, por isso fala-se em colaboração *premiada*.

Analisando-se, em terceira abordagem, a (iii) mediação penal de adultos, não se encontra correspondente no direito penal brasileiro, vez que se aplica aos crimes em que processo penal depende de queixa ou de acusação particular do ofendido, sobretudo quando versarem contra crimes contra a pessoa ou patrimônio. Ora, no direito brasileiro, por exemplo, os crimes patrimoniais, em regra, são de ação penal pública incondicionada, de modo que, verificadas provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, deve o Ministério Público oferecer a denúncia, até mesmo por força do *princípio da obrigatoriedade* e da *indisponibilidade* da ação penal no direito brasileiro. Ademais, os crimes perseguíveis via queixa-crime (ação penal privada) restringem-se, basicamente, aqueles que tutelam a honra (calúnia, injúria e difamação). Nesse caso, cabe o consenso quanto à transação penal, reparação civil dos danos. Mas não se trata, em hipótese alguma, de “colaboração premiada”, já que independe de colaboração e também não oferece prêmios.

O Sistema Português, por sua vez, no que tange aos crimes patrimoniais, *v.g.*, difere do brasileiro ao condicionar o procedimento criminal à queixa²⁸³; e inova ao permitir a transação entre o autor do ilícito e a vítima para extinção do procedimento criminal. Retira-se a ideia do direito como modo preventivo para reiteração dessas condutas lesivas e mantém-se, seu caráter de *resolvedor de conflitos da sociedade*²⁸⁴

Não se pode negar, todavia, que em Portugal, como visto, existe a chamada (iv) colaboração processual ou arrependimento, instituto esse que, pelo menos em tese, assemelha-se à colaboração premiada brasileira, prevista na lei 12.850/13. Nesse sentido argumenta-se porquanto o artigo 31²⁸⁵ do Decreto-Lei 15, de 22.01.1993 estabelece a possibilidade de o

²⁸³ Art. 203, Código Penal Português

²⁸⁴ Professor Germano Marques da Silva, especialista em Direito Penal, na Universidade Católica, em Portugal, em entrevista para o Diário de Notícias. Disponível em < <https://www.dn.pt/portugal/burla-e-fraude-deixaram-de-ser-crime-1642615.html> > Acesso em 15 fevereiro 2022.

²⁸⁵ Artigo 31.º, Decreto-Lei 15, de 22.01.1993,

Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

arguido que colaborar com o processo isentar-se da aplicação da pena, nos casos de a) Tráfico e outras atividades ilícitas (art. 21); b) autorizados a deter material, equipamento ou substância para fabricação ou cultivo de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas que desviem a finalidade (art. 22); c) Associação criminosa e afins (art. 28), como integrar, chefiar, apoiar, colaborar com grupo criminoso.

Verifica-se que tal artigo se aplica a crimes mais graves, até então não alcançados pelo consenso, e impõe, como contrapartida para a atenuação ou dispensa da pena, que o arguido auxilie, concretamente, as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações criminosas.

A redação do artigo (do diploma português) traz, incontestavelmente, ideia similar àquela prevista no artigo 4º, da lei brasileira (12.850/2013)²⁸⁶, que dispõe sobre a possibilidade de concessão de perdão judicial, redução de 2/3 da pena privativa de liberdade ou possibilidade substituição por pena restritiva de direitos para aquele que colabora *efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal*, desde que resulte na identificação de todos os partícipes, a estrutura hierárquica, recuperação do proveito obtido pela organização criminosa e prevenção de novos crimes, bem como a localização de eventual vítima.

A despeito de haver uma diferenciação quanto aos prêmios, a ideia é a mesma: *premiar aquele que colaborou com as autoridades públicas na elucidação de fatos criminosos, sendo a confissão pressuposto elementar para a premiação, seja no direito português, seja no direito brasileiro.*²⁸⁷ No direito português, outrossim, há certa precaução às palavras do arguido colaborador ou arrependido, o que não ocorre no direito brasileiro, vez que, neste país, *a jurisprudência tem recebido até mesmo denúncia com base exclusivamente em delação premiada.*²⁸⁸ Para o colaborador, no sistema lusitano,

²⁸⁶ Artigo 4º, Lei 12.850/2013

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

²⁸⁷ Os casos de confissão previstos na legislação portuguesa foram consideravelmente trabalhados no capítulo três, para o qual se remete o leitor, evitando-se, assim, a repetição desnecessária de informações.

²⁸⁸ Segundo o Ministro da Suprema Corte Brasileira, em decisão proferida no bojo do INQ 3989 / DF , “O depoimento de delator, por si só, pode autorizar o recebimento de denúncia”. Interessante pontuar que, ao julgar o caso, o Ministro falou em indeclinabilidade da persecução pena para justificar o recebimento de denúncia com base em colaboração premiada, que é, por si só, um meio mitigatório da obrigatoriedade, a saber: “De exercício indeclinável, a “persecutio criminis” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. [...] “O depoimento do agente colaborador – embora não legítimo, quando for o único elemento incriminador, a prolação de condenação penal – pode autorizar, no entanto, a formulação e, até mesmo, o recebimento de denúncia, especialmente se os elementos veiculadores da imputação penal acharem-se, como ocorre na espécie, minimamente corroborados por fontes autônomas de prova.” Voto disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/delacao-suficiente-recebimento-denuncia.pdf>>. Acesso em: 26 de jun. de 2019

dá-se o prêmio como medida de política criminal, porque colaborou com as autoridades, ao passo que, para o arrependido, existe certa tolerância social, o que justifica uma “segunda chance”.

Por fim, prevê o direito português, ainda, o instituto da (v) confissão integral e sem ressalvas, o qual, todavia, não equivale à colaboração premiada à *brasileira*, na qual a própria lei prevê um acordo²⁸⁹ entre acusador e acusado, sem a participação do Estado-Juiz, para “*preservar a imparcialidade*”. Isso porque, em Portugal, para além de não se dar tanta importância ao colaborador como no Brasil (*remete-se o leitor para a nota de rodapé n.º 230*), neste país não se cogita o estabelecimento prévio de prêmios antes da sentença.

Nesse sentido, a demonstrar a impossibilidade de acordos sobre sentenças criminais, veja-se o item número 4, do artigo 344, do CPPP, segundo o qual “verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o *Tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova*”. Ora, a toda evidência, a liberdade judicial de apreciação dos fatos e aplicação da pena permanece livre, não se vinculando a nenhum acordo anterior.

Aliás, como objeto do item 3.6.2, que discorreu sobre *a confissão integral e sem ressalvas e a (im)possibilidade de barganha no processo penal português*, manifesto que a proposta de Figueiredo Dias chegou a desenhar um modelo de negociação acerca de sentenças criminais, contando, inclusive, com a concordância da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (por meio da recomendação n.º 01/2012) e a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra (por intermédio do memorando datado de 19/01/2012). Nada obstante, tal posicionamento não restou encampado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que anulou um dos casos em que o modelo negocial foi adotado, tendo em vista que, para a Corte Suprema Lusitana, inexistia amparo legal na celebração de acordos sobre sentenças, à exceção daquele previsto para o procedimento sumaríssimo.²⁹⁰

Mais recentemente, a propósito, os juristas lusitanos José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão, em estudo sobre a cooperação internacional entre Brasil e Portugal, fizeram detida análise crítica sobre a compatibilidade de acordos de colaboração celebrados na “*Operação Lavajato*”, berço da colaboração premiada, em relação aos cânones do Direito Português. Em sua investigação, destacaram que a apreciação crítica não versaria sobre a bondade constitucional da colaboração premiada instituída pela Lei brasileira n.º 12.850/13 no

²⁸⁹ Artigo 4º, parágrafos 6º e 7º, da Lei 12.850/2013: § 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. § 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.

²⁹⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019. p. 160.

quadro do sistema jurídico brasileiro ou sequer do português, mas tão-só, e muito mais singelamente, sobre a compatibilidade dos referidos concretos acordos de colaboração premiada com princípios estruturantes das ordens jurídico-constitucionais do Brasil e de Portugal, atentando-se à relevância da ordem pública como obstáculo à cooperação judiciária em matéria penal solicitada ao Estado português.²⁹¹

Desse modo, contrariando não só previsões legais, como também posicionamentos jurisprudenciais sedimentados no Direito Brasileiro, os juristas concluíram que, por padecerem “de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades”²⁹², de maneira alguma seria legítima a utilização e cognição dos meios de prova angariados através dos acordos de colaboração premiada brasileiros, especificamente aqueles analisados por Canotilho e Brandão.

Com efeito, tal inadmissibilidade se daria, dentre outras, pelas seguintes razões: (i) é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal; (ii) o ministério público não pode alterar o regime de cumprimento da pena em acordo firmado antes de sentença; (iii) impossibilidade de diminuição da pena de multa, já que artigo 4º, caput, da Lei 12.850/2013 só prevê redução ou perdão das penas privativa de liberdade e restritiva de direitos; (iv) inconstitucionalidade de acordos preverem o início do cumprimento da pena imediatamente após sua assinatura; e, por fim, (v) a inviabilidade jurídica de o MP firmar compromisso no sentido de não propor novas investigações e ações decorrentes dos fatos que são objeto do acordo de colaboração, uma vez que, nesse caso, “ao deixar de agir, mesmo sabendo da ocorrência de delitos, o órgão descumpra suas funções institucionais de promover a ação penal e requisitar investigações e a instauração de inquéritos (artigo 129, I e VIII)”²⁹³

Acrescentam, os autores, que – diferentemente do Direito Brasileiro – perseguir, prevenir e combater a “criminalidade organizada transnacional e a corrupção”²⁹⁴, nos moldes preceituados pelas Convenções de Mérida e Palermo, afastando a proteção das liberdades e

²⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. p. 135 Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.

²⁹²CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 164 Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022..

²⁹³ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação da "lava jato" são ostensivamente ilegais, diz Canotilho**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>> Acesso em: 25 jun. 2019.

²⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 137 e 140 Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.

princípios basilares do sistema criminal, não seria justificativa suficiente para a ampliação da aplicação do r. instituto premial, no Sistema Português.

Seguindo sua análise, Canotilho e Brandão asseveram acerca dos riscos da incorporação de arguidos como meios processuais de prova, provocando a “*erosão dos princípios materialmente constitutivos*”²⁹⁵. Nas visão dos r. doutrinadores, ao utilizar a delação premiada como meio de obtenção de prova, há prejuízos à investigação e à instrução do processo penal, transformando-se em um *sistema autopoiético*, apartado da principiologia juridico-constitucional²⁹⁶. Novamente, recai-se em uma lógica utilitarista, admitindo-se, por parte do Estado, a negociação da própria Justiça.²⁹⁷

Nesse compasso, é imperioso concluir que a colaboração premiada “à brasileira”, analisada em comparação com o Direito Português (no qual também inspirou-se), a ele não se equivale, porquanto, a despeito das semelhanças, os espaços de consenso existentes no Direito Brasileiro – tanto no plano legal, jurisprudencial e negocial – extrapolam as balizas legais lusitanas, como exaustivamente demonstrado no decorrer do presente estudo.

²⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 137. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.

²⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: refl exões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 139. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.

²⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: refl exões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 146. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado da ampla reflexão acerca dos novos parâmetros que têm ditado as regras e os rumos do direito penal e processual penal, analisados sob uma perspectiva dos principais modelos processuais existentes no direito comparado, algumas importantes conclusões necessitam ser extraídas, especialmente para que o presente estudo atinja a sua finalidade, qual seja, realizar uma análise do instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, como espaço de consenso no processo penal negocial, à luz do direito comparado.

De prelúdio, é indubitável que a ampliação e a expansão dos espaços consensuais no direito penal mundial, em certa medida, decorre de um fato simular aos mais diversos países: excesso de demandas e a morosidade estatal na resposta judicial. Isso independe do sistema vigente ser *common law* ou *civil law* – este último adotado por Portugal, Itália e Brasil, analisados no decorrer do presente estudo.

Com efeito, numa modernidade líquida, de inegável avanço tecnológico e relações interdisciplinares incontáveis, cresce a velocidade comunicativa e, ao mesmo tempo, potencializa-se os riscos existentes na pós-modernidade. O Direito, com o seu próprio tempo, não consegue acompanhar, se mantida a base dogmática clássica, os anseios sociais, que exigem quase que instantaneamente respostas criminais imediatas as afrontas aos bens jurídicos que são atingidos por uma criminalidade acelerada.

Nesse contexto, optou-se por adotar, também no âmbito do direito penal e processual penal, mecanismos outros – que não a contenda – com finalidade de atingir os fins esperados do direito criminal, que visa, em última análise, a pacificação social e a convivência harmônica dos sujeitos integrantes de uma sociedade. Para isto, tem-se defendido, como justificava da chamada justiça negocial, a adoção de um *neo processo penal*, cujas bases são a dignidade da pessoa humana, o alcance a efetiva razoável duração do processo e, por último, a eficiência. Esses, como bem demonstrado no capítulo inaugural, figuram como bússola a orientar essa mudança paradigmática no modelo pós-moderno de resolução de conflitos criminais.

Malgrado as bases legitimantes do processo penal negocial sejam deveras convincentes, foi possível constatar-se que tais premissas não passaram imunes às críticas, que denunciam a aniquilação de um processo penal efetivo, que se transmuda, em certo grau, num mecanismo de resolução de litígios e não ao verdadeiro alcance da justiça, fim último do processo penal. De fato, muito se criticou a busca quantitativa pela diminuição de casos penais, como uma mera visão utilitarista do processo penal.

Ademais, outros aspectos que não são aceitos facilmente por grande parte dos críticos à

justiça consensual é a imposição, para o alcance mais “célere” do cumprimento judicial, da renúncia de direitos e garantias fundamentais, como, *v.g.*, a presunção de inocência, a vedação à não autoincriminação, a desistência de recursos e ações constitucionais. De igual forma, entende-se que a valorização da autonomia da vontade, nesse campo do direito, não seria um fundamento válido, dado que na seara criminal inexistente, verdadeiramente, uma paridade negocial nos acordos, sendo tal inexistência mais notável naqueles casos celebrados com acusados presos, o que afastaria, por completo, a aludida voluntariade.

Por fim, ainda no primeiro capítulo, verificou-se que a doutrina mundial contrária à barganha no processo penal é uníssona ao afirmar que a negociação ou mesmo o consenso do nessa área do Direito acaba por mitigar sobremaneira o papel do Poder Judiciário, bem como por valorizar demasiadamente os poderes atribuídos ao Ministério Público - que passa a ter uma grande atuação na fase inquisitiva - deixando o processo penal ser uma medida secundária, de difícil alcance, sobretudo porque, em havendo acordo, desaparece o contraditório, já que os aderentes tem muitas premissas a seguir e, dentre elas, a não impugnação do disposto nos negócios são comuns em grande parte do globo.

Seguindo a abordagem, na investigação do parâmetro justiça penal negociada no modelo norte-americano e no sistema europeu, restou evidenciado que o arrimo do ordenamento jurídico norte-americano - no qual noventa por cento dos casos penais são resolvidos mediante acordos - não se aproxima das bases existentes no direito europeu, adepto de um sistema codificado (*civil law*), com princípios próprios que regem a atividade ministerial, como, *v.g.*, a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública.

No capítulo três, tido como paradigma ao desenvolvido deste estudo, que tratou dos espaços de consenso no sistema de justiça penal negociada no direito português, foi possível constatar que, em Portugal, embora haja diversos mecanismos de resolução consensual no processo penal – a saber: *(i)* Suspensão provisória do processo; *(ii)* Procedimento sumaríssimo *(iii)* Da mediação penal de adultos; *(iv)* colaboração processual ou arrependimento; *(v)* confissão integral e sem ressalvas –, nenhum deles se aproxima da justiça consensual “à brasileira”, que, mesmo tendo base dogmática europeia, encampou (parcialmente) o espírito dos EUA, passando a prever acordos sobre os rumos do processo, possibilitando, inclusive, a não instauração do mesmo em desfavor do colaborador (vide o art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013).

Dessa forma, pôde-se averiguar que, diferentemente do que está sendo aceito no Direito Brasileiro, após o advento do Pacote Anticrime (Lei 12.850/2013), que previu a possibilidade de um acordo formal e escrito entre colaborador e acusação, no Direito Português inexistente tal regulamentação. Para além de inexistir viabilidade no acordo sobre o sentenciamento, no direito

lusitano recusou-se até mesmo a proposta de Figueiredo Dias, segundo a qual, para dar segurança jurídica ao arguido (colaborador ou arrependido), poder-se-iam elaborar acordos sobre a sentença.

Portanto, restou evidente, no terceiro capítulo, que a barganha propriamente dita – *acordo sobre sentenciamento* – não foi implementada em terras portuguesas, haja vista a ausência de regramento normativo específico sobre os limites e aspectos procedimentais a serem adotados pelos sujeitos processuais. A repulsa a tal comportamento ficou sedimentada após a decisão do Supremo Tribunal de Justiça Português, que não aceitou a proposta de Figueiredo Dias, inviabilizando totalmente a “*negociação sobre sentenças*”, razão pela qual assentou-se a inexistência, em solo lusitano, da chama *barganha penal*.

No penúltimo capítulo, dedicado aos espaços de consenso no Direito Brasileiro, foi possível perceber que o consenso penal existe desde de 1995, quando introduzido pela Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), destinada especificamente à pequena criminalidade, alcançando apenas as infrações penais cuja pena máxima não ultrapassasse o limite de dois anos de prisão. Nada obstante, a despeito de a referida legislação dar vida ao direito consensual, somente em 2013, por meio da Lei 12.850 (que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal), que o legislador Brasileiro introduziu a barganha, já que previu a possibilidade de celebração de acordo de colaboração premiada, o qual, tendo caráter de negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez homologado pelo juízo, gera ao colaborador o direito subjetivo aos prêmios pactuados, numa inegável aproximação à sistemática do *plea bargaining*, típico do direito penal norte-americano.

No quinto e derradeiro capítulo, dedicado à análise da colaboração premiada como espaço de consenso no Processo Penal Brasileiro, tendo como parâmetro o direito comparado nos ordenamentos jurídicos norte-americano, italiano e português, restou patente que o sistema de negociação brasileiro é algo “*sui generis*”, porquanto, dado o seu caráter misto, é igual e diferente a todos os ordenamentos jurídicos. Vale dizer: ao mesmo tempo em que se assemelha ao direito dos EUA, dele se difere, já que naquele país não se fala em princípio da obrigatoriedade. Aliás, no sistema negocial norte-americano goza o promotor de enorme possibilidade de barganha, razão pela qual chega a se afirmar que o exercício da ação penal pública se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores – *prosecutorial discretion* –, que se manifesta também na atividade policial e jurisdicional da pena – *probation*.

Por outro lado, no tocante ao sistema italiano, pôde-se concluir que, apesar de a estrutura do sistema brasileiro se lhe aproximar, visto que ambos são adeptos do *civil law*, em tema de justiça penal, os regramentos não se assemelham tanto assim. Outrossim, destoando do direito

brasileiro, viu-se que na Itália há juízes competentes para atuar exclusivamente na fase de investigação, os quais figuram como juiz das garantias e, tendo o magistrado atuado na investigação, examinado ou deferindo qualquer uma medida cautelar requerida pelo MP, estará automaticamente impedido de funcionar no futuro processo penal, enquanto que, no Brasil, a prevenção é critério de fixação de competência, sendo certo que o juiz que homologa o acordo de colaboração premiada, via de regra, é o mesmo que julgará o mérito da ação penal, em inegável (pré)julgamento causa, típico do sistema processual tupiniquim.

Ficou claro que a sistemática processual penal italiana, inegavelmente, possui aspectos mais avançados que o defasado processo brasileiro, o que dificultou ainda mais a harmonização das “importações teóricas” tão comumente levadas a efeito neste país. A propósito, restou inequívoco que, no Brasil, o sistema de consenso não guarda profunda identidade com o sistema italiano, mas apenas e tão somente meras e superficiais influências, as quais foram “adaptadas”, à força, evidenciando que a colaboração premiada tão aplaudida aqui é uma “adequação” forçada - que não é igual a ninguém e diferente de todo o resto do mundo.

Por fim, quando da análise comparativa entre os espaços de consenso no Processo Penal Brasileiro e o Processo Penal Português, sedimentou-se o entendimento de que os mecanismos lusitanos não se afiguram, em nada, à colaboração premiada nos moldes brasileiros. Tanto é verdade que, como exposto no capítulo próprio, contrariando não só previsões legais, como também posicionamentos jurisprudenciais já “pacificados” no Direito Brasileiro, Canotilho e Brandão, em análise a alguns acordos celebrados em solo tupiniquim, foram enfáticos ao afirmarem que os pactos premiais, por padecerem “*de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades*”²⁹⁸, de maneira alguma poderiam ser utilizados legitimamente como meio de provas, já que os mecanismos negociais aqui utilizados e permitidos são totalmente rechaçados no direito processual penal lusitano, que não permite, v.g. como o faz o Brasil, a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal, tampouco a negociação, entre acusado e Ministério Público, da diminuição da pena de multa, o início do cumprimento da pena imediatamente após a assinatura de acordo (que nem tem previsão legal no direito português), dentre outras tantas trabalhadas no capítulo cinco.

Diante de todos os posicionamentos expostos, pôde-se perceber que os espaços consensuais no direito brasileiro são singulares, incomparáveis, tanto que, como devidamente demonstrado no decorrer do presente estudo, razão possui Diogo Malan quando, ao tratar do tema, afirma que a colaboração premiada foi importada do Direito norte-americano sem a devida adaptação ao sistema brasileiro e que justamente por isso, “*é como uma cuíca numa orquestra sinfônica ou um violoncelo numa bateria de*

²⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.p. 164 Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em: 25 jun. 2019.

escola de samba”.²⁹⁹

Em conclusão, por ter uma natureza multifacetada, agregando características de sistemas antagônicos entre si – exemplo *common law* e *civil law* –, a colaboração premiada como espaço de consenso, no Brasil, é uma verdadeira colcha de retalhos ou, como bem expressado por Aury Lopes Jr., um “Frankenstein” jurídico-legislativo, sem densidade normativa e de escasso conteúdo semântico-jurídico.

²⁹⁹ RODAS, Sérgio. **No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>. Acesso em: 23 abr. 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.1 - BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Maria Cândida de. “**A Ação Penal catapulta da segurança interna**”. *In*: I Colóquio de Segurança Interna. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2005.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019.
- ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 p. 187. Apud: NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro**. 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.
- ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.
- ARRUDA, Rejane Alves de. Org. Ricardo Souza Pereira. **Organização Criminosa: comentário à lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cezar. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. vol. II. 20. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/43348/1/RBCCrim%20133_Nuno%20Brand%C3%A3o.pdf> Acesso em 15 fev 2022.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Duração razoável: o tempo (kairológico) do devido processo constitucional**. 2014. 211 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CoutinhoCMC_1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.
- COUTINHO, Jacinto de Mirada. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **In: revista de estudos criminais**. [S.1], a.1, n. 1, p. 26-27, 2001.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei 12.850/13., 3ª ed.**, Salvador: JusPODIVM. 2015.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – lei 12.850/13**. Salvador: JusPODIVM. 2013.
- DIAS, Jorge Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo princípio?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas-SP: Copola, 1999.
- GARCÍA, Nicolás Rodrigues. El consenso en el proceso penal español. Barcelona: Maria Bosch Editor, 1997a. p. 97. apud ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Bahia, 2019. p. 84.
- GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina García. **La mediación penal de Adultos en Portugal: a propósito de la recensión del libro de André Lamas Leite, A Mediação Penal de Adultos, um novo “paradigma” de justiça?** (Análise Crítica da lei nº 21/2007, de 12 de junho)

in: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-r4, p. r4:1-r4:6
– ISSN 1695-0194.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador – BA: JusPODIVM, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>

JARDIM, Afrânio Silva. **Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>. Acesso em: 10 jul. 18.

JUNIOR LOPES, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Juizados especiais criminais: a concreção antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004. p. 38. Apud: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LE MOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. **Delação premiada de acusado preso**. In: Bruno Espiñeira; Felipe Caldeira. (Org.). **Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 75 – 89.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação penal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal comentada**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 530.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª Ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 20 maio 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?**2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecete-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 21 maio 2019.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de prazo razoável e de celeridade: observações a respeito da justiça alemã. In: MONTE, Mario Ferreira (Org). **Que futuro queremos para o processo penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MEDEIROS, Flavio Meirelles. **Direito Processual Pena. Necessidade e Importância. Autonomia. Finalidade.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1027>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MELO, Ozorio de. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 24 abr. 2019.

MELO, Valber. BROETO, Filipe Maia. **Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. Consultor Jurídico – Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opinio-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTE, Mario Ferreira. Os limites da Justiça Penal Negociada. In: Manuel Monteiro Guedes Valente. Os desafios do direito (penal) do Século XXI. Lisboa: Legit Edições, 2018, pp. 53-79.

MOREIRA, Romulo Andrade de. **A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e as suas exceções no direito brasileiro.** JusBrasil. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

MOSSIM, Heráclito Antônio; MOSSIM, Júlio César O. G. **Delação Premiada: Aspectos Jurídicos.** São Paulo: J.H. MIZUNO, 2016.

MUSSO, Rosana Gambini. **II Processo Penale Statunitense, Soggetti ed Atti,** 2. Ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 33-33

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 2ª ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Filipe Maia Broeto. **Colaboração Premiada Como Direito Subjetivo Do Colaborador:** da (im)possibilidade de vinculação do estado-juiz ao pacto celebrado entres as partes. 2018. 45 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Ciências Penais, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2018.

NUNES, Filipe Maia Broeto. **A gestão da prova, pelo juiz, como critério identificador do sistema processual penal vigente no direito brasileiro.** 2018. 35 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Processo Penal, Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Coimbra, 2018.

NUNES, Filipe Maia Broeto; MELO, Valber. Colaboração premiada: uma tentativa de implantação do sinalagma contratual na justiça penal negocial por meio do discovery. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5696, 4 fev. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69046>>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____ **O Utilitarismo de Stuart Mill.** Disponível em: <https://filomoniz.blogs.sapo.pt/2093.html>. Acesso em: 20 de maio de 20019.

- OLIVEIRA, João Miranda Alves de. **A Delação Premiada no Sistema Jurídico Português**. Lisboa.2018. 76 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Portugal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/40482/1/ulfd140315_tese.pdf>.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.
- PAULO, Alexandre Ribas de. **Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919#_ftn4. Acesso em: 12 jun. 19.
- PERRODET, Antoinette. “Il processo penale in Italia”. In: Procedure Penali D’ Europa. Mirelli Delmas-Marty e Mario Chiavario (Org). 2ª ed. Padova: CEDAM, 2001, pp. 299-300 apud: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In; DELMAS-MARTY, Mireile (Orga.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 341-429 apud BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.
- ROCHA, Daniel de Almeida. **Princípio da eficiência e processo**: eficiência administrativa e eficiência processual em prol da razoável duração do procedimento judicial. 2011. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RochaDA_1.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.
- RODAS, Sérgio. **Acordos de delação da "lava jato" são ostensivamente ilegais, diz Canotilho**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>> Acesso em: 25 jun. 2019.
- RODAS, Sérgio. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 20 de maio de 2019.

- ROSA, Alexandre Moraes da. **Uma proposta das etapas da cooperação premiada diante da ausência de regras claras**. In: Luiz Flávio Gomes; Marcelo Rodrigues da Silva; Renan Posella Mandarino. (Org.). Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 79 – 99.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório Modara, 2017.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- SCHUNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo uma perspectiva global**. Revista de Derecho Penal y Criminología, v. 25, n76, p. 175-197, 2004.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, Germano Marques. **Curso de Processo Penal II**. 5ª ed. Lisboa, Portugal: Babel, 2011.
- SILVA, Rahym Costa da. **Plea bargaining: uma análise sobre a juridicidade da barganha penal consentânea aos princípios constitucionais brasileiros**. 2013. 90 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27246/1/2013_tcc_resilva.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. **Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>>. Acesso em: 20 maio 2019.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **"O passarinho pra cantar precisa estar preso": Viva a inquisição!** 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>>. Acesso em: 21 maio 2019.

VALENTE, Manuel Guedes. - "Evolução sócio-jurídica da criminalidade". *Revista Arquipélago-História, Revista da Universidade dos Açores* – Departamento de História e Ciências Humanas VIII (2004): 281-308.

VALENTE, Manuel Guedes. **Escutas telefônicas. Da excecionalidade à vulgaridade.** 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2008.

VALENTE, Manuel Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial.** 3^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina. 2012.

VALENTE, Manuel Guedes. - **Do Ministério Público e da Polícia – Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano.** Lisboa: UCE, 2013

VALENTE, Manuel Guedes. - **O(s) saber(es) e a formação como nómos de afirmação dos modelos constitucionais de polícia.** REVISTA BRASILEIRA DE SEGURANÇA PÚBLICA, Ano: 2015 | Volume: 9 | Número: 1, ISSN: 19811659.

VAN CLEAVE, Rachel A. **An offer you can't refuse? Punishment without trial in Italy and the United States:** the search for truth and an efficient criminal justice system. *Emory International Law Review*, v. 11, p. 419-469, 1997. p. 446-447. apud VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano:** análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019.

VASCONCELLOS, Marcos de. **Acordo de Paulo Roberto Costa prevê renúncia a recurso e envolve até familiares.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/acordo-costa-preve-renuncia-recurso-envolve-familiares>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano:** análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça

criminal. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015 Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. www.redp.com.br ISSN 1982-7636 PP 435-453. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em 24 abr. 2019

1.2 – DIPLOMAS E DOCUMENTOS

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [ES]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 23 de maio de 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 24 abr. 2019.

Juízes criminais apoiam proposta de Moro sobre acordo penal. Disponível em: <https://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2019/01/06/juizes-criminais-apoiam-proposta-de-moro-sobre-acordo-penal/>. Acesso em: 20 de maio de 2019
Lei de combate ao terrorismo (em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho) - décima segunda alteração ao Código de Processo Penal e décima quarta alteração ao Código Penal. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/656128/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/609309/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Acordos sobre a sentença em processo penal.** Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html. Acesso em: 04 jun. de 2019.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Código de Processo Penal Português.** Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nverso=&so_miolo=. Acesso em: 31 de maio de 2019.

REGIME DE MEDIAÇÃO PENAL. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis. Acesso em: 28 de maio de 2019.

Revê a legislação de combate à droga. Diário da República Eletrónico. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/609309/details/maximized>. Acesso em: 30 de maio de 2019

TRF-4 nega execução antecipada de pena firmada em delação. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/trf-nega-execucao-antecipada-pena-firmada-delacao>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z4tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8. Acesso em: 06 jul. 2018.

Voto proferido oralmente por ocasião do julgamento da QO na Pet 7074. Disponível em: www.youtube.com/watch?v=rZwTly2xKaw&list=PLippyY19Z4tur_6-j2luHk2X-cmDrDDK8. Acesso em: 06 jul. 2018.

Manuel Monteiro Guedes Valente em entrevista à revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-dez-09/entrevista-manuel-monteiro-guedes-valente-jurista-portugues> > acesso 05 fev 2022.