

## 1. INTRODUÇÃO

Falar de Justiça Criminal Negocial significa tratar de mudança de paradigmas. Os fundamentos que envolvem as negociações trazem um verdadeiro reboiço nos clássicos princípios do processo penal garantista, que com muita luta foram conquistados em favor do investigado/acusado.

Se antes a preocupação estava em atribuir ao investigado ou acusado o *status* de sujeito de direitos, garantindo-lhe o direito de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo (*due process of law*), o de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), o da presunção de inocência etc., cuja aplicação parecia quase de maneira absoluta e indisponível, atualmente, as referidas prerrogativas são colocadas em um novo cenário. Não são, e nem poderiam ser, excluídas, mas são realocadas em um espaço de consenso, de disponibilidade.

A impressão que se tem, quando falamos em tal evolução, é que o processo penal protegia o investigado/acusado de maneira indisponível, como um pai que dita as regras ao filho com o fim de protegê-lo, sem dar-lhe a possibilidade de discuti-las, dando a entender que o filho não teria condições de saber o que é melhor para si. Entretanto, ao atribuir a característica de disponibilidade aos citados direitos, o pai reconhece que o filho cresceu e tem condições de escolher como exercerá seus direitos, mas sempre se mantendo na posição de garantidor, supervisionando-o.

Com efeito, o Processo Penal brasileiro deixou os dogmas tradicionais de lado, que exigiam rigoroso procedimento de busca da verdade real e colocavam o acusado na posição passiva de ter que aguardar a acusação conseguir provar o fato que contra ele foi imputado, e passou a adotar o modelo de solução consensual, que preza pela cooperação entre as partes e onde é primada a eficiência do processo e é chamado o acusado a participar da busca pela verdade, em troca de benefícios em sua punição diante dessa mostra de arrependimento.

Justifica-se a escolha do tema relativo à Justiça Penal negociada diante da calorosa discussão que atualmente envolve a Justiça brasileira concernente aos frequentes acordos de colaboração premiada, mormente em sede da operação Lava-jato que vem sendo noticiada dia-a-dia e que tem chamado a atenção de toda a população.

No primeiro tópico serão tratados os princípios clássicos relativos à ação penal, e a sua nova concepção, diante da Justiça consensual. Então, no segundo tópico, será analisado o modelo da Justiça penal negociada, sua origem, bem como será estudada a barganha no sistema americano (*plea bargaining*), e os modelos consensuais no Brasil. Por fim, optou-se

por abordar instituto da colaboração premiada, importante instrumento de investigação e mecanismo de negociação no processo penal.

## **2. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS**

Tratar de Justiça criminal negociada (ou negocial) exige o estudo dos princípios que fundamentam o processo penal e, em especial, que regem a ação penal. Com efeito, muitas das dúvidas e polêmicas sobre institutos como a colaboração premiada são solucionados com a interpretação e aplicação dos referidos princípios.

Destarte, neste tópico, será estudada a base principiológica que fundamenta os institutos da Justiça criminal negociada, partindo, então, dos princípios que regem a ação penal.

### **2.1. Princípios da Ação Penal**

#### **2.1.1. Obrigatoriedade**

Para o professor Guilherme de Souza Nucci, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é decorrente da “conjunção do princípio da legalidade penal associado aos preceitos constitucionais que conferem a titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público e, em caráter excepcional, ao ofendido” (NUCCI, 2013, p. 111).

O princípio da obrigatoriedade é, assim, decorrência do princípio da legalidade, uma vez que este indica que “não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine”. Com efeito, havendo lei, deve ser reconhecido o crime e aplicada pena (NUCCI, 2013, p. 111).

Neste sentido, considerando que o princípio da legalidade condiciona o reconhecimento de crime e aplicação de pena à existência de prévia lei, e tendo em vista que a única forma de aplicação de sanção penal é através do devido processo legal, a conclusão é que havendo a referida lei prévia e o cometimento de um fato nela tipificado, o Estado está obrigado a promover a ação penal para buscar a punição do agente.

Nesta toada, Nucci ensina que “não se trata de mera faculdade do Poder Judiciário aplicar a lei penal ao caso concreto, embora saibamos que, atento ao princípio do devido processo legal, não poderá haver sanção sem que exista processo. Ora, se o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, nos casos de crime de ação pública, a única maneira viável de se aplicar a pena é através da materialização do processo criminal, exigindo-se a atuação do

Estado-acusação” (NUCCI, 2013, p. 111). Assim, “de acordo com esse princípio, o promotor não pode **transigir** ou **perdoar** o autor do crime de ação pública” (ESTEFAM, 2015, p. 670).

Destarte, “a obrigatoriedade da ação penal é uma exigência lógica do aforismo de os delitos não podem ficar impunes (*nec delicta maneant impunita*)” (RANGEL, 2015, p. 239).

No Brasil, tradicionalmente, a regra é a obrigatoriedade da ação penal, prevista no artigo 24 do Código de Processo Penal, não cabendo ao Ministério Público, titular da ação penal, a escolha entre propor ou não a ação penal, pois, “quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social” (CAPEZ, 2012, p. 160).

Citavam-se como exemplos de exceção à obrigatoriedade, como uma mitigação a este princípio, e que decorria o princípio da oportunidade, os casos de ação penal privada, ou de ação penal pública condicionada à representação, tratando-se, neste último caso “da incidência de ambos os princípios, ou seja, oportunidade para o oferecimento da representação e obrigatoriedade quando o Ministério Público a obtém” (NUCCI, 2013, p. 111).

“Entretanto, atualmente, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é mitigado por outros institutos, trazidos por leis que passaram a autorizar o titular da ação penal a não a promover, como por exemplo, a Lei 9.099/95, que inaugurou a transação penal, ou, ainda, conforme será futuramente abordado e detalhado, os acordos de colaboração premiada, que autorizam o não ajuizamento da ação penal como parte do acordo. Neste sentido, Guilherme Madeira Dezem afirma que, quanto ao princípio da obrigatoriedade, há mitigação deste princípio naquilo que ficou conhecido como princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade restrita. Por este princípio, o promotor de justiça não irá oferecer denúncia nas hipóteses em que houver a presença dos requisitos da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), no Juizado Especial Criminal. O Jecrim trabalha com o modelo do consenso que estabelece que, observados determinados requisitos, não será proposta a denúncia, e, sim, será feito a oferta de transação penal” (DEZEM, 2015, p. 185).

Cumpre, por fim, mencionar que decorre do princípio da obrigatoriedade o princípio da indisponibilidade da ação penal. Com efeito, “obrigatoriedade e indisponibilidade são verso e reverso da mesma moeda. Enquanto o primeiro princípio atua na fase pré-processual, o segundo atua quando instaurada a ação penal” (DEZEM, 2015, p. 186).

Destarte, uma vez proposta a ação penal, o representante do Ministério Público não pode dela desistir, regra também disposta no artigo 42 do Código de Processo Penal.

Assim com a obrigatoriedade, a indisponibilidade também sofre certa mitigação por parte de alguns institutos, como a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95 ou por força de acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/13.

### **2.1.2. Oportunidade**

O princípio da oportunidade é aquele que se opõe à obrigatoriedade, e supõe o “reconhecimento ao titular da ação penal da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado” (MONTERO AROCA *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 38).

Ao relacionar a obrigatoriedade da ação penal à legalidade, dá a entender que a oportunidade, que é o inverso daquela, estaria no campo da ilegalidade. Por este motivo, desenvolveu-se a figura da discricionariedade regrada. “Argumenta-se que ao associar o adjetivo ‘regrada’ estipula-se que a própria lei fixará as condições de aplicação do princípio da oportunidade e, assim, não se constituiria uma exceção, mas uma variedade da própria legalidade” (ARMENDA DEU *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 41). “Tratar-se-ia da situação em que o princípio da obrigatoriedade seria mitigado de modo restrito, somente nos casos previstos em lei e conforme critérios ali regulados; ou seja, “dentro do quadro geral de formal reconhecimento do princípio da legalidade, se introduzem limitações, de maior ou menor amplitude, à sua vigência, ao atribuir-se ao MP a possibilidade de renunciar ao exercício da ação penal” (VASCONCELLOS, 2015, p. 41).

Adotar os predicativos “regrada” ou “regulada” faz, então, pressupor a necessidade de a oportunidade ser adotada mediante a observância de requisitos fixados em lei, a fim, ainda, de afastar qualquer possibilidade dela ser maculada pela arbitrariedade, ou ainda, para diferenciá-la da discricionariedade, que é marcada pela possibilidade de adoção de critério subjetivos do acusador (SILVA, 2015, p. 38).

Cumpra observar que o tema não é pacífico, tendo em vista a posição de alguns doutrinadores que veem na expressão “oportunidade regrada” uma incongruência, pois, “ou temos a obrigatoriedade de forma exclusiva, ou vem ela acompanhada da oportunidade para os casos que a lei enumera, ou, raramente, se consagra a discricionariedade como regra geral” (JARDIM *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 41).

Eduardo Araújo da Silva afirma que a possibilidade de o titular da ação penal não a propor faz ser inserida mais uma hipótese de oportunidade no processo penal, ao lado dos institutos da Lei 9.099/95, ressaltando que não se trata “da adoção da oportunidade em sua

pureza, pois o Ministério Público está sujeito às regras legais que regem o instituto” (SILVA, 2014, p. 62). Acrescenta, ainda, que “não é a primeira vez que tal princípio [da oportunidade] figura na legislação brasileira em relação à ação penal pública, pois foi introduzido pela Lei nº 9.099/95, que disciplinou a possibilidade de o Ministério Público deixar de promover a ação penal pública em razão de acordo de transação penal com o suposto autor de infração penal de menor potencial ofensivo, desde que presentes os requisitos legais para tanto (art. 76). Dessa forma, está autorizada a disponibilidade da ação penal pública em razão de acordo de colaboração premiada com os envolvidos com a criminalidade organizada, desde que presentes os pressupostos do art. 4º, *caput* e seus incisos e §1º da Lei 12.850/13” (SILVA, 2014, p. 62).

Dentro da oportunidade, os parâmetros decisórios que conduzem o titular da ação penal a propô-la ou não, “podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador” (VASCONCELLOS, 2015, p. 48). Certo é que, “somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático (VASCONCELLOS, 2015, p. 48).

Tais parâmetros legais podem estar relacionados a fatores de ordem utilitária, político-criminal, econômico, entre outros.

Vinicius Gomes de Vasconcellos observa que “o princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade” (VASCONCELLOS, 2015, p. 48).

### **2.1.3. Obrigatoriedade e Oportunidade na Justiça Penal Negociada**

A oportunidade é a forma como os “mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual” (VASCONCELLOS, 2015, p. 53), mas com eles não se confunde, tendo em vista que é possível haver manifestação da oportunidade sem que haja espaços de consenso, ou seja, sem que haja acordo de vontades, como naquelas hipóteses em que há “decisão exclusiva do órgão acusador” (VASCONCELLOS, 2015, p. 54), prescindindo da vontade da outra parte.

Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma que “a não obrigatoriedade/oportunidade se caracteriza nas situações em que o decurso da persecução penal não segue seu decorrer legalmente previsto, em razão de opção do acusador ou acordo entre as partes” (VASCONCELLOS, 2015, p. 58).

## **3. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

### 3.1. Conceito

Giancomolli aponta que “a expansão dos espaços de consenso é cristalina tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro (GIACOMOLLI, 2015).

O professor Luiz Flávio Gomes ensina que há três modelos de resolução dos conflitos penais. O primeiro é o modelo dissuasório clássico, baseado na resposta punitiva estatal fundada na reprovação e prevenção. Para este modelo, não há margens de flexibilidade. Assim, para todo crime, a pena é um sucedâneo inafastável (GOMES, 2007).

O segundo, originado do sistema funcionalista, é o modelo ressocializador, “que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva)”. Por fim, o modelo consensual de Justiça penal, “fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (*plea bargaining*)” (GOMES, 2007).

Dentro do modelo consensual de Justiça penal, há, ainda, duas vertentes: a Justiça Penal consensuada baseada no modelo pacificador ou restaurativo, “que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade etc.”, e aquela baseada no modelo da Justiça criminal negociada, “que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc.” (GOMES, 2007).

No âmbito da Justiça penal consensuada, Vinicius Gomes de Vasconcellos conceitua Justiça Negocial (ou negocial) como “o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (VASCONCELLOS, 2015, p. 55).

Diversas críticas giram em torno do atual modelo negocial da Justiça Penal. Alguns afirmam que as negociações da pena têm mais a finalidade de atender interesses quantitativos, como a solução de um número maior de casos, e menos a preocupação de resolver a gênese dos problemas da criminalidade, a exemplo do entendimento de Nereu José Giacomolli, que observa haver “uma supervalorização das ideias de eficiência na proteção jurídico-penal”, com o escopo de “evitar trabalho e conseguir um benefício também do tipo econômico”, ou a “comercialização” no âmbito da Justiça Penal, as “negociatas” e a aproximação ao sistema da

*plea bargaining*”(GIACOMOLLI, 2015). Afirma, ainda, que “os agentes públicos (Magistrados membros do MP, policiais) concentram todas as suas forças e esperanças na solução preliminar, para encerrar de imediato um caso e começar outro, aumentando quantitativamente a produção, numa perspectiva utilitária do que lhes convém, de fortalecimento político-institucional. Tudo isso sem maiores esforços jurídicos ou científicos, senão unicamente com a arte da argumentação, da persuasão, do poder da linguagem, especialmente dirigida aos acusados mais propensos a dar crédito a quem exerce alguma espécie de poder, inclusive o jurídico ou o institucional. Assim, o MP não necessita lançar mão da argumentação jurídica, nem há necessidade de se esforçar para demonstrar a imputação acusatória” (GIACOMOLLI, 2015).

Outras críticas se baseiam na violação de princípios clássicos, como a presunção de inocência, a da vedação da autoincriminação, e da boa-fé.

Sobre a violação ao princípio da presunção de inocência, “uma das pedras de toque da configuração de um processo penal democrático”, Nereu José Giacomolli afirma que ele acaba dissipado e invertido “em um campo jurídico-penal pautado pela barganha” (GIACOMOLLI, 2015), pois, percebe-se que “tal garantia acaba distorcida com a consagração de uma presunção de culpa ou até de um “dever de confissão”. Embora exista quem tente afastar essa violação com argumentos teóricos, como um suposto não reconhecimento da culpabilidade (na transação brasileira) ou obscurecendo eventuais pressões impostas ao acusado, como exposto, há inescapavelmente o tensionamento do ditame da presunção de inocência na concretização dos mecanismos negociais no campo jurídico” (GIACOMOLLI, 2015).

Quanto à conseqüente autoincriminação nas negociações, os debatedores da justiça negocial afirmam que há o ressurgimento da confissão como rainha das provas, e uma “ilegítima ‘hipervalorização da confissão incriminadora’, ocasionada pela barganha, uma vez que seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca do suposto benefício prometido pelo acusador” (GIACOMOLLI, 2015).

Entretanto, diversos também são os fundamentos que legitimam os institutos da negociação no âmbito criminal.

O primeiro deles diz respeito à necessidade de criação de novos mecanismos de combate à criminalidade organizada, que não se satisfaz com os tradicionais meios de investigação. Com efeito, “a colaboração premiada apresenta importância premente quando se enfrenta o crime organizado. Em razão de suas características - sobretudo, a lei do silêncio

(omertá), imposta pela violência e a “cultura da supressão da prova” - os instrumentos tradicionais não dão respostas eficazes” (MENDONÇA, 2013).

### 3.2. Origem

A Justiça penal consensuada tem origem nos Estados Unidos da América, no século XX, que permite a negociação em qualquer espécie de crime, seja qual for o nível de gravidade, e tem como principal instrumento a *plea bargaining*.

O professor Luiz Flávio Gomes ensina que no sistema da *plea bargaining*, “uma vez que se dá conhecimento da acusação – qualquer que seja o crime – para o imputado, pede-se a *pleading*, isto é, para se pronunciar sobre a culpabilidade; se se declara culpado (*pleads guilty*) – se confessa – opera-se a *plea*, é dizer, a resposta da defesa e então pode o juiz, uma vez comprovada a voluntariedade da declaração, fixar a data da sentença (*sentencing*), ocasião em que se aplicará a pena (geralmente “reduzida” – ou porque menos grave ou porque abrangerá menos crimes -, em razão do acordo entre as partes), sem necessidade de processo ou veredito (*trial* ou *verdict*); em caso contrário, abre-se ou continua o processo e entra em ação o jurado” (GOMES, 2015).

Ressalte-se que “o modelo de Justiça negociada prosperou, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial, quando aumentou notavelmente a criminalização dos comportamentos sociais nos EUA” (GOMES, 2015). Esse foi o mecanismo encontrado pelos norte-americanos para enfrentar o grande volume de processos judiciais e conta com o apoio do Tribunal Supremo americano (GOMES, 2015).

Quanto à origem no Brasil, Luiz Flávio Gomes anota que, a partir de 1990 passou a haver uma mudança no modelo clássico até então adotado ferreamente, com origem na Europa Continental, e que incluía a investigação oficial, denúncia do Ministério Público, processo criminal, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc. Até então, não havia a possibilidade de acordo entre acusação e defesa, e “vigorava o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Eventual confissão e delação de um corréu eram mera circunstância atenuante da pena” (GOMES, 2015). Diante deste cenário, podiam ser observadas investigações demoradas, processos morosos, frequentes prescrições, nulidades, impunidade etc. (GOMES, 2015).

Com a Lei 9.099/95, passou-se a falar em mudança de paradigma no processo penal brasileiro, quando foram abertos espaços de consenso, o que incluía a realização de transação entre acusado e defesa para crimes de menor potencial ofensivo, com abreviamento do



processo, suprimimento de fases e despenalização, dando-se início a um novo modelo, que passou a ser tão usual para o cenário processual penal, trazendo mudança de mentalidade e um rompimento com os padrões tradicionais que vigoravam.

### **3.2.1. EUA – *plea bargaining***

Nos Estados Unidos da América é absolutamente difundida, e caracteriza uma cultura do direito processual norte-americano, a negociação no âmbito criminal, por meio da *plea bargaining*. Registra-se que lá as condenações criminais são obtidas por meio da barganha em 98% (noventa e oito por cento) dos casos (VASCONCELLOS, 2015, p. 60).

Sobre a origem dos acordos entre a acusação e o acusado nos EUA, Eduardo Araújo da Silva afirma que esta sistemática é resultante da tradição calvinista, que prezava pelo arrependimento, em que “confessar publicamente a culpa, praticar um ato de contrição, revelam uma atitude cristã que deve ser valorizada pelo direito” (SILVA, 2014, p. 53).

Segundo Milton Heumann, a “*plea bargaining* é o processo por meio do qual o réu em um caso criminal abre mão do seu direito ao julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença” (HEUMANN *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 65).

Ressalte-se que no sistema da barganha, o órgão acusador tem ampla liberdade para negociar e que “o objeto da negociação pode variar, a partir da ampla discricionariedade do órgão acusador: por exemplo, possibilita-se o acordo para a retirada de alguma das imputações ou capitulação dos fatos como delito de menor gravidade (*charge bargaining*), concordância do acusador em uma pena reduzida ou na concessão de benefícios como a *probation (sentence bargaining)*” (VASCONCELLOS, 2015, p. 68). Neste sistema, “tudo é possível, e a negociação praticamente não encontra barreiras” (GIACOMOLLI *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 62).

A cultura das negociações nos EUA é tão arraigada ao processo penal que, ao invés da tradicional obrigatoriedade da ação penal, a discricionariedade é a regra. Sim, a discricionariedade anteriormente tratada que se relaciona ao juízo subjetivo de conveniência do órgão acusador. Inclusive, o próprio Poder Judiciário se reserva o direito de não se envolver nas negociações, nem mesmo para fins de controle. Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma que “ideia contida no princípio da obrigatoriedade, comum aos ordenamentos continentais, é incompatível com a construção processual norte-americana, ao passo que o controle judicial sobre a acusação é rechaçado, além de afastado pela postura dos próprios membros do Poder Judiciário. Assim, diante de uma discricionariedade descrita como absoluta ou quase irrestrita,

possibilita-se o manejo das acusações para a adaptação às diversas espécies de negociações” (VASCONCELLOS, 2015, p. 61).

Outra característica da barganha norte-americana é a renunciabilidade do devido processo legal, com o reconhecimento de culpa e a antecipação da condenação, sem o regular processo para averiguação dos fatos (VASCONCELLOS, 2015, p. 62). “Essa manifestação [renúncia ao devido processo legal e reconhecimento de culpa] se dá geralmente em audiência denominada *arraignment*, cuja participação do acusado ocorre depois de instaurada a acusação, com o fim de esclarecer seus termos e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência (VASCONCELLOS, 2015, p. 62).

A Suprema Corte americana legitimou o instituto da *plea bargaining*. No caso *Brady v. United States*, decidiu que “o reconhecimento da culpabilidade (*guilty plea*) beneficia ambas as partes ao evitar responsabilidades e despesas no julgamento” (VASCONCELLOS, 2015, p. 75).

### **3.2.2. Brasil**

A Justiça Criminal negociada, no Brasil, gira em torno de basicamente dois institutos: os mecanismos da Lei 9.099/95 e a colaboração/delação premiada, e teve início, justamente com a Lei 9.099/95, que foi editada diante do mandado constitucional previsto no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, que determinava a criação de juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e execução de infrações de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal.

Conforme se depreende do citado dispositivo, a Constituição legitimou a Justiça negocial no âmbito criminal, nas hipóteses de crime de menor potencial ofensivo, e foi a Lei 9.099/95 que deu efetividade ao referido art. 98, I, da CF e inaugurou no sistema processual brasileiro os institutos da transação penal, composição civil de danos por fato delituoso e a suspensão condicional do processo.

Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma que os institutos da Lei 9.099/95 se relacionam com a Justiça negocial, e se assemelham com à barganha em relação a um elemento fundamental comum: “a concordância do réu em aceitar a acusação e, assim, consentir com a realização de obrigações acordadas” (VASCONCELLOS, 2015, p. 101).

A professora Ada Pellegrini Grinover destaca que a lei dos juizados especiais favoreceu a conciliação, reservando, assim, espaço à barganha penal, mas distanciando-se da *guilty plea* (declarar-se culpado) e da *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena) (GRINOVER, 2005, p. 48), “pois a

aceitação da transação não tem efeitos penais ou civis. A figura que mais se aproxima o instituto pátrio é o do *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*” (GRINOVER, 2005, p. 48).

Acrescenta a citada professora que “o Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “dever agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de *princípio da discricionariedade regulada* ou *regrada* (ou, ainda, oportunidade regrada)” (GRINOVER, 2005, p. 48).

O atual diploma legislativo a prever o instituto da colaboração premiada como instrumento da Justiça criminal negociada é a Lei 12.850/13, garantindo prêmio ao agente que colaborar com as investigações, por meio de acordo com a acusação, o que passou a ser denominado “Acordo de Colaboração Premiada”.

Como leis componentes do microsistema brasileiro de Justiça negocial, o primeiro diploma legal a prever a delação premiada foi a lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90). Em seguida, a Lei 9.099/95 trouxe os institutos consensuais despenalizadores, que provocou uma verdadeira quebra de paradigmas, implantando de vez o sistema negocial no processo penal e passando a conviver com o sistema clássico europeu para as infrações não amparadas por ela. Logo depois, houve a previsão da delação premiada na lei de organizações criminosas (Lei 9.034/95), que não regulamentava o procedimento do acordo de delação. Por fim, foi editada a famigerada Lei 12.850/13, que, diferentemente de sua antecessora, conceituou organização criminosa e regulamentou o procedimento para realização do acordo de colaboração premiada, trazendo maior segurança ao órgão titular da ação penal, que, de fato, pelo que se tem visto na prática, passou a utilizar esse instrumento nas investigações envolvendo organizações criminosas na maioria dos casos.

## **4. COLABORAÇÃO PREMIADA**

### **4.1. Conceito**

A colaboração premiada tem natureza jurídica de meio extraordinário de obtenção de provas previsto na lei de combate às organizações criminosas (Lei 12.850/13), e constitui o eixo da nova Justiça Criminal Negociada no Brasil (nova em razão da regulamentação dada pela Lei 12.850/13), se consolidando na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

Por muitos denominada “delação premiada”, ou também conhecida como colaboração processual (SILVA, 2014, p. 52), chamamento do corréu, confissão delatória ou extorsão premiada (CUNHA, 2014, p. 34), é instituto da Justiça criminal negociada na essência.

A partir o acordo de colaboração, o investigado/acusado tem a possibilidade de obter algum benefício processual, ou o perdão judicial, a redução da pena, ou sua substituição, desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei” (CUNHA, 2014, p. 35).

Para a formulação do acordo, o acusado, “além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva) (SILVA, 2014, p. 52).

O acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico cuja eficácia está sujeita à análise de três pressupostos: a efetividade da colaboração, a voluntariedade e as circunstâncias judiciais favoráveis, que é feita pelo magistrado, a quem competirá dar a palavra final sobre a regularidade e efetividade, e aplicar o acordo.

O acordo voluntário é aquele desprovido de qualquer coação. Não exige, portanto, a espontaneidade, pois pode ser realizada ainda que não parta de sua iniciativa, podendo ser originada de orientação de seu defensor ou mediante proposta do Ministério Público ou Delegado de Polícia (CUNHA, 2014, p. 42).

A análise da voluntariedade deve ser criteriosa, uma vez que o colaborador deve renunciar ao direito de silêncio. “O juiz, aliás, somente homologará o termo do acordo se nele detectar a voluntariedade do agente (§7º, abaixo). Caso pressinta a imoralidade da iniciativa, basta ao colaborador que rejeite a proposta de delação. Essa impressão se reforça ao se constatar que, nos termos do §6º abaixo e do art. 6º, inc. III, é obrigatória a presença do defensor em todo o procedimento para implantação do favor legal. Este, seguramente, também não aceitará a proposta caso nela vislumbre tal sorte de ilegalidades” (CUNHA, 2014, p. 38).

Com efeito, considerando que estamos tratando da renúncia do exercício de um direito fundamental, nenhuma coação pode ser constatada, sob pena de ser inválido o acordo.

O direito ao silêncio e de não produzir provas contra si está intimamente ligado à voluntariedade na celebração acordo, uma vez que se o investigado/acusado aceitar voluntariamente a colaborar, está manifestando que não deseja permanecer um silêncio. Nesse sentido, Eduardo Araújo da Silva afirma que “a exigência da renúncia ao direito ao silêncio, de forma expressa – o que seria até dispensável, pois se ele [colaborador] resolveu colaborar, não

permanecerá calado -, tem a finalidade de afastar qualquer dúvida quanto à espontaneidade da colaboração” (SILVA, 2014, p. 68).

Uma vez renunciado o exercício do direito ao silêncio, o investigado/acusado passa a ter compromisso de dizer a verdade, sob pena de incorrer no crime de falsa colaboração, previsto no artigo 19 da Lei 12.850/13.

Ademais, para fazer jus aos benefícios do acordo, a colaboração deve ser efetiva, ou seja, deve atingir pelo menos um dos resultados previstos no artigo 4º.

Por fim, devem ser favoráveis a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Com efeito, “na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental da vida do réu” (BITENCOURT, 2011, 666).

O Supremo Tribunal Federal teve diversas oportunidades para se manifestar sobre a legitimidade da colaboração premiada, e reconheceu a constitucionalidade do instituto, por exemplo, no *habeas corpus* nº 99736/DF, julgado pela primeira turma, em 27/04/2010, que teve como relator o Ministro Ayres Britto.

Neste sentido, é de se notar que atualmente, o sistema processual brasileiro tem caminhado pela aceitação dos institutos negociais, em que pese ainda haver alguma resistência por parcela da doutrina.

#### **4.2. Colaboração premiada x *plea bargaining***

De início podemos afirmar que, embora ambos pertençam à Justiça Penal negociada, tanto a colaboração premiada quanto o instituto da *plea bargaining* americana, ambos são instrumentos distintos.

A diferença entre os dois institutos está no grau de disponibilidade da ação penal conferida ao órgão acusador.

A propósito, “na *plea bargaining* americana, o órgão acusador tem ampla liberdade para celebrar acordos e fazer propostas ao investigado/acusado que envolvam redução de pena, alteração das imputações e qualificações do crime etc. Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos afirma que o cenário da barganha americana é autorizado pela ampla discricionariedade de atuação do representante do Ministério Público (*prosecutor*), afirmando-se que ‘no sistema da *plea bargaining*, tudo é possível, e a negociação praticamente não encontra barreiras’” (VASCONCELLOS, 2015, p. 61).

Já no sistema brasileiro de colaboração premiada, onde vigora a legalidade, ou obrigatoriedade da ação penal, o Ministério Público tem apenas a margem de oportunidade conferida por lei. Por isso falamos em discricionariedade regrada. Com efeito, “a ideia contida no princípio da obrigatoriedade, comum aos ordenamentos continentais, é incompatível com a construção processual norte-americana” (VASCONCELLOS, 2015, p. 65).

Para Luiz Flavio Gomes, há “uma grande diferença entre os EUA e o Brasil: lá o sistema vigente é o da *plea bargaining*, que exige a declaração de culpabilidade do agente - *guilty plea*. Sinteticamente: *guilty or not guilty* (culpado ou inocente). Se o réu se declara culpado, evita-se o processo criminal. Não há produção de provas, contraditório etc. Discute-se a pena e inicia-se sua execução. No Brasil é diferente: o réu confessa, delata e é preciso instaurar o processo criminal para a produção das provas, com todas as garantias constitucionais. Tudo que é delatado precisa ser provado (nisso reside a regra de corroboração). É o que está ocorrendo na Operação Lava Jato. O juiz não pode condenar ninguém com base exclusivamente na delação. Delação não provada não derruba a presunção de inocência. Não havendo provas o juiz tem que absolver” (GOMES, 2015).

No acordo de colaboração premiada, a proposta formulada pelo Ministério Público está toda baseada em lei, não havendo ampla liberdade como ocorre na barganha americana.

#### **4.3. O acordo de colaboração**

Com as devidas desculpas pela redundância, é importante ressaltar que o acordo de colaboração é propriamente um acordo. Assim, não se trata de um direito subjetivo do investigado/acusado, pois depende do interesse da acusação na formulação da negociação, que sopesará “os diversos fatores referidos na lei e as necessidades decorrentes das investigações”, podendo “propor acordo com um ou mais dos envolvidos, se verificarem que poderão prestar colaboração relevante para o alcance de uma ou mais das finalidades previstas no art. 4º, I a V, da Lei” (VIVEIROS, 2015).

Havendo interesse do órgão acusatório na celebração do acordo de colaboração premiada, seguir-se-ão três fases: as negociações, a homologação e a efetiva concessão dos benefícios diante da colaboração.

Na primeira fase, a etapa das negociações, participam a autoridade policial (apenas quando o acordo for de sua iniciativa), o membro do Ministério Público, obrigatoriamente, e o investigado, acompanhado de seu defensor, e se encerra com a elaboração do acordo de colaboração, reduzido a termo, que pode ser precedido de um pré-acordo.

O pré-acordo é utilmente realizado a fim de estabelecer uma relação de confiança entre o colaborador e o ministério público ou o delegado de polícia. Com efeito, “pode ser firmado um pré-acordo, indicando que as provas produzidas antes da concretização do acordo não poderão ser usadas, o que deve ser respeitado. Assim, para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do MP não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor. Nos EUA são chamadas *proffer session*, também denominadas “queen for a day”. E caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas. Do contrário, haveria afronta ao dever de lealdade, que deve pautar a atuação do membro do MP. Assim, somente após a realização do acordo definitivo (por escrito e homologado) é que o membro estará autorizado a utilizar das provas e elementos apresentados pelo colaborador” (MENDONÇA, 2013).

A segunda fase da colaboração é a submissão do acordo, já reduzido a termo e acompanhado das declarações iniciais do colaborador, à homologação judicial.

Embora, para garantia da imparcialidade, o juiz esteja proibido de participar das negociações e da elaboração do acordo, é de se notar que o magistrado estará em contato direto com a produção da prova na fase inquisitorial, já que, quando da homologação do acordo, fará análise de regularidade, deverá verificar as declarações do colaborador e se estas foram dadas voluntariamente, o que põe em dúvida a imparcialidade do magistrado.

A análise do juiz não deve adentrar ao mérito do acordo, limitando-se a verificar se a proposta atende a “regularidade, legalidade e voluntariedade”, podendo, para esse fim, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor, com o fim de observar a ausência de coação, a inexistência de ofensa aos princípios constitucionais processuais penais, como a ampla defesa, a presença de Defensor e o pleno conhecimento sobre o direito de não produzir prova contra si por parte do investigado etc. (LEMOS JUNIOR, 2014).

Se a análise for negativa, ou seja, se violadas a regularidade, a legalidade e a voluntariedade, o juiz poderá recusar a homologação da proposta ou adequá-la ao caso concreto. Por outro lado, a homologação apenas dá a autorização para concretização dos termos do acordo. Assim, não dá direito, ao investigado, aos benefícios constantes do acordo, o qual somente fará jus se ao final ficar demonstrado que o acordo foi efetivamente cumprido.

Contudo, se o acordo for homologado, na sentença o juiz “ficará vinculado a tal solução, salvo se houver revogação do acordo ou retratação das partes” (SILVA, 2014, p. 63), ou caso o acordo não seja efetivamente cumprido.

Homologado o acordo, dá-se início às investigações em torno das informações prestadas pelo colaborador, podendo o Ministério Público ou o delegado chama-lo a qualquer tempo, sempre acompanhado de seu defensor, a fim de que ele preste novas informações ou esclarecimentos acerca das investigações que vão sendo realizadas.

A última fase é a concessão, por meio da sentença, dos benefícios ao investigado/acusado, da eficácia da colaboração, da atuação do colaborador e se presentes circunstâncias favoráveis.

Uma vez vinculado ao acordo que homologou, o magistrado deverá observar os termos daquilo que foi negociado e o resultado advindo da colaboração do acusado.

## **CONCLUSÃO**

A Justiça penal negociada é um modelo relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, implantado a partir da Lei 9.099/95, com seus institutos de composição civil de danos e de transação penal, e que se arraigou no processo penal brasileiro ao lado do sistema tradicional de solução de conflitos, fazendo, então, com que passassem a conviver dois sistemas: o conflituoso e o consensual.

A inserção do sistema consensual, de origem anglo-saxã, desenvolvida especialmente nos Estados Unidos, gerou uma quebra de paradigmas nos tradicionais princípios da ação penal.

Se antes vigorava, quase de maneira inescapável, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, decorrente do princípio da legalidade, onde o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, uma vez presentes os requisitos da materialidade delitiva e indícios de autoria, estava obrigado a propor ação penal. Portanto, não havia margem alguma de liberdade de escolha para o órgão acusador, que estava restrito ao processo clássico, longo, cujo objetivo, ao final, seria a aplicação da pena sem legal, sem margem de consensualidade.

A partir da implantação dos espaços de consenso, inaugurados pela Lei. 9.099/95, passou-se a falar em oportunidade regrada da ação penal, pois criou-se a possibilidade de o órgão acusador não propor a ação penal, ou ceder parte de sua pretensão punitiva, com aplicação de pena mais branda, nos limites e condições legais, após acordo formulado com o ofensor.

Diversas leis editadas seguidamente também inseriram a possibilidade de o investigado/acusado obter benefícios penais, como a redução da pena, por exemplo, em troca da confissão e colaboração com as investigações, o que recebeu o nome de delação premiada. Embora a lei não falasse em acordo, na prática acordos de delação premiada já vinham sendo feitos.



O acordo de delação premiada, que passou a ser chamado de “colaboração premiada” pela atual lei de combate ao crime organizado - Lei 12.850/13, foi, então, regulamentado por ela, o que não o era na lei anterior de organizações criminosas. A nova lei trouxe novos requisitos, previu o procedimento para celebração do acordo, os benefícios possível, as hipóteses de retratação, etc.. Ou seja, deu toda a base para que acordos de colaboração premiada fossem firmados com segurança.

E, de fato, a lei deu tanta segurança que diversos acordos de colaboração foram celebrados entre os Ministério Público e investigados ou acusados, como por exemplo, aqueles realizados no âmbito da operação Lava-Jato.

A Justiça penal negociada tem origem nos EUA, que criaram a figura da *plea bargaining*, ou barganha. Nela, o investigado/acusado confessa o crime e colabora com as investigações, em troca de redução da pena, alteração da imputação ou outro benefício proposto.

O que difere a barganha norte-americana dos acordos de colaboração premiada e que naquela o órgão acusador tem ampla liberdade de acordo, sem interferência do judiciário, nem limitações legais. Fica limitado apenas pelas balizas do *due process of law*. O acusador, portanto, pode inclusive alterar as imputações, para qualificá-las como infrações mais leves.

Já nos acordos de colaboração premiada, a única liberdade que o órgão acusador tem é na escolha entre firmar o acordo ou não, a depender de diversos fatores que serão por ele analisados, bem como se o acordo oferece benefícios ao interesse público.

Entretanto, as propostas ficam jungidas aos limites impostos pela própria Lei 12.850/13. Entre elas estão a redução da pena, o não oferecimento da denúncia, a suspensão do processo, o perdão judicial, etc.

O acordo de colaboração premiada passa por três fases: a de negociações, que termina com a elaboração do termo de acordo, podendo ser realizado, ainda, um pré-acordo, a de homologação judicial e a fase da sentença, onde serão analisadas a efetividade da colaboração e concedidos os benefícios prometidos.

Em que pese as inúmeras críticas em torno do modelo da Justiça penal negociada, tem prevalecido que este é um mecanismo auxiliador das investigações, sendo, inclusive, reconhecida a constitucionalidade do instituto.

A Justiça penal negociada, inserida no Brasil, após 1990, foi se desenvolvendo e ampliando os espaços de consenso no processo penal brasileiro, criando um verdadeiro microsistema ao lado do sistema tradicional de solução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Pena: parte geral, vol.1, 16 ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/13. São Paulo: JusPodivm, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Vinicius Rios. Direito Penal Esquematizado: *parte geral*. São Paulo, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Delação Premiada Consolida-se no STJ, 2015. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-consolida-se-no-stj/>. Último acesso em 06/13/2016.

GOMES, Luiz Flávio. Lava Jato e Justiça penal negociada, 2015. Disponível em <<http://www.alagoas24horas.com.br/914997/lava-jato-e-justica-criminal-negociada/>>. Último acesso em 07/09/2016.

GOMES, Luiz Flávio. Origens da Delação Premiada e da Justiça consensuada, 2015. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/origens-da-delacao-premiada-e-da-justica-consensuada/14866>>. Último acesso em 06/09/2016.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa conciliação, mediação e negociação, 2007. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa>>. Último acesso em 05/09/2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099 de 16.09.1995. São Paulo, 2005, p. 45.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. Delação premiada: posição favorável, 2016. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-favoravel/13614>>. Último acesso em: 07/09/2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/13), 2013. Disponível em <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Último acesso em 06/09/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

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.

VIVEIROS, Mauro. Colaboração Premiada: reflexões práticas, 2015. Disponível em <<http://images.ammp.com.br/storage/webdisco/2015/02/04/outros/36f0800a358238cdccc0e0694d433e3f.pdf>>. Último acesso em 07/09/2016.