

INSTITUTO MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR

VINÍCIUS VELASQUEZ FERREIRA OJIDOS

DELAÇÃO PREMIADA E A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

**MACHADO/MG
2019**

VINÍCIUS VELASQUEZ FERREIRA OJIDOS

DELAÇÃO PREMIADA E A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito do INSTITUTO
MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR
como
parte dos requisitos para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. M.Sc. MATHEUS MAGNUS
SANTOS IEMINI

**MACHADO/MG
2019**

VINÍCIUS VELASQUEZ FERREIRA OJIDOS

**DELAÇÃO PREMIADA E A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito do INSTITUTO
MACHADENSE DE ENSINO SUPERIOR
como parte dos requisitos para obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

APROVADO: Machado-MG, _____ de _____ de 2019.

Prof. M.Sc. MATHEUS MAGNUS SANTOS IEMINI
(Orientador)

Prof. _____
(Avaliador)

Prof. _____
(Avaliador)

*Dedico o presente aos meus
amados avós: José Rubens Ferreira; Maria
Velasquez; Norival Lopes Ojidos e Iara Silva
Ojidos. À minha querida mãe Hevea
Velasquez Ferreira. Por tudo o que fizeram,
e representam para mim. À minha
digníssima esposa Anna Paula Teodoro
Velasquez, por todo apoio e
companheirismo.*

Agradeço primeiramente a Deus que me guiou e possibilitou este momento. Ao meu orientador Prof. M. Sc. Matheus Magnus Santos Iemini pela disposição e por tudo que me transmitiu e influenciou direta e indiretamente em minha formação. E a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

“Porquanto a Palavra de Deus é viva e eficaz, mais cortante que qualquer espada de dois gumes; capaz de penetrar até ao ponto de dividir alma e espírito, juntas e medulas, e é sensível para perceber os pensamentos e intenções do coração.” (HEBREUS 4:12)

DELAÇÃO PREMIADA E A INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

Vinícius Velasquez Ferreira Ojidos*

Matheus Magnus Santos Iemini**

INTRODUÇÃO. 1 DELAÇÃO À BRASILEIRA: O DESRESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

2 CONSEQUÊNCIAS DE UM DIREITO PENAL NEGOCIAL. 2.1 ACORDOS NA LAVA-JATO E SUA (IN)EFICIÊNCIA.

3 (IN)DISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: MP COMO DONO DA AÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de apresentar o instituto da colaboração premiada, apontando conflitos doutrinários, legais e ideológicos no que diz respeito à disponibilidade da ação penal e, ainda traçar um paralelo entre colaboração e o *pleabargain*, estimulando a argumentação. A metodologia se deu por meio de pesquisas bibliográficas e por acordos realizados em âmbito judicial. O tema é justificado por ser de interesse de toda a sociedade, com ênfase jurídica, haja vista, que com a operação “lava jato”, o instituto passou a ser largamente utilizado. Desse modo o artigo toca em pontos como limites de competência, melhor dizendo, analisa violação legal no tocante à aplicação do instituto por parte do Ministério Público. Infere-se que a colaboração, visa que o delator colabore com a justiça em troca de benéficos processuais, atualmente utilizada em crimes que possuem relação com organização criminosa. Contudo, para a utilização da colaboração da maneira que vem sendo utilizada se faz necessária regulamentação do tema de forma mais abrangente ou o que parece mais correto e compatível com a legislação pátria a não utilização do sistema com inspiração no modelo *pleabargain*, pois em todos os acordos atuais, é notório que não se baseiam nas leis existentes e ferem de morte os princípios fundamentais e a Constituição da República Federativa (CRFB).

Palavras-chaves: Delação/colaboração premiada. Indisponibilidade da ação penal. *Pleabragain*.

*viniciusvfo96@gmail.com. Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito do Instituto Machadense de Ensino Superior (IMES) mantido pela da Fundação Machadense de Ensino Superior e Comunicação (FUMESC) – Machado –MG.

**matheusmagnus@hotmail.com. Professor da Faculdade de Direito do IMES/ FUMESC – Machado – MG.

INTRODUÇÃO

Haja vista o cenário político atual, a “delação premiada” tornou-se popularmente conhecida em virtude de sua abundante utilização na operação lava jato. Na presente obra o instituto em questão será abordado na maior parte das vezes como a colaboração premiada e terminologia adotada pela legislação pátria. Existe doutrinariamente uma diferenciação entre colaboração premiada e delação premiada.¹

Apesar de sua fama atual, a colaboração premiada não é novidade, haja vista, que foi inserida ao ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, com a lei 8.072/90 de crimes hediondos, contando o acusado com diminuição de pena com fulcro no art. 8º, concretizou-se com a ampliação de seus benefícios por meio da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, com escopo de alcançar os que praticam o crime de organização criminosa.²

A colaboração premiada e a forma de sua aplicação no Brasil, pode ser comparada com o atual modelo americano *pleabargain*, que consiste em negociação, barganha da justiça penal, entre Promotor, Réu e seu Procurador.

Ainda não se pode afirmar se é um sistema que suprime ou acrescenta direitos nos moldes do direito americano, porém concernente ao direito brasileiro, o viés ativo da colaboração no modelo do *pleabargain* sem sombra de dúvidas, suprimem direitos, que serão abordados com mais detalhes no desenvolvimento do presente, percebe-se a supressão, uma vez que o réu deve concordar **em confessar a culpa, em troca de alcançar pena mais branda, ou perdão judicial**, ao contrário do risco que poderia enfrentar se fosse a julgamento, porém seus direitos constitucionais estariam ilesos e garantidos ao decorrer do processo.³

Logo, o que se pode extrair da possibilidade apresentada, é que o sucesso

¹ A diferença entre colaboração premiada e delação premiada, se deve pela preferência do legislador aquele termo, que pode ser notada no art. 4 da Lei nº 12.850/2012. Desse modo, a terminologia mais adequada é colaboração premiada, no entanto quando se falar em delação premiada tratar-se-á do mesmo instituto.

² MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>

³ MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 06 abr. 2019.

do réu e de seu advogado, ou do promotor, depende do poder de barganha entre os envolvidos.

Frente aos institutos supramencionados, e a relação entre perdão judicial e justiça negociada, faz-se pertinente verificar a competência do Ministério Público (MP) na constituição de 1988.

A *persecutio criminis in judicio*, é a atividade exercida privativamente pelo Ministério Público, por esse fato tem-se que é o titular da ação penal, não podendo se declinar, o que em tese, impossibilitaria a disposição da ação penal por parte do MP, o que será abordado adiante.⁴

1 DELAÇÃO A BRASILEIRA: O DESRESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A delação é um sistema instalado pelo legislador brasileiro com a finalidade de promover a busca da verdade material, também chamada de verdade real.⁵

A colaboração premiada consiste na concessão de benefícios (sanção premial) aos imputados que colaboram com a investigação ou instrução criminal.⁶

A colaboração é precedida de negociações entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor, sem participação do juiz. (art. 4º, § 6º)⁷

A depender da hipótese fática e legal, se oferece ao co-réu à sua liberdade, ou em alguns casos, a diminuição de sua pena, porém, exige-se que este colabore com as autoridades judiciárias servindo como objeto de prova que ajude na resolução da investigação ou como meio de obtenção de prova no processo, prestando informações de fundamental importância para a solução de um caso criminal, que deverão ser concretas e, que tratem de situações presenciadas pelo delator ou que são absolutamente impossíveis de serem descobertas caso não

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e Persecução Criminal. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 33.

⁵ FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **A delação premiada**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 248, jan./jun. 2008

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 618.

⁷ *Ibidem*.

houvesse a colaboração⁸

Nesse sentido segue-se a inteligência do art 4º da lei 12.850/13:

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: (Grife-se)

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

A colaboração premiada como apresentada acima, transmite a impressão que o instituto oferece somente benefícios tanto para o investigado/acusado, quanto para a justiça, porém verificando atentamente, é visível que o sistema jurídico que propicia a colaboração gera comprometimento à garantia de defesa do acusado, pois este como colaborador se posiciona de forma a renunciar totalmente seu direito de defesa processual.⁹

A promessa de benefícios com o Judiciário passa a conduzi-lo e impulsioná-lo a abster-se do contraditório e se tornando acusador, ficando impedida primeiramente sua defesa pessoal, e também de sua defesa técnica, pois os interesses de colaborador são contrapostos com as ações próprias de quem busca a absolvição em um processo criminal.¹⁰

Pelo exposto, é possível traçar um paralelo entre o atual modelo de colaboração premiada e os direitos fundamentais violados quando se presta a devida aplicação nos sistema jurídico brasileiro.

De plano, pode-se notar o desconforto mental e a tortura psicológica que o

⁸ FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **A delação premiada**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 248, jan./jun. 2008

⁹ TASSE, Adel El. **Delação Premiada: Novo Passo para um Procedimento Medieval**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, v.5, p. 4, jul/dez. 2006.

¹⁰ *Ibidem*.

acusado se presta ao aderir a essa modalidade de defesa, renunciando direitos e princípios fundamentais. Quando aplicada: frente a um (i) inocente, este se propõe a confessar até mesmo o que não fez em busca de benefícios ou para se declinar de um eventual processo; e, se tratando de um (ii) infrator a dispensa imotivada da ação penal. Nesse sentido de exposição do investigado a tortura, segue o posicionamento de Cesare Beccaria:

[...] o juiz que ordena a tortura expõe-se constantemente a atormentar inocentes.

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: “Homens resiste à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contraditório; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos.”¹¹

Insta ressaltar, em relação aos direitos fundamentais supra, a relação estreita entre a colaboração e os princípios constitucionais e processuais.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), art. 5º, LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**, o que se mostra invertido quanto à aplicação da colaboração, pois, poderá até mesmo existir a dispensa do processo, a depender do acordo entre as partes.

Em seu art. 5º, LV, e que será assegurado aos litigantes o direito ao **contraditório** e a **ampla defesa**.

O direito ao exercício do contraditório é imprescindível à existência da estrutura dialética do processo, desse modo é o mínimo exigido para configuração acusatória do processo. Assim sendo consiste no direito da formação de conhecimento garantindo a igualdade entre as partes, integrando o entendimento da paridade de armas.¹²

A teor do disposto no art. 5º, XXXIX, da CRFB, e no tocante ao art. 1º do Código Penal (CP), reza a respeito do **princípio da legalidade**, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação penal. Tendo em vista, que

¹¹¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 64.

¹²¹² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

todos os atos praticados desde a investigação criminal até o processo, devem estar vinculados à lei, firmando tal entendimento, por ser princípio constitucional e por se tratar o direito penal de ramo do direito público, resta evidente que a colaboração encontra-se em contradição com o tal princípio, haja vista, que os acordos propostos pelo Ministério Público muitas vezes não estão pautados na lei.¹³

2 CONSEQUÊNCIAS DE UM DIREITO PENAL NEGOCIAL

A justiça negociada no Brasil vem ganhando espaço sutilmente. Socialmente produz caráter *dúplice*, *a priori* alcançando sentimento de justiça rápida por meio das informações prestadas pelo delator e *a posteriori* a impunidade e, por consequência descrédito na justiça pátria.

A máxima de que o público, utiliza-se de um sistema atrasado e não funciona, é a mesma que alega que o privado é bom e útil, isso influi diretamente no sistema criminal que, perigosamente, tende a buscar moldes do privado ao público, confundindo e compondo os interesses existentes no direito penal e no direito civil. A denominada agilização da aplicação da lei penal tem como objetivo acelerar a resolução dos processos alcançando a obtenção de baixas. Ocorre que a adoção de mecanismos como acordos, barganhas, etc, não são os meios adequados para diminuir o número de causas criminais, mas um meio de fuga que não é capaz de extinguir a crise propriamente dita.¹⁴

É cristalino que o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado. Em tal cenário, possibilitar-se-ia a adoção das regras da oferta e da demanda, e da implantação, também no âmbito do direito criminal, das leis de mercado, sob um prisma paradigmático neoliberal.¹⁵

Hodiernamente não é possível traçar parâmetro jurídico na justiça negociada, e mapear seu destino, quanto à possibilidade de existência, permanência e quanto à forma de aplicação no direito brasileiro, uma vez que, enfrenta a carência de regulamentação e quando presente a devida, há dissonância

¹³ MARÇÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V. **Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional III**. p. XXVIII e XXIX.

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. et al. **La reforma del proceso penal**. Madri: Tecnos, 1990. p. 105.

entre institutos processuais e constitucionais.¹⁶

Claramente vive-se um período em que a colaboração premiada, é marcada pela timidez do instituto que vem se inspirando no *plea bargain* e com isso gera a sensação de ser um sistema aleatório, em sentido etimológico empregado como em Roma antiga: está lançada a sorte.

No Brasil a *negotiation* viola pressupostos fundamentais por não estar afinada com a constituição e com as normas de direito processual penal, infringindo de plano a jurisdição, pois a pena nesse modelo jurídico, não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, contudo encontra-se nas mãos do Ministério Público e está direcionada à sua discricionariedade.¹⁷

Observa-se a “comercialização” no âmbito da Justiça Penal, as “negociatas” e a aproximação ao sistema da *plea bargaining*.¹⁸ Os agentes públicos (Magistrados membros do MP, policiais) concentram suas energias na solução preliminar, para por fim de imediato a um caso e iniciar outro, aumentando quantitativamente a produção, criando uma aparência utilitária, de fortalecimento político-institucional.¹⁹

O poder da argumentação, da persuasão, do bom uso do vernáculo, do uso da arte da linguagem, especialmente dirigida aos acusados mais propensos a dar crédito a quem exerce alguma espécie de poder, jurídico ou o institucional, desse modo, o MP não precisa se esforçar para demonstrar a imputação acusatória, centralizando-se a análise em violações dogmáticas, logo é fundamental anotar inicialmente tensionamentos a princípios fundamentais da justiça criminal. Primeiro, a presunção de inocência, uma das pedras de toque da configuração de um processo penal democrático, dissipa-se e inverte-se em um campo jurídico-penal pautado pela barganha. Percebe-se que tal garantia acaba distorcida com a consagração de uma presunção de culpa ou até de um “dever de confissão”.²⁰

¹⁶ MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. **Consultor Jur[ídico]**, 24 jul. 2015. Disponível em: [HTTPS://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delação-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato](https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delação-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato). Acesso em: 06 abr. 2019.

¹⁸ BAUMANN, J. **La situación del proceso penal em alemania**, vol. I, p. 87-108, 1983, p. 92-93.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, - Set-dez 2015**, v. 20, n. 3, p.1108-1134, set. 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAA&hl=pt-BR&oi=sra>. Acesso em: 08 maio 2019.

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial crítica à fragilização da jurisdição

2.1 ACORDOS NA LAVA-JATO E SUA (INEFICIÊNCIA).

Na Operação “Lava Jato” até o início de janeiro de 2017, haviam sido celebrados 71 acordos de colaboração premiada e 7 acordos de leniência. Cinco deles celebrados após a Polícia Federal no Paraná ter opinado pela desnecessidade, tendo em vista que, já havia sido recolhido material suficiente para apurações sobre os esquemas de corrupção.²¹

A partir dessa operação elevou-se o patamar de importância das delações e o instituto se destacou e recebe importância jamais vista no Brasil. O caso teve início com as suspeitas de lavagem de dinheiro de um posto de gasolina em Brasília, e foi impulsionado graças aos depoimentos de Paulo Roberto Costa e do doleiro Alberto Youssef. Eles foram os primeiros a mencionar um esquema de fraudes em licitações, sobre preços e desvio de recursos que envolvia executivos da Petrobras, empreiteiros e políticos. Por meio desse evento, diversos outros investigados resolveram “colaborar com a Justiça”.²²

Segundo o Juiz Federal Sergio Moro, as colaborações são a melhor forma para ver resolvidos os crimes financeiros e empresarias, entretanto, para sustentar afirmação deve-se ignorar as legislações constitucionais e penais.

Todos os compromissos firmados em sede de colaboração proíbem o delator de contestar o acordo judicialmente, ou que interponha recursos em face das sentenças. A exceção se apegua aos acordos mais recentes nos casos em que a pena imposta, seu regime de cumprimento ou as multas extrapolarem os limites fixados no documento.²³

Ainda há que mencionar os compromissos firmados por Paulo Roberto Costa e Youssef, que vedam a impetração de Habeas Corpus e obrigam que eles desistam dos que estão em tramitação. Vale lembrar que o Ato Institucional 5, editado em

penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, - Set-dez 2015**, v. 20, n. 3, p.1108-1134, set. 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAA&hl=pt-BR&oi=sra>. Acesso em: 08 maio 2019.

²¹ MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 000, p.31-38, jan. 2017. Disponível em:

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/74>. Acesso em: 10 maio 2019.

²² RODAS, Sérgio. Acordos de delação premiada da “lava jato” violam constituição e leis penais. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²³ *Ibidem*.

1968, no governo ditatorial de Costa e Silva, suspendeu o Habeas Corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.²⁴

Todos os compromissos públicos firmados na operação, exceto os dos lobistas Mário Góes, Milton Pascowitch e José Adolfo Pascowitch, e o do doleiro Shinko Nakandakari e de seus filhos Luís e Juliana, estabelecem um prazo indeterminado para o delator ficar no regime em que começar a cumprir sua pena. Por exemplo, o contrato do ex-executivo da Camargo Corrêa Eduardo Leite determina que ele fique de dois a seis anos no regime semiaberto. Os termos do empreiteiro Ricardo Pessoa e do lobista Fernando Moura estendem essa incerteza até para a segunda fase de execução.

O tempo exato que o colaborador permanecerá no regime inicial só será determinado após posterior avaliação da efetividade das informações por ele prestadas. Assim, em um período que varia de seis meses a um ano da assinatura do acordo, as partes voltarão a se reunir e cada uma delas apresentará uma proposta de prazo. Se elas chegarem a um acordo, ele seguirá para o juiz, que decidirá sobre sua homologação. Se não, o magistrado avaliará as duas sugestões e estabelecerá a duração da permanência do acusado em tal regime.

Essa indeterminação não condiz com a exigência de que a pena tenha sua quantidade de tempo fixada pelo juiz (artigo 59, II, do Código Penal). Lopes Jr. destaca que **essa regra “subverte toda a lógica do processo penal”, e cria um regime de cumprimento condicional da pena à margem da lei. Marcelo Leonardo diz que só é possível aceitar tal condição caso se esqueça tudo o que está escrito no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.**

Também quanto aos regimes de cumprimento da pena, a maioria dos termos de delação premiada prevê progressão mesmo que em desconformidade com os requisitos estabelecidos na Lei de Execução Penal (artigo 112 e seguintes). O fundamento do MPF nesse caso é que a Lei das Organizações Criminosas autoriza tal exceção. No entanto, a norma só admite a medida para colaborações firmadas após sentença condenatória (artigo 4º, parágrafo 5º).²⁵ (Grife-se).

Ex positis fatum, o argumento de que a colaboração é o instituto que deve ser utilizado como padrão em crimes financeiros e empresarias, se apoia no pilar de que o aplicador do direito não faz questão de seguir o instituto conforme a legislação

²⁴ RODAS, Sérgio. Acordos de delação premiada da "lava jato" violam constituição e leis penais. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em: 20 fev. 2019.

²⁵ RODAS, Sérgio. Acordos de delação premiada da "lava jato" violam constituição e leis penais. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em: 20 fev. 2019.

prevê, com suas limitações e com suas particularidades. Por hora vive-se o entusiasmo do Juiz e do Promotor em alcançar a famigerada punição, visto por essa ótica, é notório que os acordos padecem de legalidade.

O problema em si, não reside na colaboração premiada, todavia, faz-se notar no manejo do instituto e, tende a aumentar largamente, uma vez que a linha entre colaboração e *pleabargain*, por vezes vem se estreitando.

Contudo, desde um ponto de vista garantista, os acordos se assemelham ao modelo inquisitório porquanto muitas vezes tomados como instrumentos a satisfazer a sede de aplicar punições em processos, não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa.²⁶

3 (IN)DISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL: MP COMO DONO DA AÇÃO

Ao mencionar a indisponibilidade da ação penal, deve-se atentar primeiramente ao Código de Processo Penal (CPP), art. 42, *ipsis litteris*:

Art. 42. O Ministério Público **não poderá desistir da ação penal.**
(Grife-se)

O princípio da indisponibilidade da ação penal caracteriza-se como obrigatório, concluindo-se que o Estado por meio do Ministério Público, não pode desistir da ação penal.

Logo, com fulcro no artigo prelecionado, o MP não detém faculdade para declinar da ação penal. Uma vez proposta, não há que se falar em desistência, pois o procedimento não é passível de discricionariedade.

A colaboração insere-se com perfeição ao debate principiológico, pois se de um lado há a ideia de trazer o indivíduo acusado de um crime a atuar como auxiliar da justiça na punição de seus coautores, por outro lado há um ataque aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito²⁷.

²⁶ MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 000, p.31-38, jan. 2017. Disponível em:

<<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/74>>. Acesso em: 10 maio 2019.

²⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada.**

Revista dos Tribunais. vol. 929. p. 2. Jan/Abr 2013. Disponível em:

<<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78969>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

A intitulação do MP como dono da ação se deve as muitas barganhas direcionadas aos delatores, haja vista, que muitas vezes a negociação e o *modus operandi* não encontram amparo legal, assim sendo, o MP se apossa da ação penal e faz do processo penal brasileiro e do instituto colaboração premiada o reflexo da justiça negociada, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, entende-se que incumbe ao juiz, e não ao Ministério Público, dosar e aplicar as sanções premiaias.²⁸

Entretanto, o Ministério Público Federal adotou por prática estabelecer, desde logo, as penas ou benefícios a serem aplicados. Mais do que isso, **passou a oferecer benefícios não previstos pela legislação**. Por exemplo, **acordos que estabelecem regimes diferenciados de cumprimento de pena, fixam penas máximas e, em alguns casos, preveem o cumprimento de pena desde logo, dispensado a ação penal.**²⁹ (Grife-se)

Isso significa uma equívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Pelo exposto, há que se afirmar que no modelo supra o promotor é o juiz às portas do tribunal.³⁰

CONCLUSÃO

Após a operação “lava jato” o direito brasileiro passou a receber inúmeras críticas, quanto ao emprego técnico dos atos processuais, no que diz respeito ao instituto delação premiada. No presente artigo coube a pesquisa bibliográfica no campo do direito penal, acerca da colaboração premiada, com escopo de analisar a forma de aplicação do instituto e a repercussão na prática, concernente às garantias processuais penais e constitucionais do acusado e de seu procurador.

Em suma, a colaboração é um instituto que tem como função oferecer benefícios (sanção premial) aos imputados que colaboram com a investigação ou

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 619.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**, 24 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delação-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 06 abr. 2019.

instrução criminal.³¹

Com a vasta utilização do instituto, o assunto se tornou amplamente comentado e divulgado pela mídia, ultrapassando os limites da esfera jurídica, atingindo o interesse popular.

Ocorre, que além da popularização do tema, diversos foram os efeitos jurídicos, haja vista que a colaboração vem sendo utilizada de forma que excede os limites estabelecidos na lei, o que permitiu que ecoasse de forma negativa perante a Lei, doutrina e também sobre a ótica dos Procuradores dos delatores.

A colaboração como vista durante o desenvolvimento do presente, foi e está sendo utilizada conforme a vontade dos servidores da justiça (Juiz, Promotor e Delegado), sem a devida observação da regulamentação legal vigente.

A utilização da colaboração em contradição com a Constituição, leis processuais penais e paralelamente excedente aos limites da legislação penal extravagante que conceitua e limita a forma de emprego do instituto, muito se deve a inspiração advinda do modelo importado dos Estados Unidos *pleabargain*, que consiste em direito penal negocial.

O direito penal negocial como o *pleabargain* não é bem vindo, uma vez que não está em conformidade com a legislação pátria e vai de encontro as normas constitucionais, por essa razão buscar institutos que acelerem a aplicação de pena e encontrem o culpado a qualquer custo se assemelham ao direito penal do inimigo.

Em termos gerais, a referida teoria defende a aplicação de normas mais severas, bem como de restrições ou mesmo a eliminação das garantias fundamentais para aqueles que são considerados inimigos.

O inimigo é um subversor da norma penal, aquele que age em total descompasso com as expectativas da sociedade e da norma e por isso deve ser tratado de forma excepcional.³² (Grife-se).

Conclui-se, que a colaboração em si, não é um instituto ilegal, contudo, a ligação direta ou indireta com o *pleabargain*, e a forma que foi manuseada pelos operadores do direito na operação “lava jato”, sem observar minimamente a técnica,

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 618.

³² IEMINI, Matheus Magnus Santos. O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Âmbito Jurídico**, 01 ago. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>. Acesso em: 15 maio 2019.

e buscando a todo tempo a punição, fez com que se torne um instrumento de injustiça e peça fundamental da distorção de fundamentos basilares do direito como os princípios constitucionais e as leis de processo penal, de modo que é indiscutível que ao contrário da ideologia vendida, a delação mais suprime direitos do que os concede.

Ex positis, a utilização do instituto nos moldes atuais, fere de morte o ordenamento jurídico pátrio e além disso, concede poderes praticamente ilimitados ao Ministério Público que por sua vez realiza negociações que extrapolam as normas de direito penal obrigando o acusado a produzir provas contra si mesmo e a terceiros, além de ferir a dignidade da pessoa humana e, limitar a técnica defensiva e a atuação do Procurador, sendo que nesse cenário o Juiz torne-se apenas a peça à homologar atos que por hora entende-se academicamente como inconstitucionais e *contra legem*.

DELIVERY AWARDED AND THE UNSAVAILABILITY OF PENAL ACTION

ABSTRACT: The present study has the objective of to present legal the institute of the awarded collaboration, pointing out doctrinal, legal and ideological conflicts regarding the availability of the criminal action and also to draw a parallel between collaboration and pleabargain, stimulating the argumentation. The survey methodology was based on bibliographical research and agreements made in the judicial sphere. The issue is justified because it is of interest to the whole society, with legal emphasis, given that, with the operation "jet washes", the institute became widely used. That way the article touches on points as limits of competence, in other words, it analyzes legal violation regarding the application of the institute by the Public Prosecution Service. Infer that the collaboration, aims at the collaborator to collaborate with justice in exchange for beneficial procedural, currently used in crimes that have a relationship with criminal organization. However, in order to use the collaboration in the way it is being used, it is necessary to regulate the topic more comprehensively, or what seems to be more correct and compatible with the national legislation, the non-use of the system inspired by the pleabargain model, since in all the current agreements, it is notorious that they are not based on existing laws and that they wound the fundamental principles and the Constitution of the Federative Republic (CRFB) to death.

Keywords: Award-winning collaboration / collaboration. Unavailability of criminal action. Pleabragain.

REFERÊNCIAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. et al. *La reforma del proceso penal*. Madri: Tecnos, 1990. p. 105
- BAUMANN, J. *La situación del proceso penal em alemania*, vol. I, p. 87-108, 1983, p. 92-93.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em 03 de nov. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 12.850/13 de 02 de agosto de 2013. **Lei De Combate A Organização Criminosa**. Disponível em: Acesso em: 05 ago. 2018 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.
- BRASIL. Lei nº 8.072/90 de 25 de julho de 1990. **Lei dos Crimes Hediondos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm Acesso em: 05 ago. 2018 Acesso em: 06 de abril de 2019.
- IEMINI, Matheus Magnus Santos. O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Âmbito Jurídico**, 01 ago. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>. Acesso em: 15 maio 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**, 24 jul. 2015. Disponível em: <HTTPS://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delação-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 06 abr. 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 06 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 000, p.31-38, jan. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/74>. Acesso em: 10 maio 2019.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>. Acesso em: 10 maio 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada**. Revista dos Tribunais. vol. 929. p. 2. Jan/Abr 2013. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/78969>. Acesso em: 03 nov. 2018.

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

TASSE, Adel El. **Delação Premiada: Novo Passo para um Procedimento Medieval**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo: RT, v.5, p. 4, jul/dez. 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição panl em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, - Set-dez 2015**, v. 20, n. 3, p.1108-1134, set. 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAAAJ&hl=pt-BR&oi=sra>. Acesso em: 08 maio 2019.