



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

JOÃO VICTOR DUARTE MOREIRA

**ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA “COLABORAÇÃO PREMIADA”
PREVISTO NA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI 12.850 DE
2013) À LUZ DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA E DO SISTEMA ACUSATÓRIO.**

**FORTALEZA
2014**

JOÃO VICTOR DUARTE MOREIRA

**ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA “COLABORAÇÃO PREMIADA”
PREVISTO NA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI 12.850 DE
2013) À LUZ DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA E DO SISTEMA ACUSATÓRIO.**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, requisito essencial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Sérgio Bruno Araújo Rebouças

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M835e Moreira, João Victor Duarte.
 Estudo acerca do instituto da “colaboração premiada” previsto na nova lei de
 organização criminosa (lei 12.850 de 2013) à luz do princípio da obrigatoriedade da ação
 penal pública do sistema acusatório / João Victor Duarte Moreira. – 2014.
 65 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso
 de Direito, Fortaleza, 2014.
 Área de Concentração: Direito Processual Penal.
 Orientação: Prof. Me. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Processo penal - Brasil. 2. Crime organizado - Brasil. 3. Delação premiada. I.
 Rebouças, Sérgio Bruno Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação
 em Direito. III. Título.

CDD 343.9

JOÃO VICTOR DUARTE MOREIRA

ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA “COLABORAÇÃO PREMIADA”
PREVISTO NA NOVA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI 12.850 DE
2013) À LUZ DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL
PÚBLICA E DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
em Direito, da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará,
requisito essencial à obtenção do
título de Bacharel em Direito,
aprovado com nota ____.

Fortaleza, ____ de _____ de 2014.

Professor Ms. Sérgio Bruno Araújo Rebouças
Presidente da Banca - Orientador

Professor Ms. Daniel Maia.
Membro da Banca Examinadora

Mestrando Emetério Silva Oliveira Neto
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a minha família e meus professores que foram decisivos na minha jornada para a formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pelas bênçãos recebidas ao longo de toda a minha jornada acadêmica. Sem a providência divina, seguramente, eu não chegaria aqui.

A Universidade Federal do Ceará, seu corpo docente, direção e administração que, por meio de sua estrutura e apoio, possibilitaram a conclusão do meu curso.

A pessoa mais importante da minha vida, minha mãe, Isabel Duarte. É a você, mãezinha, a quem devo tudo aquilo que sou, tudo aquilo que já conquistei. O apoio, o carinho e a sabedoria dispensados a mim durante todos esses anos foram decisivos para a minha caminhada. A sra. exerceu, de forma exemplar, o papel de pai e de mãe ao longo de praticamente toda a minha vida, de modo que eu me sentisse sempre amparado. Te amo incondicionalmente.

Aos meus irmãos, Pedro Henrique e Aldo Salomão, pela irmandade inigualável, por ser além de irmãos, verdadeiros amigos a quem muito amo.

Aos meus avós e padrinhos, Penha (*in memoriam*) e Gilberto, pela presença imprescindível. Dizem que os avós são pais duas vezes. Vocês, de fato, foram como verdadeiros pais na incessante luta para me proporcionar moral e materialmente uma vida melhor. Vó, a dor de tua perda e a tua saudade é algo que levarei para sempre junto de mim.

As minhas tias-avós, Socorro Duarte e Goretti Duarte, pela presença e exemplo de vida a serem seguidos. Obrigado por todas as orações e orientações para o caminho da retidão e do bem.

Ao meu tio Paulo de Tarso, pelo exemplo de homem, de profissional, de marido e de pai a ser seguido. Você foi fundamental ao longo de toda a minha vida, especialmente na minha formação acadêmica. Obrigado por tudo.

Aos meus tios Gilberto Júnior e Giselle Duarte, pelo verdadeiro exemplo de retidão e de bom caráter. Pessoas como vocês são aquelas de que o mundo mais precisa.

Aos meus primos, Gilberto Neto, Guilherme, Henrique Neto, Maria Luisa, Pietra e Heitor, que, com singeleza de seus atos, muito me ensinaram e me motivaram.

Aos meus primos, Vicente Neto, Ana Priscila e Cibele, por terem sempre sido mais que primos, mas verdadeiros irmãos.

A minha namorada Lívia Assunção, por todo o apoio ao longo da faculdade. O teu carinho, a tua presença e o teu companheirismo foram decisivos para a conclusão dessa jornada.

Aos advogados e amigos Cândido Albuquerque e Rebecca Albuquerque, pela oportunidade de vivenciar as mais belas experiências dentro da advocacia. O exemplo profissional e pessoal de vocês são sempre motes para a execução de qualquer atividade.

Ao meu orientador, professor e amigo, Sérgio Rebouças, pelo exemplo de conhecimento e de simplicidade. Obrigado por todo o aprendizado, pela paciência e pelos ensinamentos, não somente neste trabalho, mas ao longo da minha diminuta vivência no Direito e na Academia.

Ao meu amigo, advogado e professor, Daniel Maia, por todo o aprendizado pessoal e profissional ao longo de todos esses anos de convivência. Por você, desde o começo, ter acreditado no potencial que eu tinha a desempenhar.

Ao professor Emetério Neto, por ter aceitado com tanta presteza e dedicação o convite para compor a banca examinadora deste trabalho.

Aos colegas do escritório Cândido Albuquerque Advogados Associados, pelos excelentes dias de convivência e de aprendizado contínuo.

Aos meus amigos Pedro Henrique, João Victor, Jammil, Pedro Eduardo, Yuri Lennon, Francisco Mota, Jáder de Figueredo e Alan pinto, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida.

Aos meus amigos, Ítalo, Igor, Luan Góes, Valberllan, Felipe Versosa, Werner, Victor Manuel, Erick Esmeraldo, Matheus Gress, Pedro Frota, José Eloy, Raphael Chaves, Fabrício Maranhão, Hugo e Victor Pompeu, pelo

companheirismo e amizade de sempre. Ter a certeza de amigos tão presentes e fiéis é uma verdadeira dádiva.

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o instituto da colaboração premiada previsto na nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) à luz do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e do sistema acusatório de processo penal vigente no Brasil. A colaboração premiada, já prevista em outras leis ordinárias, agora teve seu contexto e alcance mais bem delimitados, de modo que facilitou a sua utilização, bem como conferiu maior segurança jurídica àqueles que são beneficiados com tal instituto. Analisou-se, então as diversas modalidades de colaboração premiada previstas na lei, apontando, além da sua adequação à Constituição Federal de 1988, os avanços e retrocessos que trouxe a nova legislação para o sistema penal brasileiro. Ao fim, sustenta-se que os pontos do novo texto legal que trazem, de qualquer forma, a interferência do magistrado na decisão acerca do instituto devem ser rechaçados, ao passo que os que privilegiam a total isenção do Ministério Público para propor a delação premiada devem ser exaltados, ante a atualidade e compatibilidade dos dispositivos com a ordem constitucional. Propõe-se, como solução, a criação de um órgão revisor dentro do Ministério Público, o qual ficará responsável pela revisão de todos os acordos de colaboração premiada firmados, independentemente de sua celebração.

Palavras-chave: Ação Penal Pública. Sistema acusatório. Colaboração Premiada.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the institute of the leniency program under the new Criminal Organizations Law (Lei 12.850/2013) illuminated by the principle of a mandatory criminal persecution and the accusatory legal system in Brazil. The leniency program, already proposed in other forms, now has a more accurate concept, aiming for a more appropriate usage, raising its social effectiveness. This study approaches all of its modalities, on behalf of the Constituição Federal de 1988, analyzing its progresses and setbacks that this new law brought to the criminal justice system. At the end, it's argued that the judge's intervention on the leniency program are condemnable, while State Attorneys holds the right propose this measure, on suitable cases. The study also proposes, as a solution, the creation of an administrative council on State Attorneys hierarchy responsible for reviewing all the deals firmed by the leniency program rules.

Keywords: Public Criminal Persecution. Accusatory sytem. Leniency program.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	14
2.1 Caráter implícito da obrigatoriedade. Vigência e validade do princípio na ordem jurídica brasileira.....	14
2.2 Evolução histórica do principio da obrigatoriedade da ação penal pública no Direito Brasileiro.....	18
2.3 Requisitos para a proposição da ação penal.....	22
2.4 Modelos de ação penal existentes no Direito Brasileiro.....	25
2.5 Conceito de obrigatoriedade da ação penal pública e suas repercussões no ordenamento brasileiro.....	26
3. SISTEMAS PROCESSUAIS.....	31
3.1 Sistema Misto.....	32
3.2 Sistema Inquisitivo.....	33
3.3 Sistema Acusatório e sua adoção no Brasil.....	35
3.4 Não recepção do artigo 28 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988.....	44
4. ESTUDO DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. A COLABORAÇÃO PREMIADA ALI PREVISTA.....	48
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
6. REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público adquiriu novas funções, além daquelas que já desempenhava no contexto da Carta Constitucional anterior. A instituição passou a ter um papel de destaque na sociedade brasileira, permanecendo, no entanto, como responsável pela propositura da Ação Penal Pública, conforme o artigo 129, I, da atual Constituição Federal.

Dentro desse contexto, é importante analisar a incidência do chamado Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, decorrente do dispositivo constitucional supracitado, que pressupõe a obrigatoriedade de o Ministério Público promover a ação penal pública sempre que presentes os requisitos autorizadores da persecução penal. Tal princípio, que já fora expressamente previsto em nosso sistema, a exemplo do Código de Processo Criminal de 1832, hoje está apenas implicitamente contemplado, não havendo dúvidas, entretanto, na jurisprudência e na doutrina, acerca da plena vigência e necessidade de atendimento a seus preceitos básicos.

Destarte, com base na obrigatoriedade, o *Parquet* não pode se valer dos critérios da oportunidade e da conveniência quando da avaliação da propositura da ação penal pública. Estando presentes os requisitos exigidos para a efetivação da persecução penal, deve o Ministério Público propor a ação penal pública em desfavor de todos os envolvidos que estejam em um mesmo contexto de acusação.

Eis que, então, é editada a Lei 12.850 de 2013, que dispõe acerca das chamadas organizações criminosas, as quais são definidas pelo próprio texto legal como sendo aquelas compostas por 4 (quatro) ou mais pessoas com o fim de praticar ilícitos penais que tragam vantagens ao grupo, sendo tais vantagens de qualquer natureza, devendo as penas máximas previstas para os delitos ultrapassar 4 (quatro) anos ou tenham caráter transnacional.

A inovação da referida legislação é mais destacada no que se refere à questão da aplicação da chamada “delação premiada” ou “colaboração premiada”, situação em que um dos réus decide contribuir com a investigação em curso ou mesmo com o processo já instaurado, possibilitando, por exemplo, a identificação dos demais co-autores ou partícipes, a revelação da organização fundamental do grupo, a localização de eventual vítima, dentre outras consequências.

O instituto da colaboração premiada já é amplamente conhecido e aceito em nossa ordem jurídica. Destarte, a inovação trazida pela nova Lei de Organizações Criminosas se materializa no fato de que o Ministério Público, atendidas as condições previstas na citada legislação, pode, inclusive, deixar de oferecer a denúncia em desfavor do acusado que contribuir com a investigação desde que este não seja o líder do grupo e tenha sido o primeiro a colaborar na investigação.

Tendo em vista a vigência incontestada, mesmo que não expressamente prevista, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em nosso sistema, indaga-se se a possibilidade de o *Parquet* deixar de apresentar a denúncia concedendo, de logo, o benefício da colaboração premiada não seria uma violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

De outro lado, cumpre destacar que, no Brasil, vigora o sistema acusatório de processo penal, por meio do qual a acusação, a defesa e o julgamento estão sob os auspícios de órgãos distintos, quais sejam, o Ministério Público, o defensor e o magistrado. Esse sistema é o resultado dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, no entanto o ordenamento brasileiro ainda convive com as fortes aspirações inquisitivas emanadas do período em que foi editado o atual Código de Processo Penal.

Assim, estando a prerrogativa de acusar a cargo do Ministério Público e cabendo ao Juiz somente o julgamento do processo, não há razão para a permanência em nossa ordem da disposição do art. 28 do Código de Processo Penal, o qual, violando a lógica acusatória, prevê que o magistrado possa discordar do órgão acusador quando de um pedido de arquivamento de peças de informação colhidas na investigação, enviando os autos para análise

da chefia do Ministério Público. Dessa forma, será estudada a recepção ou não do dispositivo pela Constituição Federal de 1988.

No ponto, a nova Lei de Organizações Criminosas inovou, de forma acertada e de acordo com o sistema acusatório previsto na Carta Magna, no que se refere à possibilidade de o Ministério Público, sem a chancela do judiciário, conceder o benefício da delação premiada àquele que colaborar com a investigação nos termos previstos em lei.

Apesar da significativa evolução, alinhada com a Constituição Federal, a nova legislação ainda manteve o espírito presente no art. 28 do Código de Processo Penal, inclusive com referência expressa a esse dispositivo, de forte influência inquisitiva, pela qual o legislador deixou passar oportuna possibilidade de trazer um novo tratamento à matéria totalmente alinhado com a lógica constitucional.

A análise dos questionamentos acima formulados à luz da doutrina e da jurisprudência pátria é que justificam a pesquisa ora desenvolvida neste trabalho de conclusão de curso. A solução de tais questionamentos importará em uma melhor compreensão dos sistemas de persecução penal presentes na nossa ordem jurídica, bem como uma análise mais concreta acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei 12.850 de 2013 e da recepção pela constituição do artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Ao final, far-se-á proposta, *de lege ferenda* (lei pendente edição), para adequação da nova legislação ao sistema acusatório de processo penal vigente no Brasil.

A metodologia utilizada para a realização da pesquisa em questão é bibliográfica e jurisprudencial, pura, qualitativa, descritiva e exploratória.

2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

2.1 Caráter implícito da obrigatoriedade. Vigência e validade do princípio na ordem jurídica brasileira.

O chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal pública dispõe que deve ser proposta a ação penal pública pelo Ministério Público sempre que presentes os requisitos legais para o efetivo exercício da persecução penal pelo Estado. Tem a acusação, pois, o dever, e não a mera faculdade, de propor a ação penal, não lhe sendo facultada a possibilidade de decidir, com base em critérios como o da conveniência e da oportunidade, se tentará a ação penal pública.

Antes de uma análise mais detida acerca da definição, da validade em nosso ordenamento e da aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, é importante ponderar acerca do que se entende por princípio, quais as suas funções e o seu modo de aplicação.

Nesse contexto, importa destacar a definição de princípio jurídico defendida por (BULOS, 2011):

Princípio jurídico – mandamento nuclear do sistema, alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, que esparge sua força por todos os escaninhos do ordenamento. Não comporta enumeração taxativa, mas exemplificativa, porque, além de *expresso*, também pode ser *implícito*.(grifo do autor)

No mesmo sentido de que o princípio se irradia sobre todo o sistema, entende (NUCCI, 2011, p. 82) que princípio jurídico quer dizer:

um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo uma meta maior a seguir.

Cada ramo do Direito possui princípios próprios que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos no ordenamento jurídico ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O processo penal não foge à regra, erguendo-se em torno de princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei. Na Constituição Federal, encontramos a maioria dos princípios que governam o processo penal brasileiro, alguns explícitos, outros implícitos.

Não é outro o entendimento da jurisprudência sobre o assunto, senão veja-se o julgado abaixo do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo:

Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam no texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. (STF - 2ªT. – R. Extr. n. 160.381-SP, Rel. Min. Marco Aurélio)

Da análise dos trechos acima colacionados, bem como do julgado, verifica-se que princípio é o postulado que serve como base para todo o ordenamento, sendo um verdadeiro roteiro a ser seguido pela legislação a ele vinculada. No ponto, importante destacar que os princípios podem estar previstos no texto constitucional ou infraconstitucional, bem como podem ser implícitos. Nessa última hipótese, a existência e eficácia do princípio são constatadas a partir da interpretação de um conjunto de outras normas e princípios, ou mesmo por meio da análise histórica de aplicação das normas.

Assim, como as demais vertentes da ciência jurídica, o processo penal também tem seus princípios próprios que orientam a edição e aplicação das normas dentro do processo em que se efetiva a persecução penal por parte do Estado. Tais princípios têm importância não somente para proporcionar a adoção de um procedimento justo e célere à tramitação dos feitos, mas ainda para conferir garantia e proteção aos que estão sendo processados, servindo também para garantir os meios adequados para que o Estado consiga efetivar a persecução penal.

Destarte, o processo penal, assim como os outros ramos do Direito, é regido por princípios explícitos e implícitos. Alguns deles oriundos do próprio texto constitucional, outros constatados a partir de uma interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, especialmente as normas dispostas no Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848 de 1940) e no Código de Processo Penal (Decreto-lei nº. 3689 de 1941).

Pode-se enumerar, em rol não taxativo, como princípios próprios do processo penal o princípio do devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, o princípio do juiz natural, o princípio do promotor natural, dentre outros. De forma mais específica, tendo como panorama a ação penal pública incondicionada, objeto deste estudo, pode-se citar como princípios norteadores os da indisponibilidade da ação penal, o da oficialidade, o da indivisibilidade e, finalmente, o da obrigatoriedade da ação penal pública.

Assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal guarda uma ligação mais intrínseca com a chamada ação penal pública, a qual será analisada aqui em momento próprio.

Pode-se classificar, então, a obrigatoriedade da ação penal pública como um princípio constitucional implícito, eis que não está expressamente disposto na constituição. Em verdade, a existência e a eficácia do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico brasileiro decorrem da conjunção de dispositivos constitucionais, os quais interpretados de forma sistemática conduzem de forma inequívoca a aplicação da obrigatoriedade na ação penal pública.

As normas constitucionais das quais deriva o princípio da obrigatoriedade são aquelas dispostas no artigo 5º, II e XXXV, do artigo 129, I, ambos da Constituição Federal de 1988, senão vejam-se as transcrições desses dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

O artigo 5º, II, CF é o chamado princípio da legalidade por meio do qual está conferido somente ao poder legislativo a possibilidade de editar e alterar normas no ordenamento jurídico pátrio. Tal princípio releva-se como uma garantia não somente para o poder público, na medida de que terá seus atos respaldados pela legislação, mas para os particulares que saberão os limites de seus direitos, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

No inciso XXXV, do artigo 5º, temos o princípio da inafastabilidade do controle judicial, por meio do qual os membros do poder judiciário não poderão deixar de analisar a lide proposta, em face do caráter indeclinável da prestação jurisdicional (BULOS, 2011, p. 611). Assim, é garantido pelo texto constitucional não somente o acesso à justiça, mas a obrigação do judiciário de propiciar uma solução jurídica para o caso concreto posto em juízo.

Por fim, tem-se o caráter privativo do Ministério Público na proposição da ação penal pública. O *Parquet* é o único legitimado para intentar a persecução penal de iniciativa pública, ressalvando-se a hipótese de o órgão ministerial quedar-se inerte em oferecer a acusação, o que abre a possibilidade de o particular ajuizar, subsidiariamente, a ação penal pública. No entanto, ainda nessa última hipótese, a qualquer tempo, pode o Ministério Público retomar a titularidade da ação penal pública, tudo nos termos do artigo 29 do Código de Processo Penal¹.

Dessa forma, tendo em vista a conjunção dos princípios e normas constitucionais acima expostas, revela-se plenamente vigente em nosso

¹ Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

ordenamento jurídico o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, na medida em que a lei (leia-se o Código Penal e o Código de Processo Penal) disciplina e autoriza a proposição da ação penal pública (que deverá ser apreciada pelo judiciário em face da lesão ou ameaça a direito), a qual cabe privativamente ao Ministério Público.

Comungando desse entendimento, NUCCI (2011, p. 103) sustenta que o princípio da obrigatoriedade “decorre 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”.

Assim, não há dúvidas sobre a existência e a validade do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não expressamente previsto pelo texto constitucional ou pela legislação ordinária como já o fora.

2.2 Evolução histórica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no Direito Brasileiro

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 29 de novembro de 1832, promulgado em substituição às ordenações filipinas, trazia em seu texto, de forma expressa, a obrigatoriedade da ação penal pública. No entanto, destaca-se que o referido diploma legal estava envolto em um sistema acusatório misto (traços do sistema inquisitivo e do sistema acusatório), daí a existência de disposições sobre o início da ação penal por iniciativa do magistrado.

Destaca-se do referido diploma legal os artigos 37 e 335 (este último com a redação conferida pela lei nº 261 de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal de 1932), senão veja-se a transcrição dos dispositivos:

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa

delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Código Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Família Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

Art. 335. O Promotor Publico denunciará, e promoverá as accusações nos crimes de responsabilidade dos empregados publicos, quando não houver parte.

O artigo 335, especialmente, não deixa dúvidas do caráter expresso da obrigatoriedade da ação penal pública a ser promovida pelo Ministério Público. Ademais, o artigo 37 também trata de forma imperativa que é atribuição do promotor a denúncia dos crimes públicos, pelo que se depreende também o princípio da obrigatoriedade.

Ainda com a reforma realizada no ano de 1871, por meio da Lei número 2033, foi mantido expressamente o princípio em comento. Em 1891, com o a proclamação da república e a edição da nova constituição, a competência para legislar sobre matéria processual foi conferida aos estados que então passaram a editar seus próprios textos, inclusive no que concerne ao processo penal. Em tal período, verificou-se que muitos dos estados brasileiros mantiveram expressamente em seus códigos de processo penal previsão do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública a exemplo do estado do Rio Grande do Sul.

De forma inovadora até então, com a promulgação do atual Código de Processo Penal, em 1941, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública passou a estar implicitamente inserido no texto legal, especialmente nas disposições do artigo 24 e 28, de modo que, apesar de implícito, nada foi alterado no que concerne à validade e eficácia do princípio no ordenamento brasileiro.

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de

quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Pela leitura do artigo 24 do Código de Processo Penal, depreende-se que é dever do Ministério Público promover a ação penal pública por meio do oferecimento de denúncia. A mitigação a esse premissa está igualmente prevista no texto legal que dispõe acerca dos casos em que, para que seja iniciada a ação penal pública, é exigida a representação do ofendido ou de seu representante, existindo ainda situações em que deve haver requisição do Ministro da Justiça.

De acordo com o artigo 28 supracitado, a vigência e eficácia do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública tornam-se absolutamente claras e incontroversas, tendo em vista que, mesmo na hipótese de o representante do Ministério Público que oficia nos autos pedir o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, caso discorde o magistrado, os autos serão encaminhados para o Procurador-Geral que terá, então, o condão de decidir acerca do oferecimento ou não da acusação.

Assim, com vistas a resguardar o interesse público presente no momento da formulação da acusação (denúncia), ainda no caso de pedido de arquivamento das peças de informação ou do inquérito policial, pode ser provocada a chefia do *Parquet* para que decida acerca do oferecimento ou não da acusação. Dessa forma, o que se visa é a obrigatoriedade da ação penal pública, o oferecimento da denúncia, portanto. Está claro, pois, a presença implícita, mas clara, do princípio da obrigatoriedade na disposição do art. 28 do Código de Processo Penal Brasileiro.

No ponto, cumpre dizer que a norma presente no artigo 28 do Código de Processo Penal brasileiro teve sua eficácia mantida até a promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, após o novo texto constitucional, conforme será visto no segundo capítulo, entende-se que o referido dispositivo não foi recepcionado por violar o sistema acusatório de processo penal em vigor no Brasil. Entretanto, para fins de comprovar o caráter

implícito do princípio da obrigatoriedade, foi necessário mencionar o referido dispositivo.

Verifica-se, pois, ser essa a interpretação que conclui pela validade e pela vigência do princípio da obrigatoriedade a mais prudente e ajustada de acordo com a ótica constitucional, pois, caso assim não fosse, teria o legislador conferido ao membro do Ministério Público a prerrogativa de dispor da ação penal pública com base em critérios de oportunidade e conveniência, deixando de oferecer a denúncia com base em suas convicções. No entanto, assegurou o legislador o mecanismo de provocação da chefia do Ministério Público como forma de resguardar e assegurar o oferecimento da ação penal pública, o que, no atual sistema constitucional, não foi recepcionado.

As questões acima suscitadas tornam-se mais claras quando se verifica que, no momento da formulação da acusação, o que vige é o chamado “*in dubio pro societate*”. Com base em tal brocardo, havendo dúvidas acerca da formulação ou não da acusação, deve-se preferir o oferecimento da denúncia para que ao longo do processo seja constatada ou não a pertinência e validade da acusação formulada. Ao final do processo, vige o conhecido princípio “*in dubio pro reo*”, situação na qual a dúvida beneficiará o réu, conforme expressamente dispõe o Código de Processo Penal no art. 386, VI².

Pondera-se, por oportuno, que a obrigatoriedade da ação penal pública não pode levar à propositura de ações penais temerárias, que afetem de forma despropositada o patrimônio individual (honra) do indivíduo. Fala-se em obrigatoriedade quando presentes os requisitos mínimos para a propositura da ação, quais sejam as condições da ação penal: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade das partes e justa causa.

É o que afirma JARDIM (1994, p. 42):

Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de

² Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, ao nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

Assim, não pode o Ministério Público sob a ótica de obediência ao princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal efetivar a propositura de ações penais que não guardem o mínimo de viabilidade, em que não há todos os requisitos mínimos. O que se defende é a propositura da ação penal pública sempre que presentes os requisitos exigidos. Nessa hipótese, não pode o *Parquet* transigir sobre o exercício ou não da ação, tendo o dever de intentá-la no prazo legal.

2.3 Requisitos para a proposição da ação penal

Cumprido analisar, em face da relação intrínseca com o tema aqui disposto, os requisitos exigidos para o exercício da ação penal, conforme acima enumerados. Destaca-se que existe ainda alguma resistência por parte da doutrina acerca da inserção da justa causa como requisito da ação penal, no entanto, no que se refere às demais condições, a questão resta absolutamente pacificada.

Como um das condições da ação penal, a possibilidade jurídica do pedido assegura que o provimento jurisdicional requerido pelo autor da ação, na inicial, deve estar previsto em lei para que o feito seja regularmente processado. Em regra, no processo penal o pedido formulado é da condenação do sujeito passivo a quem se imputa a prática delituosa. Assim, não atende a tal requisito o processamento de crime cuja punibilidade já está extinta ou mesmo o pedido de condenação a uma pena não prevista no nosso ordenamento, como, por exemplo, trabalhos forçados.

Veja-se o que defende RANGEL (2012, p. 276) sobre a possibilidade jurídica do pedido:

A possibilidade jurídica do pedido significa que a providência que o autor pede, na hipótese, deve estar prevista em lei para que a ação

seja *regularmente* exercida. O pedido do autor deve estar previsto no ordenamento jurídico, sendo inadmissível o atendimento de um pedido que não encontra arrimo na lei. O fato narrado na petição inicial penal deve ser típico (descrito em norma penal incriminadora) e o pedido ministerial deve ser admissível no direito.

Dessa forma, logo de início, no momento de propositura da ação penal, já se deve analisar a possibilidade, de acordo com a lei, de o pedido formulado ser executado em caso de procedência da ação.

Outro requisito da ação penal é o interesse de agir. Tal pressuposto da ação penal analisa se a propositura da ação penal será efetivamente útil para cumprir as disposições legais. Assim, o cuidado aqui dispensado é com a efetividade do processo. Nesse sentido sustenta PACELLI DE OLIVEIRA (2011, p. 107) que *“sob a perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade”*.

Fala-se, ainda, como condição da ação em legitimidade das partes, ou seja, autor (acusador) e acusado devem ter legitimidade para figurar nos pólos ativo e passivo da ação penal.

A acusação, no processo penal, é exercida na maior parte dos casos pelo Ministério Público. Para fins de aferição da legitimidade, deve-se aferir se o órgão do *Parquet* responsável pela formulação da acusação é competente para tanto de acordo com a competência para o julgamento do feito. Assim, por exemplo, nos casos de competência da justiça comum estadual, o Ministério Público do Estado será competente para propositura da ação penal pública.

Em outros casos, sendo a ação de iniciativa privada, como nos crimes contra a honra, a legitimidade ativa será do ofendido ou de seu representante legal, sendo incompetente, portanto, o Ministério Público para atuar no feito como titular da ação (autor). O mesmo acontece nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação na qual o *Parquet* somente poderá agir como autor caso o ofendido tenha manifestado interesse em processar o acusado.

Quanto à legitimidade para figurar no pólo passivo, não há maiores discussões ou controvérsia sobre o tema, pois qualquer pessoa, desde que

maior de 18 (dezoito) anos de idade (limite definido para a culpabilidade penal), pode figurar no polo passivo. Nessa situação, basta que o sujeito seja apontado como autor do injusto penal típico. Deve-se demonstrar, portanto, o chamado nexo de causalidade, ou seja, a relação necessária entre o sujeito e o resultado do ilícito penal praticado.

Por fim, há ainda a justa causa como última condição da ação penal, além da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade das partes já analisadas. O tema foi controvertido na doutrina até a edição da Lei 11.719 de 2008 que inseriu o inciso III ao artigo 395 do Código de Processo Penal, terminando por definir a falta de justa causa como causa de rejeição da denúncia. A discussão doutrinária tinha por foco a aceitação ou não da justa causa como condição para o exercício da ação penal, o que hodiernamente não enseja maiores debates.

Em relação à justa causa, cumpre dizer que não se restringe ao momento processual de recebimento ou não da acusação formulada, mas pode ser percebida em outros momentos, como na fase de prolação da sentença ou mesmo quando do decreto de uma prisão de natureza cautelar (LOPES JR, 2012, p. 377). A justa causa traduz-se no processo na existência de indícios mínimos de autoria e de materialidade do delito analisado, ou seja, deve-se aferir se existem elementos indiciários que confirmam viabilidade a ação penal que está sendo iniciada por ocasião do recebimento da denúncia. Sobre o tema, cumpre transcrever o que sustenta BADARÓ (2012, p. 106):

A noção de justa causa evoluiu então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da *probable cause* autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o chamado “trancamento da ação penal”.

Assim, a evolução da justa causa defendida pelo autor supracitado conferiu maior segurança ao processo penal, especialmente por criar mais uma

condição para a ação penal, de modo a resguardar não somente a jurisdição, evitando a movimentação desnecessária do judiciário, mas também a pessoa do acusado que não se verá processado por longos anos para que, ao final, sobrevenha decreto absolutório por falta de elementos de cognição que conduzam a sua condenação. A decisão do legislador ao inserir a falta de justa causa como hipótese para rejeição da denúncia foi absolutamente acertada, portanto.

2.4 Modelos de ação penal existentes no Direito Brasileiro

Por guardar relevante pertinência com o tem em comento, cumpre destacar as características básicas dos tipos de ação penal existentes no sistema processual brasileiro, quais sejam a ação penal de iniciativa pública incondicionada, a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação e a ação penal privada.

A ação penal privada tem por característica estar o ofendido ou seu representante legal no polo ativo da demanda, em face do notório interesse particular envolvido no caso. Nesse tipo de ação penal vige a idéia da conveniência e oportunidade para o ajuizamento da demanda, eis que somente será instaurada mediante a provocação, em Juízo, do ofendido ou de seu representante legal.

Justifica-se a existência de ação penal titularizada pelo ofendido no sistema processual brasileiro como forma de privilegiar o controle objetivo de propositura da ação penal, não dependendo do juízo de valor do Ministério Público acerca da efetivação ou não da demanda, conforme leciona OLIVEIRA (2011, p.141). Assim, a ação penal privada no Brasil é exceção, cabendo apenas em diminuta quantidade de casos previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

De outro lado, a ação penal de iniciativa pública tem como característica a presença do Ministério Público como titular da ação, cabendo-lhe a formulação e o oferecimento da acusação. No ponto, os bens juridicamente tutelados nos crimes para os quais está prevista tal modalidade

de ação guardam um notório interesse público, ficando cargo do Estado à iniciativa em propor tais demandas.

A ação penal de iniciativa pública pode ser ainda de duas espécies, as que dependem de representação do ofendido ou do Ministro da Justiça e aquelas em que tal representação é absolutamente dispensada, cabendo ao Ministério Público, ao tomar conhecimento da ocorrência da infração penal, desde logo, propor a ação penal ou determinar a instauração de investigação pela autoridade policial competente.

Na ação penal de iniciativa pública, vige a idéia da indisponibilidade, indivisibilidade e da obrigatoriedade. Assim, a ação é indisponível ao passo que não cabe ao autor da demanda desistir do processo já em curso; é indivisível, eis que deve ser proposta contra todos os autores da infração penal; e, por fim, obrigatória, tendo em vista não ser possível ao Ministério Público, com base em critérios de conveniência e oportunidade, decidir sobre a instauração do processo, sendo obrigatória a sua propositura.

Assim, de acordo com o exposto acima, restam caracterizados os pressupostos da ação penal pública, bem como a própria ação penal de iniciativa pública o que servirá decisivamente de lastro para a análise do princípio da obrigatoriedade e suas repercussões, especialmente no que se refere ao sistema de processo acusatório vigente no Brasil e a lógica de colaboração premiada prevista pela Lei 12.850 de 2013.

2.5 Conceito de obrigatoriedade da ação penal pública e suas repercussões no ordenamento brasileiro

Concluída a análise dos pressupostos, dos modelos de ação penal e das características da ação penal de iniciativa pública, bem como da plena vigência e validade do princípio da obrigatoriedade no nosso ordenamento jurídico, passa-se à definição e ao estudo mais aprofundado do referido princípio, demonstrando o seu caráter imperativo e, mais à frente, a sua repercussão no que se refere ao modelo de delação premiada previsto pela nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850 de 2013).

Conforme já antecipado, a obrigatoriedade da ação penal pública pressupõe o dever do Ministério Público, enquanto autor e titular da ação penal de iniciativa pública, em propor a ação penal contra todos os envolvidos no caso concreto sempre que verificar estarem presentes os requisitos da ação penal no que se refere a cada um desses indivíduos. Não pode o *Parquet*, com base em critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia, sob pena de ser violado frontalmente o princípio em comento.

Nessa mesma linha de entendimento sobre o conceito do princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua repercussão no processo está a maior parcela da doutrina pátria, a exemplo do que defende RANGEL (2014, p. 239):

Dessa forma, diante deste princípio, o Ministério Público *deve* propor ação penal pública sempre que estiver com um fato típico, ilícito e culpável nas mãos, devidamente comprovado ou com elementos que o autorizem a iniciar a persecução penal. Pois a obrigatoriedade da ação penal é uma exigência lógica do aforismo de os delitos *não podem ficar impunes (nec delicta maneant impunita)*. Ora como punir (*ius puniendi*) se não houver provocação jurisdicional? (cf. art. 2 do CPC c /c art. 5, XXXV, da CRFB). Como sustentar o monopólio da administração da justiça se não for criado um órgão estatal incumbido de exercer a persecução penal?

O princípio da obrigatoriedade da ação penal vem dar respostas a estas indagações e a muitas outras.

[...]

Não cabe ao Ministério Público deixar de propor ação penal por motivos de política criminal nem por qualquer outro que não previstos em lei. Ou seja, há de se verificar se o fato é típico, contrário a lei penal e culpável, bem como se há as condições exigidas por lei para o regular exercício da ação penal.

No mesmo sentido PACELLI DE OLIVEIRA (2011, p. 126):

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que , a seu juízo configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obrigatoriedade*.

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação

penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

Não somente os autores acima referidos aderem ao entendimento aqui defendido acerca do conceito doutrinário e da aplicabilidade teórica do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A doutrina apresenta-se absolutamente pacificada nesse sentido, não remanescendo dúvidas, do ponto de vista conceitual, acerca do tema.

Em verdade, as questões de maior relevância e de maior debate quanto ao tema surgem nos casos concretos sujeitos à apreciação dos órgãos do poder judiciário. É que o princípio em comento, muitas vezes, parece entrar em rota de colisão, por exemplo, com as prerrogativas conferidas ao Ministério Público, como a independência funcional.

Ora, a conclusão acerca da tipicidade penal do fato, assim como da presença de todas as condições de admissibilidade da ação penal, nem sempre é tarefa objetiva. No entanto, tais condições são exigidas para que seja possível a incidência do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Mesmo tendo o Direito Penal por base princípios constitucionais como o da reserva legal (artigo 5, inciso XXXIX da Constituição Federal e artigo 1 do Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei 2848 de 1940), que determina a exata concordância entre o tipo penal e o fato, ainda remanescem discussões no caso concreto.

Assim, a decisão acerca da propositura da ação penal pública, cabível exclusivamente ao membro do Ministério Público que oficia no caso, traz consigo algum grau de subjetividade. Não existem fórmulas prontas, eis que as hipóteses de incidência da norma penal são infinitas, mas apenas princípios e regras que servirão de roteiro para que seja feita a conclusão acerca da viabilidade da ação penal a ser proposta. Nesses termos, o promotor ou procurador da república terá, no caso concreto, a possibilidade de entender pelo oferecimento ou não da peça de acusação, com o que nem sempre concordará o acusado, o Juiz ou o assistente de acusação.

A independência funcional do Ministério Público, garantida pela Constituição Federal no art. 127, § 1^o, confere a seus membros a garantia de que somente devem agir de acordo com suas convicções acerca do caso posto em análise, sendo vedado que o membro do *Parquet* seja levado a se manifestar em razão de influência externa ou mesmo dos próprios pares integrantes do Ministério Público. A independência funcional, portanto, não deve ser observada apenas em face do Ministério Público enquanto instituição, mas especialmente em relação a cada membro. Essa é idéia almejada pelo constituinte de 1988.

No ponto, destaca-se que é louvável a independência do Ministério Público garantida pela Constituição Federal, pois confere a seus membros a tranqüilidade e a segurança institucionais necessárias para o bom e fiel exercício das funções que lhes são garantidas.

Em particular, no que se refere ao princípio em comento, a independência funcional do *Parquet* é o fato que gera, no caso concreto, as mais acaloradas discussões acerca da aplicabilidade da obrigatoriedade da ação penal pública. É que pode entender o membro do Ministério Público que o caso, por exemplo, é atípico, deixando de oferecer a denúncia, quando, na verdade, entende a assistente de acusação ou o magistrado pela tipicidade penal. O membro do Ministério Público não pode ser obrigado por quem quer que seja, em face da independência funcional, a propor a ação penal por meio da denúncia.

Entretanto, no caso proposto, o assistente de acusação ou o magistrado podem discordar de tal entendimento justamente com base no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Podem entender, objetivamente, que estão presentes todos os requisitos de admissibilidade da ação penal pública, bem como a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade o que ensejaria o oferecimento da denúncia.

³ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1^o São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Dessa forma, no caso concreto, o princípio da obrigatoriedade, de origem constitucional, pode entrar em rota de colisão com o princípio da independência funcional do Ministério Público, que também é previsto e garantido pelo texto constitucional. Nesse sentido, surgem acalorados debates acerca da violação ou não do princípio da obrigatoriedade.

Comprova-se, então, que no Brasil a doutrina resta absolutamente pacificada no sentido da definição e aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não remanescendo qualquer debate notório acerca disso. No entanto, quando a análise foca-se no caso concreto, surgem discussões como a que acima foi colocada.

Assim como a independência funcional, a colaboração premiada prevista pela nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850 de 2013) será igualmente objeto de discussão e divergência acerca da aplicabilidade da obrigatoriedade da ação penal pública, eis que, diante de todos os elementos para a instauração da ação penal, poderá o Ministério Público, mediante acordo com a parte envolvida, propor a chamada colaboração premiada, deixando de oferecer a denúncia.

Embasará a discussão acerca da colaboração premiada, além do princípio da obrigatoriedade, o sistema acusatório de processo penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, tem-se a obrigatoriedade da ação penal que indica para o oferecimento da acusação, enquanto de outro deve-se levar em conta as disposições do sistema acusatório que prevê a total independência do Ministério Público enquanto órgão acusador.

Com foco na recente Lei de Organizações Criminosas serão as questões acima postas em discussão e análise nos capítulos seguintes do presente estudo.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS

Após detida análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, é imprescindível o desenvolvimento de um estudo acerca do sistema processual penal vigente no Brasil, apresentando suas características mais importantes. Tal tema, assim como o que foi tratado no capítulo anterior, servirá de lastro para as conclusões que serão aqui firmadas no derradeiro capítulo acerca das modificações trazidas pela nova Lei de Organizações Criminosas no que concerne ao instituto da colaboração premiada ali previsto.

São reconhecidos de forma pacífica pela doutrina pátria três sistemas processuais penais, quais sejam, o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o sistema misto. Quanto aos dois primeiros, não remanescem controvérsias mais acaloradas, ficando tais divergências concentradas no último dos sistemas, o qual, apesar de reconhecido pela maior parte dos autores, não tem bem delineadas as suas características e princípios norteadores.

Ademais, importa destacar que os sistemas processuais mudam de acordo com o contexto (período histórico) em que estão inseridos, o que também se verifica no que se refere as garantias conferidas ao réu. Em um Estado Autoritário, tais garantias são restringidas, enquanto que em um Estado Democrático são resguardadas e entregues àqueles que se vêm envolvidos na condição de acusados em um processo criminal, conforme bem leciona RANGEL (2014, p.53).

Assim, mais do que regras, os sistemas processuais penais terminam por refletir a vontade política e o momento pelo qual passa o Estado. Tanto é verdade que diversos países, dentre os quais está o Brasil, já adotaram em momentos históricos distintos mais de um dos modelos de processo penal acima apontados.

O fator que servirá de base para que seja efetivada a diferença entre os sistemas processuais é o modo pelo qual é realizada a investigação, especialmente no que concerne a participação do magistrado neste momento processual. Além disso, a titularidade da ação penal, ou seja, o órgão ou pessoa responsável por formular a acusação é também fator decisivo na hora de classificar o sistema vigente em um país como acusatório, inquisitivo ou misto.

3.1 Sistema Misto

Quanto ao chamado sistema processual misto, cumpre sobrelevar que sua denominação se dá em face de guardar proximidade em alguns pontos com o sistema acusatório e em outros com o sistema inquisitivo. A origem de tal modelo de processo penal é apontada por PACHELLI DE OLIVEIRA (2011, p. 10) como sendo a França do Século XIX com o surgimento do *Code d'instruction criminelle* francês.

Tal legislação trouxe marcas dos sistemas acusatório e inquisitivo, tendo em vista que existiam os chamados “Juizados de Instrução” no qual os magistrados participavam de forma efetiva na investigação preliminar realizada antes que fosse formalizada a acusação. Essa característica aproximava o sistema do modelo inquisitivo, tendo em vista que havia uma interferência do magistrado na fase de colheita das provas indiciárias e das peças de informação que possibilitassem a formalização da acusação.

De outro lado, o sistema aproximava-se do modelo acusatório quando se verifica que o Ministério Público era o responsável por oferecer a acusação, não sendo possível conferir tal função ao magistrado. Além disso, na fase judicial, após a formalização da acusação, as garantidas processuais eram conferidas àqueles que estavam sendo processados, bem como havia publicidade quanto à realização dos atos processuais. Tais características aproximavam o sistema francês do modelo acusatório de processo.

É exatamente nesse sentido que caminha a doutrina pátria ao falar do sistema “misto” de processo penal, conforme os trechos a seguir

colacionados, senão veja-se o entendimento de PACELLI DE OLIVEIRA, (2011, p. 10):

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução – ta com ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, características já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

No mesmo sentido dispõe RANGEL (2014, p. 51 e 52):

As investigações criminais eram feitas pelo magistrado com sérios comprometimentos de sua imparcialidade, porém a acusação passava a ser feita, agora, pelo Estado-administração: o Ministério Público.

Podemos dividir o sistema misto em duas fases procedimentais distintas, para sua melhor compreensão:

- 1) Instrução preliminar: nesta fase, inspirada no sistema inquisitivo, o procedimento é levado a cabo pelo juiz que procede às investigações, colhendo as informações necessárias a fim de que se possa, posteriormente, realizar a acusação perante o tribunal competente;
- 2) Judicial: nesta fase, nasce a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.

Como visto, existem características de outros sistemas na composição do sistema processual misto, o qual se destaca pela existência de duas fases bem delineadas nas quais a participação ativa no magistrado é distinta, assim como o é a do Ministério Público (na função de órgão responsável pela acusação).

3.2 Sistema Inquisitivo

O chamado sistema inquisitivo guarda lembrança até mesmo pelo nome com períodos históricos em que foram tolhidas as garantias individuais, como o foi na Inquisição Católica que vitimou personagens históricos como

Giordano Bruno e Joana D'Arc. O modelo de processo penal em questão era marcado pela diminuta possibilidade conferida ao acusado de se defender da acusação que lhe era imputada.

Em tal sistema, impera a lógica de que o julgador é detentor de poderes tantos que é responsável pela acusação e pelo julgamento do sujeito. Não existe a divisão necessária entre os órgãos de acusação e de julgamento, o que termina por determinar a parcialidade dos julgamentos proferidos sob a ótica de tal sistema processual. Ademais, ainda como característica de tal sistema tem-se que o acusado não é considerado como parte do processo, tendo condições de exercer as mesmas faculdades processuais conferidas à acusação. Assim, ao invés de parte, o acusado é verdadeiramente um objeto do processo.

No sistema inquisitivo, a confissão é considerada a prova mais relevante para a formação da culpa do sujeito. Não a toa que muitos dos que eram levados a julgamento em tal sistema acabavam sendo torturados até que confessassem a prática do delito. Tal confissão, em considerável parte dos casos, se dava somente em face do sofrimento físico e psicológico pelo qual passavam os acusados, mas não pela revelação efetiva da autoria do delito.

Quanto ao modo de condução do processo, verifica-se no sistema inquisitivo a predominância de procedimentos secretos e predominantemente escritos. De outro lado, a iniciativa probatória do juiz era ampla, sendo-lhe conferida a possibilidade de colher diretamente a prova. Cumpre destacar ainda a inexistência do contraditório no sistema inquisitivo. Dessa forma, o acusado não tinha a possibilidade de participar efetivamente da produção da prova a ser utilizada para o julgamento do processo.

As características do sistema inquisitivo são aquelas que, de forma mais clara, definem tal sistema, sendo apontadas também pela doutrina pátria conforme se depreende dos trechos abaixo colacionados da lavra de NUCCI (2011, p.121):

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais,

predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa

No mesmo sentido, tem-se o que sustenta BADARÓ (2012, p. 50):

Já no processo inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um objeto do processo. A ação iniciava-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídica processual. O processo normalmente era escrito e secreto.

[...]

O juiz inquisidor tinha liberdade de colher provas, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado.

[...]

Em suma, o sistema inquisitório baseia-se em um princípio de autoridade, segundo o qual a verdade é tanto mais bem acertada quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador.

Dessa forma, tendo em vista tais características, verifica-se que o sistema inquisitivo de processo somente é compatível com estados totalitários, em que não impera a democracia e o respeito às garantias e direitos fundamentais. Em razão disso, tal modelo processual somente foi utilizado em períodos notoriamente marcados pelo autoritarismo estatal, como na época da Inquisição Católica, como dito. Conforme será visto a seguir, o modelo de processo acusatório é o contraponto, a oposição, ao sistema de processo inquisitivo.

3.3 Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem por característica fundamental o fato de ser um processo de partes. Em outros termos, as funções de acusar, julgar e defender estão bem definidas no modelo, além de serem exercidas por órgãos distintos o que confere maior credibilidade ao processo.

O ponto fundamental é que, sendo um sistema de partes (acusação e defesa), o magistrado fica adstrito a sua função precípua que é a de julgar o processo conforme as provas produzidas pelas partes.

Destarte, no sistema acusatório, não há lugar para que o magistrado busque as provas para o processo. Essa não é sua função. Ao juiz, então, cabe o julgamento, mas não a tarefa de produzir as provas que serviram de base para a incriminação do sujeito, eis que tal função é exclusiva do órgão de acusação.

É certo que há a chamada iniciativa probatória do juiz, tema que será tratado mais adiante, confere ao magistrado a possibilidade de produzir provas. Todavia, a produção de tais provas tem como foco dirimir dúvidas, mas não buscar novas provas que, por exemplo, sirva para reforçar a acusação.

Antes de passar para a análise das características específicas do sistema acusatório, cumpre destacar a importância de tal modelo, especialmente diante da predominância em governos democráticos presentes na maioria dos países, especialmente àqueles de cultura ocidental.

Conforme já ressaltado, o sistema acusatório é próprio do modelo democrático de estado, pois objetiva proporcionar igualdade de forças às partes, bem como o respeito às garantias individuais.

Sendo o Brasil um país democrático de direito, conforme previsto no *caput* do art. 1 da Constituição Federal de 1988, outro caminho não havia que não a adoção do modelo acusatório de processo em nosso país. Esse é o entendimento aqui defendido. A definição do modelo brasileiro encontra ainda alguma controvérsia, tendo em vista a existência de algumas características do modelo inquisitivo em nosso sistema como as características inerentes ao inquérito policial.

Comprovando a existência de divergência doutrinária, tem-se os posicionamentos divergentes abaixo transcritos. Veja-se o que diz PACELLI DE OLIVEIRA (2011, p. 15):

De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos

como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.

Diverge desse posicionamento NUCCI (2011, p.122), o qual defende existir no Brasil um sistema misto, especialmente em face do modo pelo qual é conduzido o inquérito policial:

Logo não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir a realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contanto com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não ode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Como visto nos trechos acima colacionados, há divergência doutrinária sobre o modelo de processo penal existente no Brasil. De fato, o distanciamento temporal entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941, diplomas legais concebidos em momentos político-ideológicos opostos, revela, de forma aparente, a coexistência de dois sistemas contraditórios em um mesmo ordenamento.

No entanto, há que se ressaltar a o caráter hierarquicamente superior da norma constitucional (sistema acusatório) em detrimento da norma infra-constitucional (Código de Processo Penal), prevalecendo a norma constitucional.

Além disso, destaca-se que não existe um sistema de processo absolutamente “puro”, ou seja, que traga consigo todas as marcas previstas no modelo tido por ideal. Em cada país, há modificações naquilo que tipo por ideal para cada sistema de modo adequar o modelo ao sistema vigente naquele Estado. A inexistência, na prática, de sistemas “puros” é o que defende (RANGEL, 2014,p. 49): *“Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais.”*

Entretanto, o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo de processo brasileiro é no sentido de que vigora aqui o modelo acusatório, senão veja-se os recentes precedentes abaixo:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. **MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.** INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL, CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SUMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. **1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória.** Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. (STF - HC: 115015 SP , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)

Ementa: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. NARRATIVA ACUSATÓRIA QUE ATENDE AO COMANDO DO ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento da ação penal é medida restrita a situações que se reportem a conduta não-constitutiva de crime em tese, ou quando já estiver extinta a punibilidade, ou, ainda, se não ocorrerem indícios mínimos da autoria (HCs 87.310, 91.005 e RHC 88.139, da minha relatoria; HC 87.293, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 85.740, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e HC 85.134, da relatoria do ministro Marçõ Aurélio). **2. No modelo acusatório definido pelo inciso I do art. 129 da Constituição Federal, a imputação do fato-crime, como regra, compete ao Ministério Público. Ministério Público a quem incumbe a observância das balizas dos arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal. Isso porque a admissibilidade da denúncia se afere quando satisfeitos os requisitos do art. 41, sem que ela, denúncia, incorra nas impropriedades do art. 395 do Código de Processo Penal.** [...] (STF - HC: 102650 PA , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 02/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011)

Diante dos julgados acima, verifica-se o pacífico posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do sistema de processo penal adotado no Brasil que é o acusatório, conforme aqui é defendido. Destaca-se, entretanto, a existência de traços do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional.

Apresentadas as razões e os fundamentos por meio dos quais sustenta-se que o modelo de processo vigente no Brasil é o acusatório, importa destacar as principais características do referido sistema.

Tem-se, inicialmente, conforme já anunciado acima, que a existência do sistema acusatório em determinado ordenamento jurídico pressupõe a divisão das funções de acusar, defender e julgar dentro do processo. Ademais, tais funções devem ser confiadas a órgãos ou pessoas distintas de modo a garantir a independência de atuação própria da lógica acusatória.

No Brasil, a acusação está confiada ao Ministério Público, conforme art. 129, I, da Constituição Federal em se tratando de crime de ação pública incondicionada ou condicionada à representação. Tal dispositivo constitucional, além de denotar a existência implícita do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, conforme já abordado, também é o fundamento para a constatação da adoção do modelo acusatório de processo penal pelo Brasil.

Ademais, ainda no que se refere aos personagens envolvidos no processo, cumpre destacar que o magistrado deve agir de modo a sempre preservar a imparcialidade quanto ao processo a ele submetido, exercendo apenas as suas funções enquanto julgador. Ao acusado, são garantidos todos os direitos fundamentais previstos pela constituição no exercício de sua defesa. Assim, no Brasil, há garantia do contraditório (Artigo 5º, LV, Constituição Federal), da ampla defesa (Artigo 5º, LV, Constituição Federal), da presunção de inocência (Artigo 5º, LVII, Constituição Federal) e do devido processo legal (Artigo 5º, LIV, Constituição Federal), por exemplo.

A existência de tais garantias reforçam o modelo acusatório, eis que próprio de estado nos quais tais garantias são conferidas àqueles que se vêem envoltos em processos criminais na condição de acusado.

Além da separação das funções, o sistema acusatório se caracteriza pela publicidade dos atos processuais praticados. Assim, os atos processuais são realizados com o conhecimento de todos os interessados, mesmo na hipótese de decretação de sigilo dos autos. O sigilo tem validade para terceiros, mas não para aqueles que estão diretamente envolvidos como parte

ou julgador no processo, conforme disposto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988⁴.

Ademais a norma constitucional acima referida também fundamenta outra característica que pode ser atribuída ao sistema acusatório, qual seja, a prolação da sentença com base no chamado livre convencimento motivado. O magistrado deve julgar livremente, de acordo com o seu convencimento, mas com base nas provas coletadas no processo e constante nos autos. É dever do magistrado referir quais as provas que o levaram a proferir o julgamento.

Tal garantia tem relação com o sistema acusatório em razão de que confere ao julgador o conforto e a imparcialidade necessária para que decida de acordo com seu entendimento e com as provas constantes nos autos. Destarte, privilegia-se a função precípua do magistrado que é a de julgar o feito.

As características acima listadas do sistema acusatório encontram amparo doutrinário, conforme defende NUCCI (2011, p. 121):

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgados; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra

No mesmo sentido, veja-se o que defende BADARÓ (2012, P. 50 e 51):

Já no modelo acusatório, o acusado é sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado de outro, o direito ao silêncio, eliminando qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade. [...] Havendo separação de funções, a acusação será conferida a uma pessoa distinta do julgador. Por outro

⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

lado, caberá ao juiz a missão exclusiva de julgar. Todavia, se este juiz terá ou não poderes instrutórios é algo que não diz respeito à essência do sistema.

Dessa forma, diferentemente do sistema misto, o modelo acusatório possui características que o identifica e o diferencia. É imperioso destacar que tais características estão presentes no modelo brasileiro que conta com um processo público, com divisão das funções de julgar, acusar e defender e com o respeito às garantias e direitos fundamentais.

Quanto ao posicionamento daqueles que sustentam ser misto o sistema adotado no Brasil, como Guilherme de Souza Nucci, em decorrência do caráter inquisitivo do inquérito policial, cumpre dizer que a existência de tais características, não imprimem qualquer mácula ao modelo acusatório de processo penal.

No modelo processual brasileiro, não existe participação ativa do juiz na fase de investigação, ou seja, na fase pré-processual de colheita de indícios e das peças de informação que darão azo a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, o qual decidirá, privativamente (artigo 129, I, Constituição Federal) sobre denunciar ou requerer o arquivamento do feito.

A participação do magistrado na fase de investigação é própria do modelo de processo misto, sendo, inclusive uma de suas principais características. É o chamado juizado de instrução. Assim, tal peculiaridade deve estar presente para que o modelo seja identificado como misto, o que não se verifica na ordem jurídica pátria.

No Brasil, o juiz somente participa no inquérito na adoção de medidas requeridas pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, como, por exemplo, a decretação de prisão provisória ou o arresto de bens, medidas cautelares pessoais ou reais, portanto. O magistrado não interfere na colheita dos elementos de informação nem atua diretamente nas diligências de investigação do inquérito policial.

Além disso, não restam dúvidas acerca dos órgãos responsáveis pela investigação criminal no Brasil, quais sejam, o Ministério Público e a polícia judiciária (Polícia Civil, Polícia Federal etc), não havendo em qualquer

legislação a possibilidade de qualquer tribunal ou magistrado intervir em tais atividades.

Quanto à polícia judiciária, tem-se que é sua função precípua o desenvolvimento das atividades de investigação. Já no que se refere ao Ministério Público, verifica-se que também pode investigar nos termos do artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º da Lei Complementar n. 75/93⁵ e do art. artigo 129, incisos VI, VII, da Constituição Federal⁶.

É importante dizer ainda que se reconhece que é adotado em nosso país características do modelo inquisitivo para o inquérito policial. Pode-se identificar, por exemplo, a inexistência de contraditório obrigatório em sede policial, bem como do caráter sigiloso que revestem os procedimentos ali desenvolvidos.

Entretanto, apesar do sigilo, o acesso aos autos é perfeitamente possível às partes envolvidas, conforme dispõe a Súmula Vinculante nº. 14 do Supremo Tribunal Federal⁷, o que também garante o exercício do contraditório, especialmente após a promulgação da atual constituição brasileira.

Destarte, o sigilo e a ausência de contraditório obrigatório no inquérito policial não são suficiente, pelas razões acima expostas, para macular o sistema de acusatório vigente no Brasil. Ademais, é importante ressaltar que a fase investigativa é pré-processual, não sendo, também por este aspecto, decisiva para definir o sistema vigente em determinado ordenamento jurídico.

⁵ Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;
II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

⁷ Súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

No sistema misto, a fase de investigação, com a participação efetiva do magistrado é desenvolvida dentro do processo, já estando judicializada, por assim dizer, a demanda.

Cumpra ainda salientar, no que diz respeito à chamada iniciativa probatória do juiz, que também não haveria aí uma mitigação do sistema acusatório ou mesmo a possibilidade de caracterizar o sistema brasileiro como misto por esse aspecto.

É que tal iniciativa, prevista no artigo 156 do Código de Processo Penal, é apenas supletiva ou justificada em razão da urgência ou relevância da prova, situações extremas e atípicas, portanto. Veja-se, então o que está disposto no referido dispositivo.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

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

Conforme o inciso I, é facultado ao magistrado ordenar a produção antecipada de prova em face de motivo relevante ou urgente. Como exemplo de tal situação, tem-se a antecipação do depoimento de testemunha que se encontra em grave estado de saúde, o que pode impossibilitar sua oitiva caso venha falecer.

O juiz pode ainda requerer a produção de provas que se destinem a dirimir dúvidas acerca de ponto relevante existente no processo, com fulcro no inciso II do texto legal supramencionado. Assim, por exemplo, na situação em que todas as testemunhas ouvidas no processo fazem referência a um determinada pessoa que não foi ouvida, nada impede que o magistrado determine a intimação de tal indivíduo para que possa esclarecer a questão.

No entanto, a iniciativa probatória do juiz nos casos acima listados como exemplo não fere o sistema acusatório, eis que tal atuação não é

ordinária, sendo observada somente em circunstâncias específicas previstas pela própria lei.

Por todas as razões acima expostas compartilha-se do entendimento daqueles que sustentam ser acusatório o modelo de processo vigente no Brasil, como, por exemplo, Paulo Rangel. Considera-se ainda, conforme já ressaltado anteriormente, que o sistema brasileiro, apesar de acusatório, não é “puro”, ou seja, aproxima-se do modelo ideal do sistema acusatório, mas guarda particularidades inerentes ao próprio modelo e ao momento histórico vivido pelo país.

3.4 Não recepção do artigo 28 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988

Oportuno discutir nesse contexto alguns aspectos relevantes acerca da recepção pela Constituição Federal de 1988 do artigo 28 do Código de Processo Penal, cuja redação data do texto original editado no ano de 1941. Veja-se o que dispõe o referido dispositivo:

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

O dispositivo acima transcrito traz a regra processual de que o juiz pode discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, remetendo os autos ao Procurador-Geral (leia-se chefia do Ministério Público) para que este ofereça a denúncia, designe outro órgão para oferecê-la ou, ainda, insista no arquivamento dos autos. Ora, é flagrante a violação frontal do dispositivo à Constituição Federal de 1988, especificamente quando se considera o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o sistema acusatório, previstos na Carta Magna e aqui analisados.

Não será realizado estudo mais aprofundado acerca do tema de e todas as questões envolvidas, em razão de não ser esse o objetivo central do presente estudo. No entanto, pela aproximação da discussão com a matéria aqui abordada nos dois primeiros capítulos, é imprescindível adentrar na discussão ainda que superficialmente.

A questão da recepção do artigo 28 do Código de Processo Penal pela Carta Magna se mostra importante no contexto aqui abordado, tendo em vista que é um exemplo prático de regra processual existente no ordenamento brasileiro que viola o sistema acusatório. Em verdade, tal situação não é apta a macular o sistema acusatório de processo vigente no Brasil, tendo em vista que se entende tal norma como não recepcionada pelo texto constitucional. Veja-se então as razões para tanto.

Em primeiro lugar, tem-se que a regra disposta no artigo 28 do Código de Processo Penal não foi recepcionada pela Lei Maior brasileira em face de violar de forma frontal o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal pública. Ao permitir a interferência do poder judiciário ainda na fase pré-processual (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal) para o fim de que o magistrado discorde do membro do *Parquet* não acatando o pedido de arquivamento dos autos já há uma violação a obrigatoriedade.

Ora, compete privativamente ao Ministério Público o juízo de valor acerca da propositura da ação penal, conforme regra constitucional expressa (artigo 129, I, CF), inclusive nos casos em que não é formalizada a acusação, mas um pedido de arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Dessa forma, nenhum outro órgão pode exercer tal tarefa que não o *Parquet*, tendo em vista a competência privativa.

No momento em que o julgador discorda do pedido de arquivamento e remete os autos para o Procurador-Chefe do Ministério Público, necessariamente, já haverá um juízo de valor do magistrado em relação ao caso posto em análise. Não há como discordar do pedido de arquivamento sem que seja feita a necessária fundamentação legal da decisão, o que pressupõe uma análise de mérito, ainda que superficial.

Ademais, do ponto de vista prático, surge ainda outra questão, qual seja o impedimento ou não do magistrado que discordou do pedido de arquivamento em atuar no decorrer do mesmo processo, caso venha a ser formalizada a acusação. A defesa certamente terá maiores dificuldades de atuação, o que fere a paridade de armas, tendo em vista que já há um juízo de valor daquele magistrado sobre a demanda proposta. Defende-se que o impedimento é claro, apesar de não previsto na atual redação do Código de Processo Penal, sendo impróprio que o mesmo juiz atue em qualquer fase do processo, eis que a necessária imparcialidade já foi violada.

Destarte, com a possibilidade de o juiz interferir diretamente no momento de propositura da acusação, não ficando somente a cargo do Ministério Público a tarefa de decidir acerca do arquivamento ou não do inquérito policial ou das peças de informação, entende-se que fere o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Somente o *Parquet* goza da prerrogativa de avaliar a existência de fato típico, ilícito e culpável, bem como da existência das condições da ação penal, para a propositura da acusação.

Pelas mesmas razões, a atual redação do artigo 28 fere a lógica do sistema acusatório prevista na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a interferência do magistrado na fase de decisão acerca da propositura da ação penal, viola a divisão de funções que é inerente a qualquer sistema acusatório. Como já detalhado neste capítulo, a função de acusar, tratando-se de crime de ação penal pública é privativa do Ministério Público, não cabendo ao magistrado interferir na formação da *opinio delicti*.

Corroborando com o mesmo entendimento, tem-se o que defende HAMILTON (2011):

Parto da premissa segundo a qual a Carta Magna em vigor adotou o princípio acusatório, e, como tal, se as palavras significam alguma coisa, não mais incumbe ao juiz exercer qualquer ato de persecução criminal, quer na fase pré-processual (caso em exame), quer no curso da ação penal.

Na fase que antecede o início da ação penal, a intervenção judicial só encontra justificação no exercício de função jurisdicional típica, quando então o juiz – e só ele – é chamado a decidir qualquer medida cautelar de natureza pessoal ou real, envolvendo a garantia de direitos subjetivos assegurados pela Lei Maior. Assim, v.g.,

quando o juiz decreta uma prisão preventiva ou, ainda, na ocasião em que ordena o arresto dos bens do indiciado, ele estará exercendo atos de jurisdição, e, portanto, legítima e indispensável sua intervenção.

[...]

Portanto, no regime nascido após a Carta Magna de 1988, descabe o controle do **princípio da obrigatoriedade da ação penal pública** por parte do juiz, pois o magistrado, assim agindo, estará realizando, por via reflexa, ato de persecução criminal, vedado pela Constituição Federal.

Dessa forma, sendo a regra processual prevista em lei ordinária anterior a Constituição Federal, outro caminho não há que o reconhecimento da não recepção pela Lei Maior do artigo 28 do Código de Processo Penal Brasileiro pelas razões acima expendidas.

É importante dizer que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº. 8045/2010), mais bem alinhado com a atual ordem constitucional no que se refere ao sistema acusatório e as prerrogativas do Ministério Público (dentre as quais está o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública que é proposta privativamente pelo *Parquet*), resolve a questão ora colocada deixando a cargo exclusivamente do Ministério Público a decisão sobre a propositura ou não da ação penal.

Com base no art. 37⁸ do anteprojeto do novo código, em sendo proposto o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, devem ser comunicadas as pessoas e órgãos envolvidos (acusado, vítima, autoridade policial), bem como será feito o encaminhamento dos autos para a instância de revisão do Ministério Público, a qual ficará responsável por ratificar o pleito de arquivamento proposto.

É louvável a redação do novo dispositivo que regula a matéria, tendo em vista que deixa a cargo exclusivamente do Ministério Público a decisão acerca do arquivamento ou não do inquérito policial e das peças de

⁸ Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.

informação. O procedimento deve ser, de fato, esse, tendo em vista que, com base no sistema acusatório vigente no Brasil, a função de acusar compete privativamente ao Parquet, devendo ser tal órgão responsável por tal decisão.

Foi retirada qualquer interferência do juiz na decisão de arquivamento, o que é importante para que sejam atendidos os preceitos estabelecidos na Constituição Federal, além de garantir a independência e imparcialidade do magistrado para com o processo.

Dessa forma, sendo o artigo 28 do Código de Processo Penal anterior a promulgação da Constituição Federal, bem como tendo em vista a oposição existente entre tal legislação ordinária e a Lei Maior, há que se reconhecer a não recepção do referido dispositivo que viola princípios consagrados em nossa Carta Magna, conforme já estudado.

Por fim, a análise realizada neste capítulo acerca dos modelos de processo penal existentes e da opção do Brasil pelo sistema acusatório, associada ao estudo realizado no capítulo anterior, possibilitará uma análise crítica e embasada acerca do instituto da colaboração premiada previsto na nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), o que será tratado no derradeiro e subsequente capítulo deste trabalho.

4 ESTUDO DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. A COLABORAÇÃO PREMIADA ALI PREVISTA

A nova Lei de Organizações Criminosas, Lei nº. 12.850 de 2013, foi editada de modo a revogar a antiga lei que regulamentava a matéria, qual seja a lei nº 9.034/1995. A nova legislação trouxe diversas inovações, como, por exemplo, o novo tipo penal para aqueles que participarem de organização criminosa, seja como integrante, promotor ou financiador do grupo, tendo sido cominada a pena de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e multa para o delito.

Além disso, a nova lei promoveu alterações nos artigos 288 e 342 do Código Penal Brasileiro. O primeiro, antigo crime de Quadrilha ou Bando, agora chamado de “Associação Criminosa”, ganhou nova redação, passando a ser

cometido mediante a presença de, no mínimo, 3 (três) pessoas com o objetivo de cometer crimes. Já no que se refere ao delito de Falso Testemunho ou Falsa Perícia, previsto no artigo 342 do Código Penal, a modificação restringiu-se a alteração do *quantum* de pena cominada, passando a reclusão a ser de, no mínimo, 2 (dois) anos e, no máximo, de 4 (quatro) anos, além da incidência de multa.

No entanto, a inovação mais expressiva da nova legislação diz respeito ao instituto da colaboração premiada, mais comumente conhecido como delação premiada. Agora, com o novo texto, abre-se a possibilidade de o envolvido ser beneficiado com o referido instituto desde que colabore efetivamente com o processo prestando informações relevantes ao deslinde da investigação, conforme será adiante abordado.

Tal instituto, que não é exclusivo, no Brasil, na nova lei de organizações criminosas, é o ponto central da discussão do presente estudo, tendo em vista a sua notória relevância, além da proximidade de sua adequação com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como com o modelo de processo penal adotado pelo Brasil, qual seja, o modelo acusatório.

De início, cumpre destacar que a nova lei de organizações criminosas, conforme disposto na própria ementa e no artigo 1º da Lei 12.850/2013, tem por escopo definir organização criminosa, traçando as formas de investigação, de obtenção de provas, bem como de tramitação do processo penal nos quais são objetos organizações desse viés.

Com base no §1º do artigo 1º da referida legislação, organização criminosa é a *associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

Da definição acima, extraem-se algumas características básicas:

A primeira delas é que, para que seja caracterizada a organização, é necessária, ao menos, a reunião de 4 (quatro) pessoas, assemelhando-se

nesse ponto ao delito de Associação Criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando – art. 288 do Código Penal), o qual prevê número mínimo de indivíduos para que haja a tipicidade formal do fato, ou seja, a adequação da norma ao tipo penal previsto.

A segunda é que deve haver a divisão de tarefas entre os membros do grupo de modo a auferir as vantagens diretas ou indiretas a organização, o que confirma a necessidade de que o grupo tenha estabilidade, não sendo eventual a sua reunião.

Por fim, as infrações penais cometidas devem ter pena cominada de mais de 4 (quatro) anos para que possa incidir o tipo previsto na Lei de Organizações Criminosas. No ponto, andou bem o legislador ao trabalhar com a expressão infrações penais (tida como um gênero), dentro da qual estão os crimes e as contravenções penais (que são espécies do gênero infração penal). Ora, com tal expressão, torna-se absolutamente clara a intenção do legislador em abranger quaisquer ilícitos penais que tenham pena cominada de mais de 4 (quatro) anos.

No artigo 3º da Lei 12.850/2013, trata-se do tema dos meios de investigação e de provas admitidos em qualquer fase da persecução penal destinada a apurar práticas típicas de organizações criminosas. Assim, são admitidos, por exemplo, além dos regularmente admitidos em direito, *a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica*, dentre outros meios ali previstos.

O intento da previsão de tantos meios de prova específicos, além daqueles mais gerais, como a juntada de documentos e a oitiva de testemunhas, justifica-se na finalidade do legislador pátrio de imprimir mais rigor e efetividade nos processos que versam sobre organizações criminosas. Como visto, dentre tais meios de prova, está a colaboração premiada que será a seguir discutida.

Ademais, a utilização do instituto da delação premiada acontece em face da sofisticação dos meios utilizados para o cometimento de crimes em

concurso de pessoas, o que dificulta a efetiva persecução penal pelo Estado, cujos meios de investigação tornam-se ineficientes para a efetiva identificação dos crimes, bem como dos indivíduos envolvidos. É notório que a organização e a estabilidade de um grupo criminoso traz consigo todo um aparelhamento e um *modus operandi* complexo com vistas a ocultar as práticas criminosas perpetradas.

Dessa forma, somente faz sentido falar em colaboração premiada na hipótese de existência de concurso de agentes, até pela questão lógica de que, para haver delação, deve existir mais de um indivíduo envolvido, no caso da Lei 12.850/2013, sob exame, no mínimo 4 (quatro) agentes.

Destarte, com a adoção da colaboração premiada, aqui tratada com tal nomenclatura em face da adoção dela pela Lei 12.850/2013, o Estado abdica no todo ou em parte da condenação do delator para, com isso, identificar os demais participantes do grupo, assim como as práticas criminosas por ele perpetradas.

O instituto da colaboração premiada não é novo em nossa ordem jurídica, encontrando-se resquícios de tal perdão no período em que vigoravam as ordenações portuguesas no Brasil. Basta citar como exemplo disso o caso de Joaquim Silvério dos Reis, o qual obteve perdão da coroa portuguesa em troca da delação dos outros membros participantes do movimento conhecido por Inconfidência Mineira (1789), que era contra a cobrança excessiva de impostos.

No entanto, mesmo diante da existência dos resquícios históricos como o acima referido, considera-se que a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) foi responsável pela verdadeira implementação do instituto em nossa ordem jurídica, tendo em vista o tratamento mais específico que conferiu ao instituto. Além disso, a importância de tal legislação é ressaltada em face da atualidade, eis que tal lei está em pleno vigor em nosso ordenamento.

Nesse sentido, veja-se o que sustenta MARCÃO:

A Lei 8.072/90, denominada “Lei dos Crimes Hediondos”, foi quem abriu o caminho para a introdução da delação premiada no ordenamento brasileiro, e isso em razão do disposto no parágrafo

único do seu art. 8º, que assim dispõe: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

Além da lei supracitada, outras tratam, no Brasil, sobre a colaboração premiada, a exemplo do disposto nas leis de Lavagem de capitais (Lei 9.613/1998), de Tóxicos (Lei 11.343/2006) e na Lei de proteção das vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999), conforme transcrição abaixo de alguns dispositivos que regulam a matéria nessas legislações. Tais legislações nos servem de molde para aferirmos como a matéria era tratada no Brasil até a edição da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013).

Na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998):

Art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

[...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Na chamada Tóxicos (Lei 11.343/2006), tem-se em relação a colaboração premiada o seguinte:

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

A Lei de Lei de proteção das vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999) dispõe em relação à colaboração da seguinte forma:

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

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

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

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

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

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

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

Conforme visto acima, nas diversas legislações anteriores à Lei 12.850/2013 que tratam da matéria em apreço, o instituto da colaboração premiada, apesar de previsto, não está bem delimitado, especialmente no que se refere ao tipo de contribuição que deve ser dada pelo delator para que faça *jus* ao benefício da delação premiada. Em geral, as legislações acima versam de forma genérica acerca da colaboração e da consequência advinda da referida contribuição, sem, no entanto, delimitar o que precisa ser informado para que seja julgada válida a colaboração.

No ponto, importa destacar que carecia o ordenamento brasileiro de um tratamento mais específico sobre a matéria, tendo em vista que detalhar o tipo e o modo de colaboração apta a incidir a colaboração premiada é imprescindível para que o delator sinta-se confortável em exercer tal prerrogativa conferida por lei. Se há dúvidas acerca da aceitação ou não da delação formulada, por óbvio, aquele que deseja delatar os demais agentes não o fará por receio de estar constituindo prova contra si mesmo.

Seria a hipótese em que o delator, por assim chamar quem colabora com a investigação, ao assumir a prática das infrações penais, bem como indicar o *modus operandi* do grupo e quem o compõe não ser, ao final, beneficiado com a colaboração prestada por entender o magistrado oficiante nos autos que não fora suficiente para conduzir à concessão do benefício. A insegurança jurídica para o instituto resta clara, portanto, o que impede, muitas

vezes, que seja utilizado como meio de obtenção de uma extinção de punibilidade ou diminuição de pena.

Com o advento da nova Lei de Organizações Criminosas, a matéria restou mais bem delimitada, tendo um tratamento mais específico e detalhado. Tanto é verdade, que foi dedicada a Seção I, do Capítulo II, da referida norma somente para tratar do tema da colaboração premiada. Entretanto, apesar dos avanços, restam ainda algumas falhas na legislação conforme será abordado a seguir.

Antes de construir uma opinião crítica acerca das inovações e falhas existentes na novíssima legislação, é importante detalhar como o instituto veio disciplinado na Lei de Organizações Criminosas, senão vejamos os excertos abaixo, extraídos do texto legal.

No artigo 3º, I, da Lei 12.850/2013, restou disciplinado que:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

Assim, a colaboração será admitida não somente na fase processual, quando já há uma ação penal em curso, mas em “*em qualquer fase da persecução penal*”, o que envolve também a etapa pré-processual, que abrange o inquérito policial ou o procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público.

No artigo 4º, estão disciplinadas, de forma detalhada, as hipóteses em que será concedido o benefício, o que representa um avanço alcançado pela legislação, senão veja-se:

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.

Dessa forma, somente será admitida a redução da pena ou o perdão judicial (previsto no §2º do artigo 4º acima transcrito), quando da colaboração advir os resultados acima previstos, como, por exemplo, a identificação de coautores, revelação da estrutura do grupo e a localização da vítima com a integridade física preservada.

Afora tais hipóteses, a colaboração não deve ser admitida, pelo que avançou o legislador ao não mais tratar a matéria de modo genérico, o que conferia margem para interpretações mais livres ou insegurança jurídica, conforme já abordado neste estudo.

No entanto, como retrocesso, aponta-se a parte final do parágrafo 2º do artigo 4º acima transcrito que estabelece a possibilidade de o delegado ou o Ministério Público representar ou requerer a concessão do perdão judicial ao Juiz do caso, tudo com aplicação, no que couber, do art. 28 do Código de Processo Penal.

Aqui, a crítica firma-se no sentido de que o dispositivo viola de forma indistigável o sistema acusatório de processo penal adotado no Brasil e detalhado no segundo capítulo do presente estudo. Em verdade, a acusação cabe exclusivamente ao Ministério Público, sendo este órgão o único legitimado para conceder o benefício ao acusado, sem que haja a possibilidade de discordância pelo Juiz do feito.

A aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, o qual entende-se nem ter sido recepcionado pela atual Carta Constitucional, revele-se, portanto, não somente uma atecnia, mas uma verdadeira afronta a princípio consagrado na Constituição Federal, o que não se pode admitir. Dessa forma, caminhou para trás o legislador no que se refere à possibilidade de interferência do magistrado na concessão do benefício da colaboração

premiada, especialmente nos termos do artigo 28, o qual, reitera-se, não foi recepcionado pela atual Constituição brasileira.

Ao final desse capítulo, far-se-á proposta apta a solucionar o problema em apreço, tendo em vista que não é também razoável que a decisão acerca da colaboração premiada fique a cargo de um único membro do Ministério Público, o que pode dar margem à desvirtuação do instituto em comento. A necessidade, no direito, de existir um órgão revisor é patente e não pode deixar de existir no que se refere à concessão da colaboração premiada.

O ponto mais relevante da colaboração premiada prevista pela nova Lei de Organizações Criminosas está disposto no §4º do artigo 4º da referida lei, tendo em vista que ali é prevista a possibilidade de o Ministério Público deixar de propor a denúncia quando o colaborador preencher alguns requisitos. O tema é absolutamente inovador em nossa ordem jurídica, tendo em vista que sequer a acusação será formulada. Veja-se o texto legal acerca da matéria:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

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

Não sendo o líder e sendo o primeiro a colaborar, sequer será oferecida a denúncia, portanto. No ponto, caminha bem a legislação, apesar de aparentemente violar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, já analisado no primeiro capítulo deste estudo.

Ressalta-se o referido dispositivo como um avanço, tendo em vista a fixação de mais duas condições além daquelas dispostas no *caput* do artigo 4º, o que confere maior segurança jurídica (sob a ótica do brocardo *in dubio pro societate*, vigente no momento da proposição da acusação) na concessão da colaboração premiada. Ademais, o avanço também pode ser aferido tendo por base a economia processual que advirá do não oferecimento da denúncia, pois evitará diversos atos processuais, como a expedição de mandado de citação e

a realização de audiências, o que contribui para o bom funcionamento da justiça.

O referido dispositivo não viola, entretanto, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista a existência de critérios legais para que o benefício possa ser concedido. Assim, o Ministério Público não se valerá de critérios como oportunidade e conveniência para escolher pela proposição ou não da ação penal pública. Em verdade, o não oferecimento da delação premiada em face do preenchimento dos requisitos acima especificados vincula o Ministério Público a deixar de denunciar o delator.

Ora, todos os requisitos a serem aferidos para a concessão da colaboração premiada e o conseqüente não oferecimento da denúncia são de natureza objetiva, não deixando qualquer margem de interpretativa, pelo que acertou o legislador.

Nesse contexto, impende destacar que os critérios para o oferecimento da ação penal pública, quais sejam a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e os pressupostos básicos para a instauração da ação penal (materialidade e indícios de autoria), são todos definidos por lei ordinária da mesma natureza, portanto, da Lei de Organizações Criminosas. Não há aqui, por essa razão, relação entre princípio constitucional (obrigatoriedade da ação penal pública) e legislação ordinária, mas relação entre duas leis ordinárias, o Código de Processo Penal e a Lei 12.850/2013.

No caso sob exame, não há conflito entre as leis, mas uma complementação, de modo que deve ser aferido, exclusivamente pelo Ministério Público, sem a participação do juiz, se é o caso de propor a ação penal com o oferecimento da denúncia, ou de conceder o benefício da colaboração premiada, conforme o caso concreto posto em análise.

Dessa forma, importa dizer que o princípio da obrigatoriedade tem por fim a não utilização de critérios de conveniência e oportunidade pelo membro do Ministério Público ao decidir acerca do oferecimento ou não da denúncia. No caso sob exame, os critérios legais da colaboração premiada servirão para pautar a atuação do Ministério Público.

Além do dispositivo acima, analisado à luz da obrigatoriedade da ação penal pública, pode-se conferir nota de avanço, aqui de forma ainda mais efetiva, ao disposto no §6º do artigo 4º da recente Lei de Organizações Criminosas, tendo em vista que ali está disposto que o juiz não participará das negociações para a formalização do acordo de colaboração, ficando tal tarefa a cargo exclusivamente dos órgão de investigação, Ministério Público e autoridade policial, e da parte envolvida. Senão veja-se o disposto no dispositivo aqui referido:

§ 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.

Em muito avançou o legislador com o referido dispositivo, tendo em vista a sua adequação ao sistema acusatório de processo adotado pela Constituição Federal de 1988, que pressupõe, como já aqui a detalhado, a divisão das funções de acusar, de defender e de julgar, no processo penal, ficando cada uma delas confiadas a órgãos distintos e independentes.

Assim, o novo dispositivo guarda perfeita adequação com a ordem constitucional, especialmente no que se refere ao sistema acusatório de processo vigente no Brasil.

De fato, ao juiz, cuja função é julgar, não cabe interferir no acordo de colaboração premiada a ser firmado entre as partes do processo, Ministério Público e investigado, tendo em vista caber privativamente ao *Parquet* a formulação da acusação e, em última análise, a proposição da ação penal, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal.

Ao passo em que avançou a legislação ao privilegiar a efetivação do acordo de colaboração entre o Ministério Público e o investigado, demonstra retrocesso a nova Lei de Organizações Criminosas ao disciplinar que o juiz deverá aferir a regularidade do acordo de colaboração e homologá-lo, se for o caso. Com mais razão deve ser rechaçada a referência existente nos §§ 7º e

8º, do artigo 4º, de que o magistrado poderá se recusar a homologar a proposta que não atender aos requisitos legais.

Ora, conforme o sistema acusatório, cabe privativamente ao Ministério Público a decisão acerca da formulação da acusação com o oferecimento da denúncia. Não deve haver, portanto, interferência do magistrado em tal decisão, sob pena de violar-se o sistema de processo constitucionalmente adotado.

Em verdade, a discussão ora posta é a mesma concernente a não recepção do artigo 28 do Código de Processo Penal, tratada na parte final do capítulo anterior, e a referente ao §2º, do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, já tratado acima, o qual faz referência expressa ao artigo 28 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a decisão acerca da colaboração premiada é exclusiva do Ministério Público, não devendo haver interferência do magistrado, de modo a não contrariar o sistema acusatório de processo penal vigente no Brasil.

Assim, não deve existir a possibilidade de homologação e de recusa do acordo pelo juiz, conforme disposto ainda, além dos dispositivos supracitados, no art. 7º da Lei 12.850/2013⁹, devendo ficar somente a cargo do Ministério Público a proposição do acordo e a aferição da presença das condições previstas em lei.

Por fim, é importante dizer, de outro lado, que não deve ser confiada a um só membro do Ministério Público toda a tarefa de proposição e acerto do acordo de delação premiada, tendo em vista que podem existir, no caso concreto, interesses outros envolvidos que maculem o acordo de colaboração premiada a ser firmado, como, por exemplo, interesse na causa, o qual nem sempre é claro.

Dessa forma, propõe-se *de lege ferenda* que, na hipótese de proposição de celebração de acordo para a colaboração premiada (firmado ou rejeitado), seja sempre suscitada a revisão do acordo, em todos os seus

⁹ Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

termos, por outro órgão do Ministério Público que poderá rejeitar ou ratificar a proposta de colaboração.

Assim, por exemplo, no caso de celebração de um acordo entre o investigado e o promotor de justiça oficiante na investigação, deve-se, ao final, sempre remeter os autos do acordo ao órgão revisor do Ministério Público que ratificará ou rejeitará a proposta de colaboração premiada. Sugere-se ainda que o órgão responsável pela confirmação seja sempre colegiado, o que conferirá maior segurança jurídica a decisão a ser tomada.

Ademais, devem-se criar mecanismos de recursos para o investigado de modo que a decisão possa ser mais bem discutida pelo órgão revisor. Tal recurso seria dirigido ao mesmo órgão do *Parquet* responsável pela ratificação do acordo, sendo julgado na mesma oportunidade da remessa de ofício dos autos. Em verdade, o recurso possibilitará a melhor expressão das razões e fundamentos do investigado e do próprio membro oficiante no caso, tendo em vista que a remessa para o órgão superior deve ser feita de ofício e em todos os casos em que o acordo for suscitado, independentemente da celebração.

A proposta aqui feita visa a atender ao sistema acusatório de processo penal em vigor no Brasil, tendo em vista que ficará somente a cargo do Ministério Público, sem interferência do juiz, a decisão sobre a proposição ou não do acordo de colaboração premiada. No entanto, como dito, a importante função não pode ser confiada a um só membro do *Parquet*, mas a mais de órgão.

A atuação de mais de um órgão no caso da colaboração premiada não viola as prerrogativas dos membros do *Parquet*, mas privilegia o princípio da unidade do Ministério Público prevista na Constituição Federal de 1988 no artigo 127, § 1^o¹⁰ e disciplinada no art. 128, I e II¹¹ da Carta Magna.

¹⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

¹¹ Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:
a) o Ministério Público Federal;

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da “Colaboração Premiada”, previsto na nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), trouxe diversos avanços, como a isenção do Juiz na formulação do acordo de colaboração a ser realizado exclusivamente entre as partes, quais sejam o investigado, a autoridade policial e o Ministério Público.

Além disso, inovou bem o legislador especificando melhor as condições que devem ser atendidas para que o instituto da colaboração premiada seja deferido ao investigado. Tais pressupostos não estavam bem delimitados nas outras normas pátrias que versam acerca do assunto, havendo apenas referências genéricas à colaboração premiada, sem que fossem especificados quais os requisitos para a serem atendidos.

Por fim, como avanço, destaca-se ainda a possibilidade de o acordo ser firmado ainda na fase de investigação, o que possibilita o não oferecimento da denúncia, privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, eis que toda a estrutura do poder judiciário não teria que se movimentar no sentido de processar alguém que já teria sido beneficiado com a colaboração premiada.

No entanto, mesmo com os avanços que, de fato, foram significativos, a nova Lei 12.850/2013 ainda traz alguns traços de outras legislações mais antigas e mais ligadas às raízes do sistema inquisitivo de processo penal. Ilustra-se o que está sendo dito, tendo em vista a referência expressa feita ao não recepcionado art. 28 do Código de Processo Penal. Em verdade, poderia o legislador ter adequado completamente o instituto à nova sistemática de processo acusatório, bem como a lógica a ser implementada

b) o Ministério Público do Trabalho;
c) o Ministério Público Militar;
d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
II – os Ministérios Públicos dos Estados.

pelo novo Código de Processo Penal Brasileiro, cujo anteprojeto já está em tramitação no Congresso Nacional.

Diante do estudo aqui realizado, verifica-se que o novo instituto de colaboração premiada previsto na recente Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), nos pontos em que avançou, se adequou perfeitamente à lógica implementada pelo sistema acusatório de processo, bem como não feriu o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Nos pontos em que repetiu as disposições do Código de Processo Penal, verifica-se que, especialmente, a lógica do sistema acusatório foi violada, demonstrando um descompasso entre uma legislação tão recente e a Constituição Federal de 1988. Isso demonstra que a permanência de raízes do sistema inquisitivo no Código de Processo Penal, traz prejuízos ao ordenamento brasileiro, eis que muitas vezes, como na colaboração premiada em questão, o legislador termina por se contaminar com o superado sistema de processo inquisitivo.

Como forma de solucionar os problemas apresentados pela legislação de organizações criminosas, propõe-se nesse estudo, *de lege ferenda*, que seja adequado inteiramente o instituto da colaboração premiada à lógica do sistema acusatório e do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, deixando a cargo somente do Ministério Público a tarefa de conceder ou não o benefício da colaboração premiada ao interessado. Entretanto, para que se evite problemas na proposta decorrentes de eventual interesse do membro do *Parquet* oficiante nos autos na proposta de colaboração premiada, é necessário que seja criado um órgão revisor e um sistema recursal no âmbito do Ministério Público responsável pela ratificação ou rejeição dos acordos realizados.

Acredita-se que, dessa forma, serão privilegiados o sistema acusatório de processo penal, bem como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Ademais, uma maior segurança jurídica seria garantida com a criação do órgão revisor no âmbito do Ministério Público.

Destarte, a nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) representa um avanço, tanto do ponto de vista da efetividade da persecução

penal, quanto da adequação das normas à Constituição Federal de 1988. No entanto, por influências do Código de Processo Penal Brasileiro, editado na década de 1940, sob a égide de um sistema inquisitivo, muitos resquícios desse sistema de processo terminam por se perpetuar em novas legislações como a Lei 12.850/2013 em questão.

6 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. **Código Penal anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 160.381**, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 29 março 1994. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-10/consultor-tributario-virtuosismo-estado-tudo-ver-tributacao?pagina=3>>. Acesso em 20 maio 2014, às 20h00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115015**, Brasília, DF, 27 agosto 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+115015%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+115015%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cfbtowc>> Acesso em 19 maio 2014, às 20h30.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102650**, Brasília, DF, 02 agosto 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+102650%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+102650%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d4rvmf>> Acesso em 19 maio 2014, às 20h30.

BRASIL. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 de abril de 2014.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JR., Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador:Juspodivm, 2010.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Alguns pontos do art. 28 do código de processo penal**. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art7.pdf> Acesso em 18 de maio de 2014, às 16h00.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade**. 2. Ed. Forense, 1994.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo : Saraiva, 2014

MARCÃO, Renato. **Delação Premiada**. Disponível em <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=117>> Acesso em 19 de maio de 2014, às 17h30.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. Ed. Atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. Ed. Atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A. R. C de. **Curso de direito processual penal**. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vols. 1 a 4. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.